



UCAM
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Y DE LA EMPRESA

Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas
y de la Empresa

La Práctica del Cacheo en el
Sistema Constitucional Español

Autor:

Valentín Guillén Pérez

Directores:

Dr. D. Juan José Nicolás Guardiola
Dr. D. César Augusto Giner Alegría

Murcia, Enero de 2016



UCAM
UNIVERSIDAD CATÓLICA
SAN ANTONIO

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR DE LA TESIS PARA SU PRESENTACIÓN

El Dr. D. Juan José Nicolás Guardiola y el Dr. D. César Augusto Giner Alegría Directores de la Tesis Doctoral titulada *La Práctica del Cacheo en el Sistema Constitucional Español* y realizada por D. Valentín Guillén Pérez en el Departamento de Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas y de la Empresa, **autoriza su presentación a trámite** dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo, para dar cumplimiento a los Reales Decretos 99/2011, 1393/2007, 56/2005 Y 778/98, EN MURCIA, DICIEMBRE DE 2015.

Fdo: Juan José Nicolás Guardiola

Fdo: César Augusto Giner Alegría

AGRADECIMIENTOS

A lo largo de los años que ha durado la realización de esta investigación, numerosas personas me han prestado de diferentes formas, su colaboración y ayuda. Por ello, es para mí un verdadero placer utilizar este espacio para ser justo y consecuente con ellas, expresándoles mis agradecimientos.

En primer lugar, y de forma muy especial agradezco a mis directores de Tesis, al Dr. Juan José Nicolás Guardiola y al Dr. César Augusto Giner Alegría, por vuestros conocimientos y sabiduría empleados en mi formación desde mis inicios. Gracias por vuestra entera disponibilidad y por todo el apoyo que me habéis prestado, ya que la confianza en mi trabajo y vuestra capacidad para guiar mis ideas, han sido un aporte invaluable, no solamente en el desarrollo de esta Tesis, sino también en mi formación como investigador. No puedo dejar de reseñar, que un día en el paraje de El Mojón en el término de San Pedro del Pinatar, me disteis la oportunidad de emprender este largo camino lleno de esfuerzo y trabajo, por lo que vuestro afecto, cariño y junto a vuestra confianza e ineludible enseñanza, hicieron que despertara en mí la ilusión para la finalización de esta investigación. Gracias amigos, os llevo en el corazón.

A mi querida mujer Loreto y a mi hija, regalo de Dios, que a pesar del sacrificio que para vosotras, también ha resultado este trabajo, me habéis enseñado que gracias a vuestra paciencia y comprensión, preferisteis sacrificar vuestro tiempo para que yo pudiera cumplir con el mío. Ahora puedo decir que esta Tesis lleva mucho de vosotras, gracias Loreto, por estar siempre a mi lado a lo largo de más de una década de formación universitaria.

A mis padres, hermanos, suegros y cuñados, gracias por vuestra motivación, habéis conseguido que yo pudiera lograr un sueño desde el inicio estudiantil, todo vuestro cariño ha sido como un “darme la mano”, ya no sólo en el tiempo dedicado a la Tesis, sino también en toda mi carrera estudiantil universitaria. Gracias, especialmente a papa “Chato” y mami “Mari Cielo”, me enseñaron a valorar el esfuerzo y la constancia.

Y como no, a mi gran amigo Raúl Pomares Bermúdez, aunque el término amigo, no correspondería como tal, ya que lo considero como a un hermano. No sé si algún día, podré devolverte, lo que a lo largo de estos años me has brindado;

tus consejos, tu experiencia profesional en la policía, y tu implicación desinteresada, sabes que has reforzado con más eficiencia la elaboración de este trabajo.

Muy especialmente quiero agradecer a la Universidad Católica San Antonio de Murcia (UCAM), y en particular, al “Departamento de Ciencias Jurídicas y de la Empresa” por aceptarme y permitirme la realización de esta Tesis y compartir su calidad académica a través de sus miembros.

Gracias a todos. No podía olvidarme de los familiares que no están con nosotros, abuelos y abuelas, sé que habéis intercedido por mí, y en especial a mi madre que está en los cielos, ella sabe lo que Dios en estos años ha puesto a mi disposición para cumplir este proyecto. Me emociona saber que estás feliz y orgullosa de tu hijo.

“Se me ha dicho: Te basta mi gracia, pues la fuerza se realiza en la debilidad”

(2 Cor. 12,9)

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN.	19
II.	OBJETIVOS CIENTÍFICOS.	25
III.	METODOLOGÍA.	27
IV.	APROXIMACIÓN CONCEPTUAL; DELIMITACIÓN CON OTRAS CONDUCTAS AFINES.	31
IV.1.	APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.	31
IV.2.	EL REGISTRO.	35
IV.3.	EL REGISTRO DE VEHÍCULOS.	38
V.	LIBERTAD FRENTE A SEGURIDAD, UN BINOMIO EN TENSION.	43
VI.	EL CACHEO POLICIAL.	51
VI.1.	TIPOLOGÍA.	51
VI.1.1.	Cacheo preventivo.	51
VI.1.2.	Cacheo de autoprotección.	53
VI.1.3.	Cacheo preventivo-administrativo.	55
VI.2.	REQUISITOS PARA UNA PRÁCTICA LEGÍTIMA DEL CACHEO.	59
VI.2.1.	La existencia de un marco legal: la LOPSC como instrumento regulador de los cacheos y registro en la vía pública.	61
VI.2.1.1.	Cacheo policial en la LOPSC.	63
VI.2.1.1.1.	Antecedentes históricos: LOPSC 1/1992.	63
VI.2.1.1.2.	La nueva regulación del cacheo en la LOPSC.	66
VI.2.1.2.	Los controles policiales en la vía pública según la LOPSC.	71
VI.2.2.	El indicio y la sospecha policial como requisito básico de actuación.	79

VI.2.3. El necesario cumplimiento del principio de proporcionalidad.	90
VII. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS.	97
VII.1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD.	97
VII.1.1. El derecho a la intimidad personal.	97
VII.1.2. Intimidad corporal.	103
VII.1.3. Intimidad corporal y desnudo integral.	105
VII.1.4. El semidesnudo o desnudo parcial.	111
VII.1.5. Registro bucal.	118
VII.1.6. El Derecho al olvido.	121
VII.1.6.1. Configuración normativa europea del derecho al olvido.	122
VII.1.6.2. La consolidación del derecho al olvido; STJUE (caso Google Spain).	124
VII.1.6.3. El derecho al olvido en el cacheo policial.	128
VII.2. EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.	131
VII.2.1. Restricciones de libertad.	137
VII.2.2. Retenciones en la vía pública.	140
VII.3. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA; BREVE REFERENCIA A LAS EXPLORACIONES RADIOLÓGICAS.	149
VII.4. LA DIGNIDAD PERSONAL COMO LÍMITE DE ACTUACIÓN.	158
VIII. EL CACHEO PENITENCIARIO.	165
VIII.1. SIGNIFICADO DE LA TEORÍA DE LA RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECCIÓN EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO.	165
VIII.2. SEGURIDAD DEL CENTRO FRENTE AL EXTERIOR Y DERECHOS DE TERCEROS AJENOS A LA INSTITUCIÓN PENITENCIARIA.	170
VIII.3. SEGURIDAD INTERIOR PENITENCIARIA Y DERECHOS DEL RECLUSO.	176
VIII.3.1. Registros en celda.	179
VIII.3.2. Observación y recuento.	185
VIII.3.3. El cacheo en la cárcel.	189
VIII.3.3.1. Las distintas modalidades del cacheo en la prisión.	189

VIII.3.3.1.1. El cacheo extraordinario.	192
VIII.3.3.1.2. El cacheo ordinario.	192
VIII.3.3.1.3 El cacheo especial.	195
VIII.3.3.2. Especial consideración de la problemática que plantea el cacheo con desnudo integral.	199
VIII.3.3.2.1. Proporcionalidad.	201
VIII.3.3.2.2. Motivación individualizada.	202
VIII.3.3.2.3. Derechos fundamentales.	207
VIII.3.3.2.4. Dación de cuenta.	208
IX. EL CACHEO DE LOS VIGILANTES DE SEGURIDAD.	211
IX.1. LA EXPANSIÓN DE LA SEGURIDAD PRIVADA EN ESPAÑA.	211
IX.2. BREVE REFERENCIA DE LA TRILOGÍA DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, DE LA SEGURIDAD CIUDADANA Y DEL ORDEN PÚBLICO COMO PARTE VINCULADA A LA SEGURIDAD PRIVADA.	215
IX.2.1. Orden público.	215
IX.2.2. Seguridad ciudadana.	217
IX.2.3. Seguridad pública incardinada a la seguridad privada.	219
IX.3. ESTADO ACTUAL Y MARCO LEGAL QUE LO REGULA.	224
IX.4. PROTECCIÓN JURÍDICA ANÁLOGA A LA DE AGENTE DE LA AUTORIDAD.	225
IX.4.1. Breve aproximación conceptual al término de autoridad y al de agente de la autoridad.	225
IX.4.2. La condición de agente de la autoridad en la figura del vigilante de seguridad.	227
IX.5. EL DEBER GENÉRICO DE LA CONSTANTE COLABORACIÓN Y AUXILIO DE LA SEGURIDAD PRIVADA A LAS FCS.	232
IX.6. EL CACHEO DEL VIGILANTE DE SEGURIDAD.	236
IX.6.1. Marco legal que lo regula.	236
IX.6.2. Otras conductas afines: el registro de los vigilantes de seguridad.	241
IX.6.3. Tipología.	244

IX.6.3.1.	Lugar donde se produce el cacheo.	244
IX.6.3.1.1.	Cacheo en el interior de edificios, instalaciones o propiedades.	244
IX.6.3.1.2.	Cacheo en vías o espacios públicos o de uso común.	245
IX.6.3.2.	Cacheo atendido a la finalidad de protección.	248
IX.6.3.2.1.	Cacheo genérico o de protección.	248
IX.6.3.2.2.	Cacheo en prevención del delito.	249
IX.6.3.2.3.	Cacheo para detectar infracciones administrativas.	252
IX.6.4.	Legitimidad del Cacheo de los vigilantes de seguridad.	254
IX.6.4.1.	Requisitos.	259
IX.6.4.2.	Posicionamiento jurisprudencial.	263
IX.6.5.	El cacheo del personal auxiliar.	266
X.	EL CACHEO EN SUPUESTOS ESPECIALES.	271
X.1.	EL CACHEO DE LOS MENORES DE EDAD.	271
X.1.1.	Conceptualización jurídica del término del menor de edad.	271
X.1.2.	Protección rectora del interés del niño: el derecho a la intimidad.	274
X.1.3.	El Cacheo en circunstancias no privativas de libertad.	277
X.1.4.	El cacheo en los Centros de Internamiento del menor.	279
X.1.4.1.	La relación especial de sujeción en los Centros de internamiento de menores.	279
X.1.4.2.	El cacheo; instrumento para una convivencia ordenada.	282
X.2.	TRATAMIENTO JURÍDICO CON PERSONAS TRANSEXUALES.	291
X.2.1.	Marco Institucional Internacional.	291
X.2.2.	Marco Institucional en España.	294
X.2.3.	Aproximación conceptual.	297
X.2.4.	Tratamiento jurídico en la praxis del cacheo.	302

X.3.	CACHEO EN LOS CENTROS DOCENTES.	306
X.3.1.	La convivencia escolar como instrumento del derecho a la educación para los discentes en Centros escolares; planteamiento del problema.	306
X.3.2.	La relación especial de sujeción en los Centros docentes.	311
X.3.3.	El docente como funcionario público y como autoridad pública: marco normativo y jurisprudencial.	316
X.3.4.	Normas de convivencia.	322
X.3.4.1.	Introducción.	322
X.3.4.2.	Regulación legal.	323
X.3.5.	Obligación de intervención; el cacheo docente y policial en los Centros escolares.	325
X.3.5.1.	Planteamiento del problema en la legitimación del cacheo en los docentes.	325
X.3.5.2.	El cacheo policial en los Centros docentes.	334
XI.	DERECHO COMPARADO.	337
XI.1.	EL CACHEO POLICIAL EN MÉXICO.	337
XI.1.1.	Introducción: la seguridad pública mexicana como justificación al cacheo policial.	337
XI.1.2.	El cacheo policial en el Procedimiento Penal.	339
XI.1.3.	El cacheo policial preventivo.	343
XI.1.3.1.	Inspección de vehículos.	345
XI.1.3.2.	Inspecciones colectivas.	346
XI.1.4.	Derechos afectados.	346
XI.1.5.	Breve referencia de la práctica del cacheo practicado en los "cateos".	349
XI.2.	EL CACHEO POLICIAL EN ITALIA.	350
XI.2.1.	Contextualización del cacheo y de las inspecciones; regulación Constitucional Italiana.	350

XI.2.2.	El cacheo, las inspecciones y otras conductas afines en el Código del Procedimiento Penal Italiano.	353
XI.2.3.	El cacheo preventivo: ordenamiento jurídico que le ampara.	358
XI.3.	EL CACHEO POLICIAL EN FRANCIA.	361
XI.3.1.	Aproximación conceptual del cacheo; requisitos.	361
XI.3.2.	Registro de vehículos.	364
XI.3.3.	Registro domiciliario.	366
XI.3.4.	Desnudos integrales.	366
XI.3.5.	El cacheo de la seguridad privada y policial en protección de edificios públicos y eventos.	367
XI.3.6.	El cacheo en operaciones marítimas y portuarias, en el transporte aéreo y en los Centros escolares.	370
XI.4.	EL CACHEO POLICIAL EN COLOMBIA.	372
XI.4.1.	Introducción.	372
XI.4.2.	Las intervenciones corporales en el Procedimiento Penal.	374
XI.4.2.1.	Definición y diferenciación de la inspección corporal y el registro personal.	375
XI.4.2.2.	La inspección corporal.	378
XI.4.2.3.	El registro personal.	380
XI.4.3.	El registro personal preventivo.	382
XII.	CONCLUSIONES.	387
XIII.	FUENTES.	411
XIII.1.	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.	411
XIII.2.	FUENTES JURÍDICAS.	428
XIII.3.	OTRAS FUENTES.	448

TABLA DE ABREVIATURA

AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
AAN	Auto de la Audiencia Nacional.
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos.
AN	Audiencia Nacional.
AP	Audiencia Provincial.
Art.	Artículo.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
CC	Código Civil.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CCP	Codice di procedura Penal Italiana.
CDEH	Convenio de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.
CE	Constitución Española.
CNP	Cuerpo Nacional de Policía.
CNPP	Código Nacional Mexicana de Procedimientos Penales.
CPP	Code de Procédure Pénale Francesa.
CPPC	Código de Procedimiento Penal Colombiana.
CSN	Code de la Sécurité intérieure Francés.
DNI	Documento Nacional de Identidad.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
Ed.	Editorial.
FCS	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
FDU	Fundamento de Derecho Único.
FJ	Fundamento Jurídico.
GC	Guardia Civil.
IES	Instituto de Educación Secundaria.
IMS	Instituto de Máxima Seguridad.

LECR	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO	Ley Orgánica.
LODE	Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación.
LOE	Ley Orgánica de Educación.
LOFCS	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979.
LOMCE	Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOPSC	Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
RLOPM	Reglamento de la Ley Orgánica Penal del Menor.
RP	Reglamento Penitenciario.
SCCC	Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SS	Siguientes.
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo.
RAE	Real Academia Española.
UE	Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, constituyen en la actualidad una base férrea para la vida en sociedad, y a su vez, se erigen como el reducto medular invulnerable, mediante el cual mantener la paz y la convivencia dentro de una sociedad plural, libre y democrática. Por su parte, los derechos humanos se configuran como un decálogo universal que han inspirado, e inspiran, los valores superiores del ordenamiento jurídico español, así como del resto de países democráticos que han edificado sus sociedades modernas sobre su base.

La norma marco que configura dichos aspectos es la referida a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, posicionándose como un límite infranqueable para la protección de los derechos fundamentales, y ratificando a todo ser humano “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables”.

En la referida Declaración se recogen disposiciones que han tenido relevancia en la elaboración de nuestra Carta Magna, habiendo inspirado aquélla, por ejemplo, la redacción del referido principio de la dignidad humana (art. 10 CE correspondiente al art. 1 DUDH); el texto del derecho a la intimidad (art. 18 CE correspondiente al art. 2 DUDH); el del derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 15 CE correspondiente al art. 5 DUDH); así como haber servido de estímulo y modelo para la elaboración del artículo que comprende el referido a la libertad deambulatoria (art. 19 CE correspondiente al art. 9 DUDH); entre otros¹. La garantía de la protección de todos estos derechos fundamentales, se manifiesta en el uso y disfrute de la libertad de las personas en su sentido más amplio.

¹ En un mismo sentido refiere RUIZ ORTIZ, S.F., “Intervenciones corporales y derechos humanos. Especial referencia a las extracciones hematológicas”, Ciencias jurídicas y victimológicas; derechos humanos en el contexto de la victimología y la marginación, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 188.

A tenor de la exposición realizada, los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados², “sino que en verdad se encuentran sometidos a una serie de restricciones o limitaciones que provocan que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias”³, debido a la necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales⁴; como por ejemplo, el derecho a la libertad y a la seguridad.

A este respecto, cuando el Estado interviene en defensa de las libertades públicas que hubieran sido puestas en peligro, o por haber considerado la existencia de un riesgo manifiesto que las fuere a perturbar gravemente, de modo inminente, es cuando nos cuestionamos el margen legal que ha de permitir el intervencionismo por parte de las Instituciones para solventar la amenaza, y hasta qué punto se estará dispuesto a dejar limitar los derechos fundamentales del ciudadano de a pie, con el fin de garantizar la seguridad pública.

Por consiguiente, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho como nuestra nación, la seguridad y la libertad se encuentran en un conflicto y tensión constantes entre sí. Tanto es así, que incluso podría parecernos que ambos términos pudieran resultar antinómicos⁵, y su engranaje, por ello, irresoluble. Y es, precisamente, esta problemática, la que motiva y mueve el presente estudio, así como también todas y cada una de las vicisitudes que nos encontramos, al respecto, dentro del ámbito judicial y del sistema constitucional español; puesto que el reconocimiento real de los derechos fundamentales, no ha de ceder ante cualquier medio, por mucho que se alegue perseguir, con ello, la seguridad ciudadana.

Ahora bien, la utilización por parte del Estado de algunos instrumentos coercitivos, puede suponer una vulneración de ciertos derechos fundamentales, en caso de no aplicarse aquéllos en su justa medida. Motivo éste por el cual el

² STC 11/1981, de 8 de abril (FJ2º) y STC 181/1990, de 15 de noviembre (FJ3º).

³ TÓRTORA ARAVENA, H., “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 2, 2010, pág. 168.

⁴ DUART ALBIOL, J.J., “Inspecciones; registros e intervenciones corporales en el proceso penal”, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2014, pág. 302.

⁵ En el mismo sentido se expresa LOMBARDEO EXPOSITO, L.M., “Conflicto entre derechos fundamentales e investigación policial: el caso del cacheo”, Revista de Estudios Jurídicos, Universidad de Jaén, nº 12, 2012, pág. 1.

Estado debe velar por un legítimo equilibrio entre la seguridad pública, que debe garantizarse siempre, y las libertades de los ciudadanos, que se han de proteger contra viento y marea.

Uno de estos instrumentos legítimos con los que garantizar y proteger el interés general, y que se sustenta, además, sobre la citada seguridad, es el referido a la práctica del cacheo, que junto a otras modalidades indagatorias⁶, “ha sido de siempre seriamente controvertido, porque se enfrentan el derecho fundamental a la libertad, de un lado, y el derecho a la seguridad, a la investigación criminal y a la detención de los presuntos autores de hechos delictivos, de otro”⁷.

El cacheo, por antonomasia, constituye una práctica indagatoria que va dirigida a registrar superficialmente el cuerpo de un individuo, con el propósito principal de descubrir si éste oculta, entre sus ropas y/o pertenencias, los efectos, instrumentos u objetos prohibidos, provenientes de un ilícito penal; o bien, motivado por una finalidad de carácter meramente preventivo.

Por todo ello, en la presente Tesis, realizaremos, además, un análisis y lo distinguiremos de otras conductas afines al objeto de nuestro estudio del cacheo. Ahora bien, consideramos que estas conductas, en realidad, lo complementan en su finalidad indagatoria, como son los casos del desnudo integral, del registro en sentido estricto, del registro de vehículos, de las inspecciones corporales, etc.

El cacheo junto a la identificación constituyen las medidas más frecuentadas por los agentes en las intervenciones policiales⁸; motivo por el que se ha tenido especial atención sobre este colectivo, y especialmente debido a la copiosa jurisprudencia y doctrina que se ha pronunciado a tal efecto. Por su parte, la capacidad de actuar que, la recién aprobada Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, de 30 de marzo, permite a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, nos expone numerosas cuestiones, algunas de ellas novedosas, entre las que destacamos la nueva figura del semidesnudo policial practicado en la vía pública.

⁶ Establece la STS 1391/2011, de 14 de septiembre (FJ1º), que son los cacheos, identificaciones, retenciones y privaciones transitorias de la libertad para deambular.

⁷ *Ibidem*.

⁸ MARTÍNEZ ATIENZA, G., “Derecho Civil, Penal Sustantivo y Procesal. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Ed. VLEX, Barcelona, 2015, pág. 638.

La práctica del cacheo es indudablemente una medida coactiva que afecta a los derechos fundamentales. De entre ellos destacamos, en nuestro estudio, el derecho a la intimidad del artículo 18 de la CE; subrayándose que, según las partes del cuerpo que fueren registradas, se verá o bien afectada la intimidad personal del sometido, o bien la intimidad corporal, si esta medida recayera, por ejemplo, sobre su más profunda intimidad, o perturbase su pudor, como sucede en el caso del desnudo integral.

También nos interesa el estudio del modo en que se ve afectado el derecho a la libertad, consagrado en el artículo 17 de la CE, dado que el cacheo supone indudablemente una privación de la libertad deambulatoria y momentánea, y cuyo nivel de afectación puede verse incrementado cuando el cacheo fuere acompañado del consiguiente traslado a dependencias policiales a efectos de identificación.

Por otro lado, hemos visto preciso realizar, en estas páginas, un análisis sobre el derecho a la integridad física reseñado por la CE en su artículo 15, en virtud del cual se enfatiza que bajo ningún concepto los ciudadanos podrán ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, durante la práctica del cacheo. Cobra, asimismo, especial interés para nosotros, el análisis sobre el novedoso derecho al olvido y su estudio equidistante de la práctica del cacheo. Y ya para concluir con este bloque, realizaremos el estudio del principio de la dignidad personal como límite de actuación, que si bien no está encuadrada dentro de los derechos fundamentales contemplados en la CE, disfruta, sin embargo, de todo el carácter de un principio constitucional.

Ahora bien, para otorgar una mayor seguridad jurídica a las intervenciones encaminadas a realizar la práctica del cacheo, es necesario que se realicen bajo el amparo de unas premisas. A este respecto, el principio de legalidad o primacía de la Ley, sin lugar a dudas, se convierte en un pilar esencial con el que revestir al cacheo de legalidad, puesto que con independencia del ámbito en el que se estuviera realizando, su ejecución siempre deberá estar amparada en un marco legal que lo regule.

De igual modo, con el objeto de evitar actuaciones arbitrarias y abusivas en las exploraciones llevadas a cabo a las personas, y revestirlo, así, de un criterio constitucional, tanto la sospecha fundada como los indicios serán un requisito

imprescindible en la praxis del cacheo. Igualmente, y como corolario de los dos últimos requisitos, reseñamos el principio de proporcionalidad, capaz de operar como pauta de actuación al instarnos a guardar un justo y necesario equilibrio entre los beneficios que habrán de obtenerse con la práctica del cacheo, y los perjuicios que la misma comportará para el individuo sometido.

Llegado a este punto se ha decidido analizar la praxis del cacheo que los funcionarios, en el ámbito penitenciario, efectúan a los reclusos, y cuya relación especial de sujeción, juega un papel que, más que importante, es trascendental en cuanto a la intensificación del cacheo y otras conductas afines se refiere; pues, el Estado, es garante ya no sólo del mantenimiento de la seguridad y del buen orden de los Centros penitenciarios, sino también de velar por la vida e integridad física de los presos.

A continuación, en el ámbito de la seguridad privada, que a pesar de asumir, como consecuencia de su creciente y expansiva función, un papel fundamental dentro de nuestra sociedad en materia de seguridad, nos hallamos en disposición de aseverar que la práctica del cacheo, en este sector profesional, no deja de poseer cierta controversia; y no sólo por la condición civil de quienes lo efectúan, sino también por el posible intrusismo que los trabajadores de este colectivo pudieran estar cometiendo, si tenemos en cuenta que el ejercicio de las funciones en materia de seguridad pública, recae exclusivamente sobre los miembros de las FCS.

Asimismo, afrontaremos un capítulo muy relevante, que, por su especial significación, nos vemos obligados a reseñar aquí. Nos referimos a la materialización del cacheo en supuestos especiales como, por ejemplo, en los casos de los transexuales; de los menores de edad, tanto en la vía pública como en los Centros de internamiento; o de aquellos otros en los que los discentes fueren cacheados en el interior de los Centros educativos, durante las horas lectivas, bien por personal docente, o bien por un agente de policía.

Para concluir, hemos de hacer mención al estudio del derecho comparado, para el cual, quien suscribe, ha escogido cuatro países relevantes en función de su importancia y peso dentro del continente donde se emplazan. Del continente europeo hemos seleccionado las repúblicas de Italia y Francia. Y del continente americano, hemos decidido elegir Colombia y el país centroamericano de México.

Mediante este análisis, conoceremos cómo se actúa al respecto en estos países, y, además, obtendremos información sobre la forma en que estas naciones amparan el cacheo policial y los requisitos necesarios para su correcta y legal ejecución, todo ello con el único fin de profundizar, aún más si cabe, sobre esta modalidad de registro.

II. OBJETIVOS CIENTÍFICOS.

1. Examinar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la práctica del cacheo.
2. Realizar una aproximación conceptual del cacheo, así como la delimitación de otras figuras afines.
3. Analizar la afectación de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español de la práctica del cacheo y conocer los requisitos mínimos legalmente establecidos.
4. Estudiar el necesario respeto al principio de proporcionalidad, capaz de operar como pauta de actuación al indicarnos la necesidad de guardar un justo equilibrio entre los beneficios obtenidos con un cacheo y los perjuicios que la misma comporta para la persona en cuestión.
5. Distinguir las distintas tipologías en el cacheo en razón del fin perseguido.
6. Desarrollar que supuestos se consideran especiales, y enumerar cuales son los límites de actuación en el tema que nos ocupa, para evitar la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales según el supuesto objeto de estudio.
7. Profundizar en los requisitos legalmente establecidos para una práctica legítima del cacheo.
8. Estudiar el significado de la teoría de la relación especial de sujeción en el ámbito penitenciario, Centros de internamiento de menores y Centros docentes.
9. Averiguar las similitudes y diferencias de la protección de los derechos fundamentales en el cacheo con otros países de nuestro entorno.
10. Explicar cuáles son los instrumentos universales de la protección de los derechos fundamentales.
11. Indagar la especial consideración de la problemática que plantea el cacheo con desnudo integral.
12. Analizar cuáles son los derechos del recluso y de los visitantes en las Instituciones penitenciarias.

13. Enumerar cuales son las leyes donde están tipificados la legítima práctica del cacheo y analizarlas e interpretarlas en todas su extensión.
14. Establecer el posicionamiento jurisprudencial y la legitimidad del cacheo practicado por el sector de la seguridad privada.
15. Indagar los aspectos del cacheo en los centros educativos.
16. Describir cuales son las limitaciones y las excepciones en la práctica del cacheo en personas transexuales.
17. Delimitar la buena praxis del cacheo a menores de edad en circunstancias no privativas de libertad y a los menores que se encuentren en un Centro de internamiento.
18. Establecer una comparación de la práctica del cacheo de España con respecto a Italia, Francia, Colombia y México.
19. Concretar la relación existente entre la práctica del cacheo y el Derecho al olvido.

III. METODOLOGÍA.

La investigación que se realiza es pura, ya que tiene como finalidad ampliar y profundizar el estudio de la práctica del cacheo en el sistema constitucional, y con ello, obtener los conocimientos necesarios para establecer los niveles de actuaciones con miras a realizar formulaciones del tema objeto de estudio.

Por el nivel de conocimiento estamos ante una ciencia fáctica, es decir, descriptiva, ya que con este tipo de investigación llegamos a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta del objeto de estudio de esta Tesis Doctoral.

Por las características de los medios utilizados para obtener los datos de la investigación, hablamos de investigación documental ya que nos hemos apoyado en fuentes bibliográficas, hemerográficas y archivísticas. Las primeras se basan en la consulta de libros; las segundas, en artículos o ensayos de revistas y periódicos; y las terceras en documentos que se encuentran en archivos como, circulares, expedientes, etc.

En cuanto al método seguido en la presente investigación, podemos determinar que la metodología empírica ha sido la llevada a cabo para la realización del presente estudio jurídico. Toda la serie de procedimientos prácticos que se han llevado a cabo, tenían como misión de la investigación permitir evidenciar las características fundamentales y relaciones fundamentales de la práctica del cacheo en el sistema constitucional español.

Este método de investigación empírica representa un nivel en el proceso de investigación cuyo contenido procede fundamentalmente de la experiencia⁹, el cual es sometido a cierta elaboración racional para expresarlo de una forma determinada orientada a su estudio y comprensión.

En cuanto a las fases del método de investigación llevado a cabo podemos distinguir:

1. Formulación de un problema.
2. Recogida de datos.

⁹ GINER ALEGRÍA, C. A., "Teorías criminológicas", Criminología, derecho penal y derechos humanos, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 85.

3. Análisis de los datos.
4. Resultados de los análisis.

El estudio que vamos a realizar constituye un análisis cualitativo, ya que, los análisis metodológicos empleados son: teóricos manejando fuentes documentales y etnográficos, a través del análisis de realidades concretas (el respeto a los derechos fundamentales en la práctica del cacheo) con colectivos concretos (Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, Funcionarios de justicia y prisiones, detenidos, docentes, transexuales y vigilantes de seguridad).

Las técnicas de investigación, como procedimientos metodológicos y sistemáticos, e instrumento que nos permiten alcanzar el conocimiento a través de la recogida de información¹⁰, utilizadas para la realización de la presente Tesis han sido:

1. La observación: Como procedimiento primitivo en las técnicas de investigación, es considerado el procedimiento empírico por naturaleza. Esta técnica consiste en la observación del fenómeno para tomar información y posteriormente registrarla para ser analizada.

Se trata de una observación indirecta, ya que nos valemos de las observaciones hechas por otros anteriormente; no participante, puesto que se realiza una recogida de la información desde “fuera” del fenómeno investigado; y estructurada, ya que se usan medios técnicos como fichas, cuadros o tablas.

- La observación documental la hemos realizado través del:
 - Metaanálisis: búsqueda documental, tratamiento de datos.
 - El análisis secundario: fuente de datos, análisis e interpretación.

2. La recopilación documental: Se trata de un instrumento o técnica de investigación general, la cual hace uso de datos obtenidos de fuentes documentales con el fin de ser utilizados en una investigación concreta.

3. El análisis de contenido: En esta técnica lo que se pretende es una descripción objetiva, sistemática y cuantitativa del contenido de las publicaciones consultadas e investigadas.

¹⁰ GINER ALEGRÍA, C. A., “Teorías criminológicas...”, op, cit., 2013, pág. 88.

La documentación analizada incluye monografías, revistas especializadas, nacionales e internacionales, fuentes demográficas e históricas, prensa y conferencias.

IV. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL; DELIMITACIÓN CON OTRAS CONDUCTAS AFINES.

IV.1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.

El estudio de la práctica del cacheo en el sistema Constitucional español, no es tarea fácil dada la existencia de otras conductas afines que exige su delimitación respecto a ellas. Dicha dificultad se ve incrementada por la ausencia de una definición legal¹¹ del mismo que nos lleva a tener como referente obligado las construcciones doctrinales y jurisprudenciales existentes al respecto. No obstante lo anterior, la delimitación de su contenido es tarea previa que ha de asumirse necesariamente si se quiere alcanzar un tratamiento adecuado de los múltiples problemas que dicha intervención corporal plantea a los intervinientes encargados de su práctica. A dicho cometido dirigimos nuestros esfuerzos en las páginas siguientes.

En primer lugar, el término cachear aparece definido por el diccionario de la Real Academia Española¹² como aquella actuación consistente en “registrar a alguien para saber si oculta objetos prohibidos como armas, drogas, etc.”. Como podemos observar, se trata de una definición excesivamente genérica que apenas nos informa acerca de su contenido y que, en consecuencia, no nos permite diferenciarlo de otras figuras. Por otro lado coincidimos con LOMBARDERO EXPÓSITO¹³, cuando aduce que no resulta de modo alguno extraño, que la figura del cacheo nace de la asidua praxis policial practicada por las FCS.

La falta de unificación de una definición legal¹⁴ ha determinado la aparición de frecuentes Instrucciones del Secretario de Estado de Seguridad que, dictadas al objeto de guiar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, constituyen un importante instrumento definidor de la materia

¹¹ En este sentido la STS 260/2004, de 23 de febrero (FJ2º), critica la falta de definición legal de esta figura y, en concreto, manifiesta su sorpresa por el silencio que guarda la LECR al respecto.

¹² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21º Edición, 1992.

¹³ LOMBARDERO EXPOSITO, L.M., “Conflicto entre...”, op. cit., 2012, pág. 3.

¹⁴ *Ibíd.*

objeto de nuestro estudio. Así, la Instrucción 19/2005¹⁵, define a la diligencia de cacheo “como una actuación material que forma parte del atestado policial, ostentando jurídicamente el valor de una denuncia, según contempla el artículo 297 de la LECR”. Y la Instrucción 12/2007 profundiza aún más en dicha conceptualización al indicarnos que el cacheo es “la modalidad del registro personal que consiste en la prospección superficial externa del cuerpo y vestimenta e indumentaria, incluyendo los objetos personales o equipajes de mano, con la finalidad de descubrir objetos permitidos o peligros, efectos del delito o medios de prueba ocultos entre la ropa o el cuerpo del sospechoso”¹⁶. No obstante, la nueva Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, no acaba de denominar cacheo en sentido estricto, definiéndolo en el artículo 20 como un “registro corporal externo”, aunque, eso sí, acierta al asociar que dicha práctica indagatoria ha de ir dirigida a la superficialidad de la persona.

Por lo demás, también encontramos en la doctrina reiterados intentos de aproximación conceptual a la diligencia del cacheo con resultados diversos. Algunos de ellos, carecen de los elementos necesarios para explicar la plural casuística que dicha actuación plantea en la práctica policial como es el caso de ALFONSO PÉREZ, al definir el cacheo como la acción de “registrar a una persona para quitarle las armas que pudiera llevar ocultas”¹⁷. Otros, plantean una visión parcial del mismo al olvidar que el cacheo no solo puede operar con ocasión de la

¹⁵ Instrucción nº 19/2005, de 13 de septiembre, del Secretario de Estado de Seguridad, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las fuerzas cuerpos de seguridad. Es evidente que en esta ocasión se está haciendo referencia al cacheo en su modalidad postdelictual resaltando la importancia de dicha diligencia para asegurar las posibles fuentes de prueba en el ulterior proceso.

¹⁶ Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas bajo custodia policial.

¹⁷ ALFONSO PÉREZ, F., “Cacheos y registros corporales”, Diario la Ley, Sección Doctrina, Ed. La Ley, Tomo 5, 1999, pág. 2.

prevención e indagación de un ilícito penal¹⁸, sino también ante una falta administrativa¹⁹.

Otras aproximaciones conceptuales, en fin, resultan completamente satisfactorias a los efectos que nos interesan, ya que contemplan el complejo contenido de la práctica del cacheo. Así ocurre, por ejemplo, cuando GÓMARA HERNÁNDEZ y AGORRETA RUIZ²⁰, definen el cacheo como “la intervención de control y seguridad, en la que el policía interviniente va palpando el cuerpo en superficie, de forma ordenada y por encima del vestido, todo el contorno de la persona objeto de la actuación, concluyendo el vaciado de bolsillos, bolsos, carteras y demás elementos adjuntos al vestido y capaces de portar elementos objeto de delito o infracción administrativa”; así como SUÁREZ LÓPEZ, cuando arguye que el cacheo consiste en “acciones consistentes en palpar o tocar manualmente la superficie exterior del cuerpo de una persona y de sus ropas o efectos como bolsas, maletines, cajas etc., que la persona tiene en su posesión”²¹.

Así las cosas, resulta conveniente concretar cuáles son los elementos definidores del cacheo o, dicho de otra forma, cuáles son las características que una medida de esta índole debe poseer para que podamos considerarla que nos hallamos ante la presencia de un cacheo.

¹⁸ FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ GALLARDO, J.A., “Cuestiones actuales del proceso penal”, Ed. Experiencia, Barcelona, 2015, pág. 141, expresa que el denominado cacheo está dirigido sobre una persona para conocer si oculta algún elemento u objeto susceptible de prueba de un delito.

¹⁹ GARCÍA VILA, M., “Los cacheos: delimitaciones y clases”, Actualidad Penal, Sección Doctrina, Ed. La Ley, Tomo I, 2000, pág. 10, define el cacheo como: “acto de palpar superficialmente, al tacto manual, el perfil corporal del sospechoso de haber cometido un delito”. No compartimos, en este sentido, que el cacheo se practique sólo por haber cometido un delito, puesto que por el mero hecho de tener sospechas, indicios o incluso por una denuncia administrativa, estarían, las fuerzas de seguridad, habilitadas para la realización del mismo.

²⁰ GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L. y AGORRETA RUIZ, D., “Prontuario Seguridad Pública e Intervención Policial”, Ed. Dapp publicaciones jurídicas, Pamplona, 2007, pág. 487.

²¹ SUÁREZ LÓPEZ, J.M., “Propuesta alternativa del grupo de estudios de estudios de política criminal sobre el uso de la fuerza policial; 1ª Parte. Actuaciones policiales preventivas”, Cuadernos de política criminal, nº 105, III, Época II, diciembre 2011, pág. 343.

En primer lugar, hemos de tener en cuenta que el cacheo es una modalidad de intervención corporal que utilizan las FCS –dentro del contexto policivo– para el cumplimiento efectivo de las funciones que les son propias, tanto de indagación de delitos y delitos leves, como aquellas otras encaminadas a la propia autoprotección policial, y que requiere una minuciosa palpación superficial²² de la silueta del ciudadano que esté siendo sometido al cacheo. El cacheo, en suma, puede ser considerado como un mero reconocimiento superficial del cuerpo humano²³.

Pero, en segundo lugar, el concepto de cacheo no quedaría circunscrito al cuerpo humano siendo también extensible a la indumentaria, equipaje y otros objetos que pudiere llevar consigo el sujeto que es objeto de dicha intervención corporal²⁴, e incluso jurisprudencialmente se han incluido dentro del cacheo los registros efectuados dentro de la cavidad bucal (STS 120/1993, de 15 de Junio). No obstante lo anterior, quedarían fuera del alcance definidor del cacheo todas aquellas actuaciones relacionadas con el mismo, que, por el modo de verificarse, supusieran una mayor injerencia en los derechos fundamentales del sometido a dicha práctica, como ocurre en el supuesto del desnudo integral²⁵, o que

²² Así lo entiende la STS 260/2004, de 23 de febrero (FJ2º), cuando afirma que el cacheo es un examen superficial o preliminar mediante el tacto, por encima de la ropa, de todas las partes del cuerpo susceptible de ocultar un arma, instrumento peligroso relacionado con el delito. TORO LUCENA, O.A., “Intervenciones corporales y derechos fundamentales; límites”, Criterio jurídico garantista, vol. 2, nº 3, 2010, pág. 196, obvia todas las utilidades que genera la práctica del cacheo en el contexto policivo, porque se centra en reseñar que consiste en una palpación de la silueta humana, en la búsqueda de evidencias delictivas.

²³ Véase al respecto MARTÍN ANCÍN, F., y ÁLVAREZ RODRIGUEZ, J.R., “Metodología del atestado policial”, 4ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, pág. 196.

²⁴ Así lo entiende la STS 7 de Julio de 1995, al considerar como hecho probado la aprehensión de droga de uno de los bolsillos de una cazadora que había tenido lugar mediante un cacheo.

En el mismo sentido, la STS de 1 de Febrero de 1996 (FJ2º), al distinguir el cacheo de otras intervenciones corporales, señala que aquel afectaría únicamente al perímetro corporal y a las ropas del sujeto.

²⁵ La STS 1393/2002, de 24 de Julio (FJ1º), entendió con ocasión de que la Policía Autónoma Vasca interceptara droga en los calzoncillos de un traficante sospechoso, que “un cacheo no implica la retirada de la vestimenta de los detenidos”, lo que da a entender que el cacheo debe practicarse de forma superficial sobre las ropas y no por debajo de ellas.

supusieran una afectación del derecho a la integridad física del sujeto en cuestión.²⁶

Además, también excluiríamos de dicha figura el supuesto en el que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad obtuvieran los efectos del delito porque así se lo hiciera llegar voluntariamente la persona requerida para ello²⁷. Así pues, una vez delimitado su contenido, podemos proceder a su delimitación respecto de otras figuras afines tales como el registro.

IV.2. EL REGISTRO.

La RAE define el registro como la acción de “examinar algo o a alguien, minuciosamente, para encontrar algo que pueda estar oculto”²⁸. Dicha definición induce a considerar que tanto el cacheo como el registro son dos conceptos que aparentemente significan lo mismo²⁹, y más cuando los diccionarios de sinónimos españoles así lo expresan³⁰. Prueba de la similitud de ambos términos, SUÁREZ

²⁶ En el mismo sentido la STS de 1 de Febrero de 1996 (FJ1º) y MAGRO SERVET, V., “La actuación en los cacheos y registros como modalidad de las intervenciones corporales en el proceso penal”, *Diario la ley*, Sección Doctrina, Tomo 5, 2001, pág. 10, cuando afirma que el “cacheo policial no puede alcanzar la trascendencia de un registro anal o vaginal”. relacionado con el delito. TORO LUCENA, O.A., “Intervenciones corporales...”, *op. cit.*, 2010, pág. 193, expresa que, en las inspecciones corporales con la diferencia del cacheo, consisten en una exploración corporal de los orificios naturales en su interior. Cuando la exploración consista en la introducción de algún aparato o instrumento manejado por el personal médico, científico, etc., incurriría en la afectación del derecho a la integridad física del sometido.

²⁷ Así lo consideró la STS 352/2006, de 15 de marzo (FJ1º) cuando afirmó que el mero hecho de que la acusada entregara un paquete con droga escondido entre su blusa a una agente de la Guardia Civil cuando ésta se disponía a cachearla, no podía ser considerado como “un cacheo y mucho menos una intervención corporal”. Además la STS 1393/2002, de 24 de julio, subraya que la Policía Autónoma Vasca, una vez en dependencias policiales, cuando se disponían a realizar el cacheo de dos personas que se encontraban en calidad de detenidos, uno de ellos sacó voluntariamente de su cavidad anal, 10 gramos de cocaína. Afirma el Tribunal (FJ Único) que no se vulnera ningún derecho porque no se doblega la voluntad del detenido.

²⁸ “Diccionario de la Lengua Española”, 21ª Edición, Tomo I, Madrid, 1992.

²⁹ En el mismo sentido se expresa según LOMBARDEO EXPOSITO, L.M., “Conflicto entre...”, *op. cit.*, 2012, pág. 2.

³⁰ “Diccionario de sinónimos y antónimos”, 23ª Edición, octubre, 2001, pág. 135.

LÓPEZ³¹, arguye, que si bien existe una diferencia sustancial en el procedimiento, ya que el registro afectaría a las intervenciones corporales³² del sujeto vivo³³ en cuestión, el vocablo cachear implicaría también registrar³⁴.

Decimos que aparentemente ambos términos son equiparables, pero desde la perspectiva jurídica no tienen el mismo significado. Porque si bien es cierto que disfrutan de una significación aproximada, como refiere la definición de la RAE, no es menos cierto que lo hacen pero con importantes matizaciones; puesto que, por ejemplo, el registro se realizará en los propios enseres u objetos de la persona, o en los lugares donde se esté buscando la prueba del delito, o bien cuando se realice un examen indagatorio en el propio cuerpo del investigado de forma más exhaustiva.

El registro, por ende, consistirá en la búsqueda de efectos, sustancias u objetos prohibidos en el propio cuerpo, comprendiendo aquellas prácticas sobre el mismo que excedan de una simple palpación o tocamiento superficial como

³¹ SUÁREZ LÓPEZ, J.M., "Propuesta alternativa...", op. cit., 2011, pág. 343.

³² MAGRO SERVET, V., "Las intervenciones corporales por los agentes de la autoridad: ¿intervención judicial permanente y en cualquier caso?, La Ley Penal, nº 89, Sección práctica penal, Ed. La Ley, Enero 2012, pág. 12, cuando alude a Ortega Pérez en las distinciones que realiza sobre las inspecciones y registros corporales, reconoce que las inspecciones corporales están unidas al registro en un mismo concepto. Consisten principalmente en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, como por ejemplo: exámenes dactiloscópicos, exámenes ginecológicos, inspecciones anales o vaginales, etc. Además RUIZ ORTIZ, S.F., "Intervenciones corporales...", op. cit., 2013, pág. 190 y 196-197, defiende las intervenciones corporales, como una diligencia en la investigación penal que está dirigida sobre el cuerpo físico del imputado que sobrepasa a la simple inspección. Entre los ejemplos que arguye el autor, destacamos las extracciones de elementos del cuerpo humano (orina, uñas, análisis de sangre), o que el propio cuerpo esté expuesto a radiaciones de rayos X, resonancias magnéticas o tomografías axiales computarizadas.

³³ SOTO RODRÍGUEZ, M.L., "Las intervenciones corporales y vulneración de derechos fundamentales", Diario La Ley, nº 8392, Sección Doctrina, Ed. La Ley, Octubre 2014, pág. 1, aprovecha la ocasión en reseñar que las intervenciones corporales están dirigidas sobre el "cuerpo vivo de la personas", constituyéndose diligencias de investigación penal que inciden de modo agresivo, en los derechos de la persona, con especial relevancia en los derechos a la intimidad y el derecho a la integridad física.

³⁴ La STS 156/2013, de 7 de marzo (FJ1º), ofrece una exposición de la doctrina sobre la diligencia de cacheo, define el mismo como "el registro de una persona para saber si oculta elementos, sustancias u objetos que puedan servir para la prueba de un delito".

refiere el cacheo, siempre desde una perspectiva investigadora de las FCS dirigido al registro de las cavidades humanas, tocamientos con desnudo integral, búsqueda en las axilas, pliegues, etc. Por tanto, al considerarse el registro como una práctica más minuciosa que el cacheo, entendemos que esta prospección en el cuerpo humano supone una intromisión más intensa en cuanto a los derechos fundamentales afectados se refiere.

En este sentido DE ANTÓN Y BARBERÁ, entiende que entre el registro y el cacheo existe una diferencia sustancial. Explica dicho autor que el registro tiene como finalidad la búsqueda de objetos pequeños que pudieran estar ocultos, por lo que se necesitará una búsqueda más minuciosa que supondrá para el ciudadano una molestia más gravosa que la simple palpación y tocamiento superficial que comporta el cacheo. Además, afirma, el mencionado autor, que el registro se entenderá cuando igualmente se busque “entre las costuras de las prendas de vestir, forros, zapatos, calcetines, billeteros, monederos, carteras de mano, efectos personales, etc.”³⁵.

Como hemos matizado al principio, el registro además de comportar una investigación minuciosa en el propio cuerpo del sometido, también incluye las correspondientes prácticas indagatorias en una vivienda, en un local o establecimiento público, incluso en la vía pública, o bien cuando se realice sobre los enseres u objetos que sean de la propiedad del sujeto en cuestión, como una maleta, una mochila, etc.

Opinión distinta mantiene, sin embargo, GARCÍA MORILLO, cuando define el registro y el cacheo desde una perspectiva policial, y en atención a su finalidad. De esta forma entiende por registro aquella actividad policial realizada con una finalidad indagatoria y de investigación, para la obtención de pruebas mediante la aprehensión de efectos, sustancias, etc.; mientras que el cacheo lo entiende como una actividad que se realiza únicamente al objeto de proporcionar una mayor seguridad y autoprotección a las propias FCS, sin una finalidad

³⁵ DE ANTÓN Y BARBERÁ, F., “Táctica policial”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 392.

indagatoria. Por otro lado entendemos que acierta cuando afirma que el cacheo se dirige sobre el exterior del cuerpo, y el registro al interior del mismo³⁶.

El texto del artículo 18 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, resulta confuso en cuanto que hace referencia con los términos “comprobación” y “registro” a las indagaciones practicadas sobre los bienes o las personas, pero sin especificar con claridad cómo debería desarrollarse el procedimiento a seguir para su correcta ejecución.

En dicho artículo, bajo la rúbrica “comprobaciones y registros en lugares públicos”, faculta a los agentes de la autoridad a practicar cualquier comprobación necesaria para impedir que se porten o utilicen instrumentos, objetos o armas que pudieran generar un riesgo grave a las personas, o fueran susceptibles de ser utilizados para la perpetración de un delito o alterar la seguridad ciudadana. Estas actividades van dirigidas tanto hacia las personas como a los bienes, vehículos y establecimientos públicos. Ahora bien, opinamos, sin embargo, que la nueva Ley aludida, ha perdido una oportunidad grandiosa, para concretar y desarrollar en qué se fundamentan las referidas comprobaciones y registros en los lugares públicos, habiéndose centrado únicamente en la obligatoriedad requerida de hallarse ante un indicio para su realización, y, dado el caso, la incautación de lo intervenido durante el registro.

IV.3. EL REGISTRO DE VEHÍCULOS.

Mención aparte merece esa otra modalidad investigadora que compete a las fuerzas y cuerpos de seguridad, como es el registro del vehículo en la vía pública cuando nos hallemos ante las sospechas o indicios de que se porten, en su interior, objetos peligrosos, efectos prohibidos o drogas tóxicas, que pudieran servir como prueba del delito, o bien como medida de prevención policial.

³⁶ GARCÍA MORILLO, J., “El derecho a la libertad personal”, Ed. Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, 1995, pp. 192 y 227. Además consideramos que dicho autor se contradice cuando afirma que el cacheo “es exclusivamente exterior y sólo persigue encontrar posibles armas ocultas”, siendo una aportación errónea porque aún encontrando un arma prohibida para la finalidad de autoprotección que refiere, pudiera constituir en definitiva una actividad de investigación por el posible delito de tenencia ilícita de armas tipificado en el CP.

Es importante reseñar que la investigación consistente en el registro de los vehículos realizado por las FCS, supondrá una afectación de la intimidad o de la esfera privada protegida por el art. 18.1 de la CE³⁷, por el mero hecho de registrarse una propiedad privada perteneciente a un sujeto, y de aquellas pertenencias u objetos personales que se encontraren en el vehículo en el momento de efectuarse el preceptivo registro.

Siguiendo las premisas que indica DUART ALBIOL³⁸, podemos encuadrar los cacheos, así como los registros objeto de estudio del presente apartado, en dos modalidades diferenciadas: la primera está orientada a un carácter preventivo (antes de la comisión del hecho delictivo); mientras que la segunda la constituyen todas aquellas indagaciones que se realicen con posterioridad a la comisión del delito.

En cuanto a las funciones de prevención, el registro de vehículos se puede realizar sobre la base de los artículos 17.2 y 18 de la LOPSC, cuyos desarrollos normativos contienen dos formalidades distintas. En primer lugar, nos referimos a aquellos supuestos que están destinados a la realización de controles en la vía pública, en aras de precaver la comisión de actos delictivos de especial gravedad o generadores de alarma social³⁹.

En un segundo plano, la LOPSC faculta a los agentes de la autoridad a realizar registros en los vehículos con la finalidad de impedir que en la vía pública se utilicen “sustancias peligrosas u otros objetos, instrumentos o medios

³⁷ En este sentido se expresa CASAL HERNANDEZ, J.M., “Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación”, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 367.

³⁸ DUART ALBIOL, J.J., “Inspecciones; registros...”, op. cit., 2014, pág. 93.

³⁹ La SAP de Girona 571/2011, de 24 de noviembre, cuando agentes policiales estaban realizando a las afueras de una discoteca un control de vehículos, ante la sospecha de que se traficaba con droga en las inmediaciones del parking, pararon a un vehículo al azar. Alega el Tribunal, que ante la alarma social que genera la actividad del tráfico de drogas, y además de que los agentes se percataron de que en el vehículo se hallaba un rollo de papel de las características de los que utilizan los consumidores de sustancias estupefacientes para esnifarla, decidieron efectuar un registro personal al acusado, así como registrar el vehículo por si el acusado portaba algún tipo de sustancias estupefacientes. La sentencia validó el registro del vehículo y el cacheo por los hechos fácticos reseñados.

que generen un riesgo potencialmente grave para las personas, susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o alterar la seguridad ciudadana”⁴⁰.

En alusión a aquellos actos dirigidos a una concreta investigación policial regulados en la LECR, el registro del vehículo estará considerado como un medio de investigación más cuando existan indicios, por parte del agente de la autoridad, de la existencia de una infracción penal.

Nos estamos refiriendo al artículo 282 de la LECR, cuyo precepto reza sobre la atribución que se le otorga a la policía judicial para “practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobar y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito”⁴¹. Aunque el reseñado artículo no menciona específicamente el registro de los vehículos, entendemos que, de forma tácita, sí faculta dichos registros, en cuanto que, como indica también la LOPSC, tienen las atribuciones pertinentes para realizar aquellas comprobaciones necesarias, ya sean en las personas, los objetos, lugares o vehículos.

En alusión al amparo legal proporcionado por los Tribunales sobre la legitimidad del registro de un vehículo, en cuanto que ésta podría verse cuestionada por equipararse con el derecho a la intimidad domiciliaria recogido en la CE, es destacable reseñar que, la jurisprudencia, se ha mostrado absolutamente firme al señalar que el vehículo “no recibe la misma protección que el domicilio, por lo que su registro tiene que ajustarse a los requerimientos legales y constitucionales derivados de la protección constitucional de aquél”⁴², de modo que no disfruta de un tratamiento especial dentro de nuestro ordenamiento

⁴⁰ Artículo 18 de la LOPSC.

⁴¹ En caso de que el resultado sea positivo, todos los efectos deben pasar a ser incautados y formar parte del atestado policial, que como es bien sabido, ostenta el valor de denuncia para los efectos legales, como así indica el artículo 297 de la LECR.

⁴² Véase la STS 577/2009, de 28 de mayo (FJ5^o). La jurisprudencia se ha pronunciado de modo unánime considerando que el registro del vehículo no se puede equiparar al registro de un domicilio. En este sentido la SAP de Barcelona 4166/1998, de 24 de noviembre (FJ1^o) aduce que los vehículos no se pueden considerar domicilio, y, por ende, no estarán sujetos a los requisitos y exigencias del art. 545 de la LECR. Además la STS 297/1996, de 1 de abril (FJ6^o) que establece que los vehículos “carecen de la protección que a la intimidad domiciliaria presta y otorga el artículo 18.2 constitucional”.

jurídico y, por tanto, podría ser inspeccionado sobre el mismo marco legal que ampara un registro corporal o cacheo.

Así pues, el registro del vehículo no precisará de autorización judicial preceptiva⁴³, así como tampoco de la eventual autorización del interesado, ni tan siquiera será necesaria hallarse ante la presencia de un letrado⁴⁴ para su realización, sin perjuicio de aquellos supuestos, muy excepcionales, en los que un vehículo constituyera la morada de su titular⁴⁵, ya que un automóvil normalmente se utiliza como un medio de transporte; y en alusión a esto último, los Tribunales, de forma unánime, aducen que éste “no encierra un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo”⁴⁶.

⁴³ La SAP de Valencia, 329/2001, de 3 de octubre (FJ2º) expresa que el “registro en un maletero de un vehículo no precisa de autorización expresa del titular del vehículo o de autorización judicial”. También alude dichos aspectos FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.A., “Cuestiones actuales...”, op. cit., 2015, pág. 150, cuando argumenta que “no teniendo un vehículo de motor, en principio, la condición de domicilio o vivienda, según reiterada jurisprudencia del TS, ni hallándole protegido su habitáculo por ningún derecho fundamental, es claro que no precisa autorización judicial”.

⁴⁴ Véase en similares palabras pronunciarse la STS 187/2015, de 14 de abril. En dicha sentencia, confirma dicho criterio las siguientes sentencias; SSTS 721/1996, de 18 de octubre; 1103/2005, de 22 de septiembre y el ATS 1486/2006, de 16 de junio, entre otras resoluciones.

⁴⁵ Como es el caso de las “roulottes” y de las caravanas sin perjuicio de que se pueda registrar el habitáculo del vehículo destinado al transporte de personas en las mismas circunstancias que para un vehículo normal. La STS 84/2001, de 29 de enero, argumenta que existe una jurisprudencia sólida en afirmar que, para la zona de la habitación de los domicilios móviles remolcados (roulottes) o autotransportados (autocaravanas), será necesaria la autorización judicial, o bien el consentimiento del titular, o hallarse ante un caso de flagrante delito, para amparar la legalidad de su registro. En la sentencia que se reseña, el Tribunal absuelve a un sujeto que estaba siendo procesado por un delito contra la salud pública, debido al registro indebido llevado a cabo por una patrulla de la Guardia Civil dentro de una furgoneta con apariencia normal, pero que había sido reformada, por su propietario, con el objeto de dotarlo de las comodidades de descanso, propias de una vivienda, con equipamiento de armarios, una pequeña cocina, etc. Pues bien, aun no habiendo mostrado el propietario su negativa para el registro, el Tribunal entendió que se vulneró el derecho a la inviolabilidad domiciliar consagrada en el artículo 18.1 de la CE, al tratarse de una “furgoneta-vivienda”.

⁴⁶ STS 861/2011, de 30 de junio del 2011.

Sin embargo, que se pueda realizar el registro de un vehículo por unas causas que sean legítimamente justificables, no quiere decir, por ello, que no pueda llevarse a cabo su realización bajo otras circunstancias que proporcionen a la prueba una mayor garantía de credibilidad. En este sentido se ha pronunciado la STS 80/2005, de 28 de enero, cuando recomienda en su FJ1º, la presencia del interesado o propietario durante el registro del vehículo.

V. LIBERTAD FRENTE A SEGURIDAD, UN BINOMIO⁴⁷ EN TENSIÓN.

La tensión entre libertad y seguridad es ya antigua y aparentemente irresoluble. No obstante lo anterior, es necesario alcanzar algún tipo de equilibrio que haga posible la conexión de ambos principios y entonces la cuestión clave a resolver no sería otra que determinar cuanta libertad estamos dispuestos a ceder a cambio de qué nivel de seguridad. Y otra cuestión a plantearnos sería el cómo hacerlo para que esta reducción de derechos no comporte un perjuicio inasumible para el Estado de derecho.

Los recientes atentados del grupo terrorista ISI en Europa, y concretamente los de París, están originando en todo el mundo, una nueva concepción de la ciudadanía en admitir que en un Estado democrático, cuando se debilita la seguridad por la barbarie terrorista, es admisible que se deben de llevar a cabo medidas concernientes a la intensificación de controles en el propio país⁴⁸, e incluso en sus fronteras⁴⁹.

No obstante, ante cualquier cacheo que se lleve a cabo, en un contexto policivo, ciertamente la ciudadanía es más tolerable, cuando las intervenciones son más generales, es decir, cuando afecta a una multitud de personas, y se tornan más violatorios cuando son selectivos. Coincidimos con BEDOYA SIERRA cuando arguye que “el ciudadano suele someterse tranquilamente a ellos

⁴⁷ La nueva LOPSC reconoce en el apartado dos de su Preámbulo, que tanto la libertad como la seguridad son claves para el buen funcionamiento del Estado y de la sociedad en general, sin olvidar que a la seguridad no le corresponde constituirse como un fin, sino más bien como un instrumento al servicio de la tutela de los derechos.

⁴⁸ Como ejemplo de ello, nombramos al periódico digital “diario vasco”, el cual publica el día 17 de noviembre del 2015, que un sondeo realizado por el instituto demoscópico “Ifop”, ocho de cada diez franceses están dispuestos a que se limiten sus derechos fundamentales a cambio de un incremento en la seguridad: www.diariovasco.com/agencias/201511/17/franceses-aceptan-limiten-libertades-537163.html (consultado el día 07 de diciembre del 2015).

⁴⁹ El periódico digital de “El País” comunica que como consecuencia de los atentados perpetrados en París la noche del trece de noviembre del 2015, la UE revisará el espacio Schengen para hacer controles sistemáticos en la frontera, publicado el día 20 de noviembre del 2015, www.internacional.elpais.com/internacional/2015/11/20/actualidad/1448007133_080092.html (consultado el día 07 de diciembre del 2015).

(refiriéndose al cacheo) al ingreso de espectáculos públicos, en los aeropuertos y terminales de transportes, y pueden sentirse agraviados cuando el procedimiento recae exclusivamente sobre una persona determinada o un grupo en particular”⁵⁰.

En otro orden de cosas, y ya en España, tras la promulgación de la Constitución Española de 1978, el reconocimiento, la garantía y el desarrollo real y efectivo de los derechos fundamentales, nos impide caer en la irresponsabilidad de pensar que cualquier medio que persiga la seguridad sería legítimo, ya que sin duda alguna, esos derechos constitucionalmente reconocidos van a ser capaces de operar como límite frente al Estado.

Ahora bien, eso no quiere decir que esos derechos constitucionalmente reconocidos, no tengan que sufrir ninguna limitación en aras de la seguridad. Llevada la cuestión al tema que nos ocupa, nos encontramos en la necesidad de tener que legitimar determinadas actuaciones policiales limitadoras de derechos que se hayan justificadas, precisamente, en el orden y la seguridad cuya práctica persigue.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, han expresado en reiteradas ocasiones que la problemática que plantean muchas intervenciones o actuaciones policiales no es más que un reflejo de esa tensión existente entre libertad y seguridad apuntada anteriormente.

Por su parte, la libertad en el presente contexto es susceptible de una doble apreciación. Por un lado su dimensión de libertad deambulatoria impide la detención o prisión, salvo en los casos constitucionalmente previstos; y, por otro lado, la libertad entendida como valor nos protege frente a todas aquellas agresiones que impidan nuestra capacidad autodeterminadora.

En cuanto a la seguridad entendida como un fin social⁵¹ de interés público en la investigación de hechos punibles, ésta contiene a su vez un fin legítimo,

⁵⁰ BEDOYA SIERRA, L., “La limitación de los derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano”, Ed. Librería Jurídica Comlibros, Medellín, 2008, pág. 219, citada en la obra de TORO LUCENA, O.A., “Intervenciones corporales...”, op. cit., 2010, pág. 198.

⁵¹ La STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ3º), afirma en el fundamento jurídico tercero “que existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos

concerniente a garantizar la protección contra toda interferencia arbitraria de la propia libertad de la persona⁵². El Estado goza de un poder coercitivo que faculta a las FCS para adoptar todas aquellas medidas tendentes a “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, y así garantizar la seguridad ciudadana”⁵³.

El concepto de seguridad ciudadana aludido por la Constitución Española, es reflejo del difícil equilibrio entre la seguridad y la libertad de los ciudadanos. Como BANACLOCHE PALAO, entendemos como seguridad ciudadana toda aquella protección del Estado, que garantice expresamente a cada ciudadano una defensa frente a cualquier peligro que ataña a su seguridad personal⁵⁴. También subraya GÓMARA HERNÁNDEZ y AGORRETA RUIZ, que la seguridad ciudadana es “un bien constitucionalmente protegido, y como tal ocupa una categoría constitucional distinta a la de un derecho o una libertad reconocidos en la Constitución.”⁵⁵. Por lo demás, se trata de un concepto que de ningún modo debe confundirse con la seguridad jurídica contemplada en el art. 9.3 de la Constitución Española.⁵⁶

valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución.”

⁵² En este sentido se refiere el Asunto 35 Asiáticos de África Oriental, D4626/70 et el, 13/5 y 13/17 (1978), citado por GARCIA MORILLO J., “El derecho...”, op. cit., 1995, pág. 82.

⁵³ Artículo 104 de la Constitución Española.

⁵⁴ BANACLOCHE PALAO, J., “La libertad personal...”, op. cit., 1996, pág. 202.

⁵⁵ GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L. y AGORRETA RUIZ, D., “Prontuario de seguridad...”, op. cit., 2007, pág. 19.

⁵⁶ Existe jurisprudencia que aclara la diferencia entre la seguridad personal que refiere el artículo 17.1 y la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española. En este sentido referimos la STC 61/90, de 28 de marzo (FJ5º), que alude a la seguridad personal en los siguientes términos: “no se está refiriendo a la seguridad jurídica del art. 9.3, sino a la personal, con su aplicación a las medidas de detención y otras similares que puedan restringir la libertad personal o ponerla en peligro.” Además señalamos también la STC 15/86, de 31 de enero (FJ2º) que en relación con la seguridad personal afirma que esta “comporta o implica la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones. El derecho a la seguridad reconocido en el art. 17.1 de la CE es, así, el derecho a la seguridad personal y no a la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 de la CE y que equivale, con fórmula obligadamente esquemática, a certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses, jurídicamente tutelados”.

En desarrollo de la Constitución y precisamente en aras de la seguridad constitucionalmente prescrita, dos Leyes Orgánicas se han encargado de dotar a las FCS de las herramientas que precisan para garantizar la seguridad ciudadana. Nos estamos refiriendo, en primer lugar, a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; y, en segundo lugar, a la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, las cuales hacen mención a la protección de la seguridad ciudadana como un fin primordial.

El conflicto, entre libertad y seguridad, es patente en cuanto que las antedichas leyes facultan, a los miembros de las FCS, para realizar cuantas actuaciones sean precisas para llevar a cabo, con eficacia, las indagaciones, las pesquisas o las investigaciones que les encomienda la legislación dentro del marco de sus funciones de prevención y represión del delito, y que suponen una molestia para el ciudadano, pues el derecho a la libertad de este último se verá afectado, como consecuencia de la práctica de los referidos cacheos, identificaciones y privaciones transitorias de la libertad para deambular⁵⁷. MAGRO SERVET, señala dicha confrontación cuando aduce que “las posibles intervenciones que pueden tener lugar por los agentes de la autoridad en esa fase preprocesal (...) podrían estar en conflicto con derechos constitucionales”⁵⁸.

GARCÍA ARÁN, y REBOLLO BARGAS, se hacen eco igualmente del conflicto entre derechos fundamentales y acción investigadora, cuando se plantea, entre otros, el problema de cómo proceder en los supuestos de ocultación de droga en el cuerpo humano⁵⁹.

⁵⁷La STS de 4 de febrero de 1994 (FJ3º) señala, que el cacheo junto a las identificaciones y las retenciones, “han sido siempre seriamente controvertidos porque enfrentan el derecho fundamental a la libertad de un lado, y el derecho a la seguridad, a la investigación criminal y a la detención de los presuntos autores de hechos delictivos de otro”.

⁵⁸MAGRO SERVET, V., “La actuación...”, op. cit., 2001, pág. 4.

⁵⁹ GARCÍA ARÁN, M. y REBOLLO BARGAS, R., “ La exploración del cuerpo del sospechoso, el deber de colaborar y la sanción de su infracción”, Departament de Ciència Política I de Dret públic, Anuari 1992, 1º Edición, Barcelona, 1994, pág. 92, afirma textualmente que “en la investigación y demostración de tales hechos se plantea, obviamente, el eterno problema del necesario equilibrio entre la actuación preventiva e investigadora de los delitos y el respeto a los derechos individuales de los responsables”.

Pero los problemas también se presentan, y de forma más gravosa, cuando entra en juego la integridad de la persona por motivo de intervenciones o inspecciones corporales, como así lo señala CANOSA USERA, aduciendo la falta de cobertura legal suficiente para distinguir con más exactitud las diferentes intervenciones o inspecciones que se realicen en el cuerpo humano. Reseña además que “el conflicto ya está sucintamente expuesto: por un lado, el derecho afectado es el de la integridad, y por otro, el despliegue del ius puniendi del Estado, obligado y facultado para investigar y sancionar los delitos”⁶⁰.

Igualmente ORTEGO PÉREZ, señala que dichas prácticas “trae a colación la clásica dialéctica (garantismo – defensa social), por el conflicto suscitado entre los derechos fundamentales de la persona y los intereses de orden público que pueden verse perturbados por la actividad delictiva”⁶¹.

Entendemos que la libertad y la seguridad recogidas en el art. 17.1 de la CE, son parte del mismo concepto susceptible de una protección jurídica, que entra en conflicto con el funcionamiento del propio Estado cuando éste pretende llevar a término su misión de proteger dichos derechos ante cualquier injerencia⁶².

La solución al conflicto entre libertad y seguridad es de carácter heterogéneo, ya que según las circunstancias de cada supuesto, se habrá de buscar el correspondiente equilibrio entre el interés de la justicia, en su misión de perseguir los delitos en aras de la seguridad del Estado, y los perjuicios que necesariamente habrán de causarse por las actuaciones que se han de realizar para su consecución.

En cuanto a la práctica de aquellas indagaciones más leves efectuadas por parte de las FCS, GARCÍA MORILLO considera que las prácticas de identificación –práctica policial muy semejante a la del cacheo– suponen “una repercusión en el derecho a la libertad personal que difícilmente puede considerarse desproporcionada respecto de los fines de prevención y persecución del delito y las infracciones y la protección de la seguridad ciudadana”⁶³. Parece,

⁶⁰ CANOSA USERA, R., “El derecho a la integridad personal”, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 262.

⁶¹ ORTEGO PÉREZ, F., “Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal”, Diario la Ley, Sección Doctrina, nº 6049, 2004, pág. 2.

⁶² En este sentido GARCIA MORILLO J., “El derecho...”, op. cit., 1995, pág. 82.

⁶³ *ibídem*, pág. 223.

pues, que tanto la doctrina como la jurisprudencia se han decantado por considerar que el cacheo, en su justa medida, no vulnerará ningún derecho fundamental; por consiguiente, las razones de seguridad en la práctica del cacheo tendrán un peso esencial en el fin social de la seguridad ciudadana para justificar justa y equilibradamente las actuaciones policiales⁶⁴.

Mayor complejidad tienen, las detenciones administrativas que en la actualidad se están llevando a cabo por el Estado. Es decir, una persona puede estar técnicamente arrestada sin estar detenida⁶⁵, es decir, aquella que se realiza fuera de los supuestos exigidos por la LECR. Siguiendo el estudio realizado por GINER ALEGRÍA⁶⁶, podemos alegar que caben dos supuestos de detención administrativa: el primero relativo a las detenciones de los extranjeros que han entrado o permanecido irregularmente en el territorio nacional; el segundo concerniente para aquellos enfermos mentales peligrosos al amparo del CC, dado que se interna independientemente si se declara o no, la incapacidad del interno.

En cualquier caso, ZAFFARONI critica que el Estado controle el sistema el control social punitivo porque: “en una sociedad que aspire a la seguridad respecto de la conducta posterior de cada uno de nosotros como valor prioritario, proyectada al futuro y hasta sus últimas consecuencias, aspiraría a convertirse en una sociedad robotizada y, por ende, despersonalizada.”⁶⁷.

⁶⁴ Entre ellas citamos la STS 4 de febrero de 1994 (FJ4^o) que refiere que: “los miembros de las Fuerzas de Seguridad tienen el derecho y la obligación de defender la seguridad y el orden, persiguiendo el delito en todas las manifestaciones”.

También la STS 473/2005, de 14 de abril (FJ1^o) señala que las FCS tienen: “el deber y otorga la facultad de realizar esta clase de actuaciones siempre que, atendidas las circunstancias concurrentes, esas diligencias no revistan caracteres de desproporcionadas o arbitrarias, sino racionalmente adecuadas a la prevención de actividades delictivas y a la seguridad de la colectividad.”

⁶⁵ En el mismo sentido se expresa AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Entender la labor policial”, Ed. Amnistía Internacional, Madrid, 2005, pág. 147.

⁶⁶ GINER ALEGRÍA, C.A., “Las medidas cautelares penales personales en el proceso penal español y su vinculación con los Derechos Fundamentales (especial referencia a las recomendaciones internacionales en materia de Derechos Humanos)”, Tesis doctoral, Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Empresa de la Universidad Católica de Murcia, 2014, pág. 203.

⁶⁷ ZAFFARONI, E. R., “El enemigo en el derecho penal”, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pág. 6.

Como prueba de que la seguridad es un fin social que legitima las actuaciones de las FCS, la Secretaría del Estado, en aras de conseguir una mayor seguridad para los funcionarios y detenidos, ha establecido Instrucciones que protocolizan la forma adecuada de actuación, resaltando la importancia de la seguridad tanto para los ciudadanos en la vía pública, como para los detenidos antes de introducirlos en los calabozos, así como para los reclusos de las Instituciones penitenciarias.

Entre ellos citamos la Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad que introduce que “para garantizar la seguridad de los agentes actuantes y del propio detenido se deben eliminar los objetos susceptibles de poner en peligro dicha seguridad, de forma exhaustiva”. Además refiere que el cacheo es susceptible de ser realizado a todo detenido que vaya a ingresar en el calabozo, “por razones de seguridad”, englobando también evitar, con ello, que se autolesionen.

Asimismo, la Instrucción 19/2005⁶⁸, cuando se refiere a las diligencias de cacheo “como precaución para garantizar la seguridad de los funcionarios actuantes y de los propios detenidos o de otras personas presentes”, también permite realizar el desnudo integral pero en circunstancias especiales. Dicha instrucción alude también la práctica del cacheo integral a los presos que estén en Instituciones penitenciarias “por motivos de seguridad concretos y específicos”.

⁶⁸ Instrucción 19/2005, de 13 de septiembre, del Secretario de Estado de Seguridad, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las fuerzas y cuerpos de seguridad.

VI. EL CACHEO POLICIAL.

VI.1. TIPOLOGÍA.

El cacheo no deja de ser un instrumento eficaz que sirve como detector de cuantos efectos, pruebas, instrumentos o sustancias prohibidas, pudiera portar una persona a fin de proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de la ciudadanía, aun produciéndose en la práctica, inevitables y manifiestas molestias para el ciudadano.

En el presente apartado, hemos centrado nuestros esfuerzos en delimitar las distintas modalidades del cacheo policial, ya que la práctica de este procedimiento por parte de las FCS, además de llevarse a cabo con más asiduidad, la podemos trasladar al estudio de otras modalidades de cacheo como son el penitenciario, el realizado por los vigilantes de seguridad, o el que tiene como sujeto pasivo al menor de edad, entre otras. Siguiendo el hilo expositivo de lo expresado anteriormente, el cacheo, en razón del fin perseguido, conoce las siguientes modalidades:

VI.1.1. Cacheo preventivo⁶⁹.

El cacheo preventivo, contiene un dinamismo palpable en las funciones consuetudinarias de las FCS⁷⁰. Ahora bien, la jurisprudencia también se ha pronunciado en el ámbito penitenciario con el término de “diligencia de cacheo preventivo”, para referirse a aquellas funciones desempeñadas con asiduidad por parte de los funcionarios dentro de los Centros de internamiento, ya no sólo en el control de las entradas a las celdas de los internos⁷¹, sino también, para aquellos

⁶⁹ BAYÓN LÓPEZ, C., “El cacheo policial”, Diario la Ley, nº 7148, 2009, pág. 2, incluye el cacheo preventivo en su propia clasificación.

⁷⁰ En el ámbito policial, la SAP de Barcelona 41/2013, de 10 de mayo, denomina como “cacheo preventivo”, al hecho de que las FCS realizaran indagaciones ante las sospechas surgidas sobre el acusado (FJ2º).

⁷¹ En el Auto del TS 1577/2014, de 9 de octubre (FJ1º), ampara la realización del cacheo a un acusado, y también interno de un Centro penitenciario, quien, al regresar a su celda,

registros realizados con motivo de las visitas a los Centros penitenciarios de aquellas personas ajenas a los mismos⁷².

En primer lugar debemos de atenernos a lo dispuesto en el artículo 104 de la CE, así como en el artículo 11 de la LOFCS, puesto que ambos preceptos amparan las funciones de prevención policial, en aras de proteger el libre ejercicio de los derechos fundamentales así como de garantizar la seguridad ciudadana.

El cacheo preventivo se produce cuando un agente aborda a una persona para su identificación y cacheo, el cual tendrá, como finalidad fundamental, la localización y posterior hallazgo y aprehensión de aquellos instrumentos, objetos, efectos o sustancias prohibidas, con el fin de evitar la perpetración de un hecho delictivo, dentro del marco de las funciones propias de investigación e indagación que las propias leyes encomiendan a las FCS⁷³.

El cacheo preventivo, por tanto, está orientado a la protección de la seguridad ciudadana, como así lo dispone la LOPSC, concretamente en sus artículos, 17.2, 18, y 20.1, en cuyos preceptos se legitiman los cacheos superficiales, el control de los efectos personales, y las comprobaciones pertinentes en la vía pública, así como en los lugares, vehículos o establecimientos públicos, en función de la indagación y la prevención de aquellos hechos que revistan una especial gravedad o que sean generadores de una alarma social. De

después de recibir la visita de su madre y su compañera sentimental, fue sometido, por un funcionario del Centro, a una diligencia de cacheo preventivo, fruto de la cual, se le intervino cierta cantidad de droga.

⁷² El auto del TS 2255/2013, de 21 de noviembre (FJ1º), arguye que el “cacheo preventivo”, es una actividad donde vienen establecidos los protocolos de actuación, y, en este caso, iba dirigido a todos los paquetes que se recibían en la oficina de paquetería del Centro penitenciario en cuestión. La sustancia ilegal, en este supuesto, se encontraba oculto en el interior de unos pantalones.

⁷³ En este sentido, la SAP de Vizcaya 368/1996, de 27 de septiembre (FJ1º), denomina cacheo preventivo al cacheo practicado por agentes de la Policía Municipal de Bilbao a dos personas que estaban increpando a los viandantes en la vía pública. Deducimos, de la argumentación del Tribunal, que el hecho de participar en una reyerta induce a pensar que pudieran portar consigo algún arma peligrosa, y como consecuencia de ello se cachearon a los encartados con una finalidad preventiva. También el Auto del TS 438/2014, de 13 de marzo, llama cacheo preventivo al realizado por unos agentes de la autoridad que intervinieron droga a un sujeto que se encontraba en el interior de un local de alterne.

igual modo, el cacheo preventivo va dirigido al descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo⁷⁴.

VI.1.2. Cacheo de autoprotección⁷⁵.

La finalidad del cacheo de autoprotección es bien distinta de la perseguida por el cacheo preventivo, ya que está encaminada a mantener la propia seguridad de los agentes actuantes con respecto a los detenidos (no siendo, por tanto, necesaria, en este caso, la sospecha, o indicio, para proceder legítimamente a su realización), mediante la búsqueda de drogas, armas u objetos potencialmente lesivos que pudieran poner en peligro a los agentes y que, incluso, fueran

⁷⁴ La LOPSC establece, en el artículo 17.2, que “para la prevención de delitos de especial gravedad o generadores de alarma social, así como para el descubrimiento y detención de quienes hubieran participado en su comisión y proceder a la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, siempre que resulte indispensable proceder a la identificación de personas que se encuentren en ellos, al registro de vehículos o al control superficial de efectos personales”. El artículo 18 dispone que “1. 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. 2. Los agentes de la autoridad podrán proceder a la ocupación temporal de cualesquiera objetos, instrumentos o medios de agresión, incluso de las armas que se porten con licencia, permiso o autorización si se estima necesario, con objeto de prevenir la comisión de cualquier delito, o cuando exista peligro para la seguridad de las personas o de los bienes”. Y en el 20.1 indica que “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”.

⁷⁵ GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L., y AGORRETA RUIZ, D., “Prontuario de seguridad...”, op. cit., 2007, pág. 488, incluyen en su clasificación del cacheo, el cacheo de autoprotección y preventivo. Sin embargo GARCÍA VILA, M., “Los cacheos...”, op. cit., 2000, pág. 12, define al cacheo de autoprotección como cacheo post-delictum.

susceptibles de ser utilizados como instrumentos de autolesión del sometido o de lesión de terceras personas⁷⁶.

Ante el silencio legal sobre la práctica del cacheo por motivos de seguridad una vez detenida una persona, se establecieron, mediante la Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad⁷⁷, unos protocolos de actuación dirigidos a las FCS para el momento de la preceptiva detención. Dicha Instrucción señala que, por razones de seguridad, las FCS deberán realizar un cacheo a aquellas personas que detengan y, de forma más exhaustiva, en los casos en los que los agentes vayan a introducir a los detenidos en los calabozos. Se observa en dicho protocolo una manifiesta finalidad de garantizar, a través de dichos cacheos, la seguridad, ya no sólo de los propios agentes, sino también de los propios detenidos.

Además, la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre esta modalidad de cacheo policial. A modo de ejemplo, señalamos la SAP de Madrid 242/1999, que hace referencia a la necesaria protección de los funcionarios policiales en el ejercicio de sus funciones, y justifica y define el cacheo de autoprotección como “un mero cacheo superficial sobre el denunciado con el fin de hallar objetos peligrosos para la integridad física del policía”⁷⁸.

Incluso, una medida más restrictiva como es la incautación de droga a una persona que se encontraba detenida y a quien se le practicó un cacheo exhaustivo, que dio con la droga que ocultaba en sus calzoncillos, el TS ha indicado, sobre estas prácticas indagatorias, que “se trató de un registro personal del detenido realizado con finalidad de investigación o, incluso de prevención ante la medida de detención dispuesta y conforme a las necesidades derivadas de la detención para evitar la entrada en dependencias policiales de objetos que pudieran ser

⁷⁶ BANACLOCHE PALAO, J., “La libertad personal y sus limitaciones”, Ed. MacGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 263, considera que en una detención es perfectamente admisible el cacheo como medida de seguridad personal de los agentes.

⁷⁷ Instrucción 12/2007, de 14 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas bajo custodia policial.

⁷⁸ SAP de Madrid 242/1999, de 5 de junio (FJ1º). Sin embargo la SAP de Madrid 6/1999, de 27 de enero, relaciona el cacheo superficial practicado por las FCS a un sujeto que procedía de un vuelo de Colombia en el aeropuerto, con el referido “cacheo de autoprotección”.

lesivos a la integridad física de los detenidos, vigilantes o terceras personas”⁷⁹, o, en otro sentido, los Tribunales han expresado que el cacheo es una actuación inmediata con el objeto de “cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los agentes de la autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia”⁸⁰.

Por último, hemos de señalar que muchos autores han dado una importancia elevada a la seguridad de las propias FCS, en el ejercicio de sus funciones, por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad, para el propio detenido y los agentes de la autoridad⁸¹. Como ejemplo de ello, citamos a DE ANTÓN Y BARBERÁ, el cual describe, con minucioso detalle, el modo de cachear a un ciudadano, con una finalidad básica para el funcionario policial que realiza el cacheo: la seguridad. Recomienda, dicho autor, tomar medidas accesorias referidas al cacheo de autoprotección, para obtener una mayor efectividad en la seguridad de los funcionarios, recordando que se debe practicar, sin que suponga una degradación y vejación para el requerido.⁸²

VI.1.3. Cacheo preventivo-administrativo.

Consideramos que esta modalidad es más compleja y controvertida que las demás, ya que se debe dilucidar si un registro corporal externo respeta el principio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, cuando el fin perseguido no es otro que sancionar una infracción administrativa. Nos resulta importante destacar lo que el legislador ha incluido en la nueva LOPSC, puesto que en la anterior regulación, aparte de no existir una Ley que tipificara taxativamente la

⁷⁹ STS 260/2004, de 23 de febrero (FJ2º).

⁸⁰ STS 156/2015, de 7 de marzo (FJ1º).

⁸¹ MAGRO SERVET, V., “Las intervenciones...”, op. cit., 2012, pág. 23.

⁸² DE ANTÓN Y BARBERÁ, F., “Táctica policial”, op. cit., 2006, pp. 393 y 394, señala el modo de practicar el cacheo a un ciudadano, siguiendo unas recomendaciones de seguridad para los agentes policiales: “el individuo a cachear hay que mantenerlo en circunstancias desfavorables para él, en posición incómoda, desequilibrado e inseguro mientras con una mano se controla y con la otra se cachea, por lo que siempre es conveniente obligarle a adoptar las siguientes posiciones: de pie y con las piernas abiertas, apoyando con brazos y piernas muy abiertos sobre la pared, valla, vehículo, etc., tendido, decúbito prono, si la situación es muy peligrosa o si existe la duda de que pueda ir armado”.

posibilidad de practicar el cacheo con el fin de perseguir una infracción administrativa, tampoco encontramos normas o instrucciones de rango inferior que lo contemplaran.

Como señalábamos, la anterior regulación de la Ley Orgánica 1/1992 de la, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana establecía, en su artículo 20.2, que “los agentes para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a los que no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias”. Entendemos, por tanto, que el traslado de un ciudadano a dependencias policiales, a efectos de identificación, supone una inmovilización más gravosa que el simple cacheo policial, por lo que consecuentemente afectarán, con más intensidad, los derechos fundamentales del sometido, y, por ende, deducimos, que si la anterior Ley Orgánica justificaba dicho traslado para la sanción de infracciones administrativas, cuanto menos estarán justificados los cacheos a los mismos efectos.

Es evidente que si una persona se negara a ser identificada o cacheada cuando fuera requerida para ello por las FCS, a efectos de sancionar una infracción administrativa, cabría la posibilidad de impunidad del indocumentado por cualquier conducta ilícita por muy leve que fuera ésta⁸³. De este modo, no tendrían sentido las medidas coercitivas del Estado destinadas a la sanción de aquellas infracciones que fueran observadas por parte de las FCS, e incitaría así, a cualquier persona, a ir indocumentada, para, de este modo, salir impune de todo acto ilícito administrativo en el que se viera involucrada.

La nueva regulación de la LOPSC, acierta en incluir, en su articulado, la facultad de realizar, ya no sólo la preceptiva identificación para perseguir infracciones administrativas, como regulaba la anterior LOPSC, sino también, los cacheos, registros y comprobaciones pertinentes, en aras de proteger la seguridad ciudadana. De este modo, el artículo 20.2 de la LOPSC, indica –aunque muy vagamente– las actuaciones policiales que incluyen la persecución de las infracciones administrativas. Bajo la rúbrica titulada “disposiciones comunes de diligencias de identificación, registro y comprobación”, el precepto señala que los funcionarios policiales tienen la facultad justificada para “la aprehensión durante las diligencias de identificación, registro y comprobación de armas, drogas

⁸³ En el mismo sentido BANACLOCHE PALAO, J., “La libertad...”, op. cit., 1996, pág. 423.

tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otros efectos procedentes de un delito o infracción administrativa”⁸⁴.

Queda mencionar en último lugar, y en alusión al articulado de la LOPSC, la existencia de un precepto (el artículo 17), que podemos interpretarlo como la ampliación del margen de discrecionalidad al señalar que, las FCS, pueden limitar o restringir la circulación o permanencia en las vías públicas, cuando “pueda producirse una alteración”; interpretándose, con ello, que no se precisa que se esté produciendo tal anomalía, sino que simplemente se dispongan de los indicios razonables que llevare a pensar que pudiera llegar a producirse.

Pero más aún, existe una ambigüedad aparente que conduce a encuadrar conductas definidas como infracciones administrativas al analizar la última frase que aduce el artículo 17.1, cuando establece que “asimismo podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, dándoles el destino que legalmente proceda”.

La expresión “acciones ilegales” podría configurarse como un auténtico “cajón de sastre”, que abarcaría, ya no sólo conductas delictivas, sino también infracciones administrativas. Atendiendo a la definición de “ilegal” ofrecida por la RAE⁸⁵ como toda acción “contraria a la ley”, concluimos que toda acción ejecutada por un sujeto contraria a las normas y que esté incluida en el ordenamiento jurídico español, será perseguida, y, consecuentemente se le podrá incautar, de forma preventiva, los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para la comisión de una conducta antijurídica.

Ahora bien, nos preguntamos ¿qué infracciones son las que legítimamente se pueden perseguir? Autores como CASAL HERNÁNDEZ y BANACLOCHE PALAO, se han pronunciado sobre dicho aspecto en la derogada LOPSC⁸⁶,

⁸⁴ Continúa el precepto aportando que se deberá realizar un acta correspondiente a la actuación, donde deberá firmar el interesado, y que en caso de negativa, los funcionarios policiales lo harán constar. Dicha acta, gozará de presunción de veracidad de los hechos que en ella se consignen, salvo que se pruebe lo contrario a tal efecto.

⁸⁵ www.dle.ra.es. (consultado el 14 de octubre del 2015).

⁸⁶ En consecuencia, podemos tener en cuenta a dicho autor, ya que a pesar de realizar el estudio de la derogada LOPSC, con respecto a la actual regulación, no existen variaciones de importancia en cuanto a las formalidades tenidas en cuenta en el presente estudio, variando eso sí el guarismo del artículo.

defendiendo ambos, que la persecución de las conductas administrativas previstas en el artículo 20.2 de la LOPSC⁸⁷ afectarían, únicamente, a las infracciones tipificadas en los artículos del 23 al 26⁸⁸, excluyendo así a las demás infracciones administrativas existentes⁸⁹.

Como la LOPSC no concreta qué tipo de infracciones son las que justificarían la realización del oportuno traslado a dependencias por parte de los funcionarios policiales, a efectos de identificación, registros y comprobaciones, entendemos que la Ley ha tenido un propósito generalizado en la persecución de las infracciones administrativas, que las FCS deben perseguir en el ejercicio de sus funciones; por tanto, sus miembros se hallarán habilitados jurídicamente para aplicar este procedimiento a todas aquellas infracciones que se encuentren tipificadas en otras Leyes, normas, ordenanzas, etcétera.

No obstante, atendiendo al principio de proporcionalidad, sería ilegítima la realización de los cacheos en medio de la vía pública con el objeto de sancionar aquellas infracciones administrativas que sean de muy leve consideración. Por consiguiente, es preceptivo el cacheo para aquellos supuestos más graves y que puedan causar una mayor alarma social a la ciudadanía. Como ejemplo de ello, citamos la persecución de la tenencia de drogas, de armas peligrosas, etc., en la vía pública. Hubiera sido recomendable, en este sentido, que el legislador hubiera determinado qué tipo de infracciones administrativas requerirían, por su gravedad, la diligencia del cacheo, evitando, de esta forma, la afectación del derecho a la intimidad por infracciones administrativas leves o muy leves.⁹⁰

En cuanto a los delitos leves⁹¹, (las antiguas faltas penales), también lo encuadraremos en este apartado por ser de menor intensidad que un delito, y por

⁸⁷ En la nueva regulación afecta al artículo 19.2.

⁸⁸ En la nueva regulación de la LOPSC, está tipificadas en los artículos desde el 30 al 37.

⁸⁹ En este sentido CASAL HERNANDEZ, J.M., "Derecho a la libertad...", op. cit., 1998, pág. 353 y BANACLOCHE PALAO, J., "La libertad personal...", op. cit., 1996, pág. 423.

⁹⁰ BANACLOCHE PALAO, J., "La libertad personal...", op. cit., 1996, pp. 423 y 424, señala que lo más adecuado hubiera sido tipificar el cacheo policial para aquellas infracciones graves o muy graves previstas en la LOPSC.

⁹¹ Actualmente, el Código Penal, ha sufrido una modificación relevante que suprime formalmente el Libro de las faltas, convirtiéndose muchas conductas en delitos menos graves, y otras pasan a ser reconocidas como una infracción administrativa tipificada en la

tanto “conservan en su mayoría la configuración típica que era característica de la correspondiente falta y su forma de enjuiciamiento tampoco experimenta un cambio radical”⁹² en cuanto al procediendo se refiere.

A modo de ejemplo nos podríamos referir al supuesto en el que se tengan sospechas sobre un sujeto que hubiere maltratado cruelmente a un animal doméstico mediante un objeto, y a quien, por ende, se le aplicaría un delito leve tipificado en el artículo 337.4 del Código Penal. Pues bien, en este caso, sí estaría justificado el cacheo al presunto autor de estos hechos. Además, por otra parte, un simple delito leve de daños (artículo 263.1) podría dar lugar, de igual modo, a un cacheo, al objeto de comprobar si el individuo en cuestión porta algún instrumento que verificase o esclareciera dicha irregularidad.

VI.2. REQUISITOS PARA UNA PRÁCTICA LEGÍTIMA DEL CACHEO.

Para que el cacheo en su práctica policial sea legítimo, debemos de establecer unos criterios que unidos avalen dicha actuación, y así se disponga de una protección jurídica correcta. Las imprecisiones normativas que afectan a su regulación, motivaron que la jurisprudencia, desde la promulgación de la ya derogada LOPSC⁹³, haya sido la responsable de moldear y fijar unos criterios transcendentales para que su desempeño se ajuste a derecho.

Como consecuencia de las nuevas manifestaciones de conductas antisociales, y ante el patente dinamismo de la sociedad en general, se aprobó la reciente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, con la pretensión de congregar en ella, lo que desde el año 1992, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, han ido parcheando mediante sus continuas sentencias (atendiendo a la tutela de los

actual LOPSC. Nos referimos a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁹² Circular 1/2015, de 19 de junio del 2015 “sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015”.

⁹³ Dicha Ley, constituyó un primer acercamiento en abordar un código que albergara las principales actuaciones concernientes a las funciones prácticas de las FCS, a fin de garantizar la seguridad ciudadana, desde una óptica marcada en la tutela de los derechos constitucionales.

derechos fundamentales), para así salvar los vacíos legales que suscitaban, por ejemplo, los problemas de la práctica del cacheo.

Se trata, por tanto, de un modelo claramente garantista en cuanto a los derechos de las personas se refiere, habiendo desaprovechado el legislador, bajo el punto de vista de quien suscribe, la ocasión para desarrollar aún más su praxis⁹⁴.

Como novedad y por primera vez en la Ley 4/2015 se incorpora la práctica del cacheo. Además se regula, como novedad, en el artículo 20, bajo la rúbrica "registros corporales externos", la figura del semidesnudo de las personas, donde se numera cada una de las cláusulas y formalidades primordiales para su legítima realización.

No obstante lo anterior, los requisitos que tipifica el artículo 20 referente al cacheo, no son más que la materialización normativa de la línea jurisprudencial que han ido marcando los Tribunales para su legítima praxis, consiguiendo, eso sí, una mayor seguridad jurídica para los funcionarios policiales, así como para la defensa de los derechos inherentes de los interesados al tipificarlo en una Ley Orgánica.

La reciente promulgación de la nueva LOPSC, ha imposibilitado, por razones temporales obvias, que los Tribunales de alta esfera hayan podido pronunciarse hasta el momento sobre dichos aspectos, ya no sólo por las recientes contingencias derivadas de la imposición de recursos de inconstitucionalidad⁹⁵

⁹⁴ No es menos cierto también señalar, que en su regulación, dedica un artículo para referirse al cacheo. Incluso, y como estudiaremos más adelante, se ha referido a figuras de tan recóndito regulación normativa como es el semidesnudo.

⁹⁵ El 21 de mayo del 2015, se presentó ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad por los grupos parlamentarios: Socialista, de la Izquierda Plural, de Unión Progreso y Democracia y el Mixto, tanto del artículo 20.2 como del 19.2 de la LOPSC. El artículo 20.2, como se estudiará en las páginas siguientes, habilita a los funcionarios policiales para dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por la ropa. En sus argumentaciones, destacamos que esta nueva regulación vulneraría el texto constitucional del artículo 18 ligado a sí mismo a los artículos 10.1 y 15 de la CE. En su apreciación, arguyen que existe una desproporcionalidad evidente en esta actividad ya que "no se justifica en el mantenimiento del orden y la seguridad que se pretende proteger". Sin embargo el recurso del artículo 19.2 de la LOPSC que afecta también en la "aprehensión durante las diligencias de identificación, registro y comprobación de armas,

interpuestos contra los artículos donde está involucrada la práctica del cacheo, sino también, por el veredicto de sentencias que bien aseveran, o moderan, ciertas puntualizaciones sobre dicha práctica.

Por todo ello, y, en gran medida, después del análisis de los nuevos preceptos que reza la propia LOPSC, referenciaremos en el presente capítulo un acopio de sentencias que analizan los preceptos de la ya abolida LOPSC, y los cuales sin embargo, nos servirán para el estudio de esta nueva Ley, dada la proximidad y su similitud procedimental en cuanto a la afectación del cacheo.

Entre el gran número de sentencias que aluden a dichos extremos, se encuentra el ATS 2325/2013, de 5 de diciembre (FJ1º), que establece que la diligencia de cacheo personal no supone una transgresión de los derechos fundamentales siempre que la actuación policial cuente: “con amparo legal, esté racionalmente justificada y se mantenga en los límites de la proporcionalidad”⁹⁶.

VI.2.1. La existencia de un marco legal: la LOPSC como instrumento regulador de los cacheos y registro en la vía pública.

Uno de los requisitos más importantes para que un cacheo o registro personal sea legítimo, es la cobertura de un precepto legal. En primer lugar hemos de señalar que el artículo 104 de la CE habilita a las FCS, bajo la dependencia del Gobierno, a “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”⁹⁷. Además, el art. 126 de la CE, precisa la obligación en las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente por medio de la policía judicial, lo que hacía previsible una regulación más específica de los cuerpos policiales en aras de otorgar la finalidad que persigue la Constitución. Respondiendo

drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otros efectos procedentes de un delito o infracción administrativa” que alude el precepto, está encauzado para aquellas intervenciones que se realicen por el uso no autorizado de imágenes o datos personales. Alude el recurso que limitaría la libertad activa y pasiva de la información; sin embargo, no se detallan argumentos referidos al tema de estudio que nos ocupa.

⁹⁶ Entre la doctrina jurisprudencial reseñamos también la STS 525/2000, de 31 de marzo, FJ2º.

⁹⁷ BANACLOCHE PALAO, J., “La libertad personal...”, op. cit., 1996, pág. 189, refiere que dicho artículo tiene una perspectiva garantista y no represiva de las tareas de la policía.

fundamentalmente al mandato constitucional, era previsible la elaboración de la LOFCS encargada de determinar las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Por lo tanto la LOFCS, procedió a regular los diferentes cuerpos policiales para el cumplimiento efectivo de sus funciones. Nos referimos tanto en ámbito nacional, dependientes funcionalmente del Gobierno de la nación: Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía, como a los policías dependientes de las Comunidades Autónomas, siendo éstos los Mossos d'Escuadra, la Ertzaintza, Policía Foral de Navarra, Cuerpo General de la Policía Canaria y las unidades del Cuerpo Nacional de Policía adscritas a determinadas CCAA; y por último a las Policías Locales que están bajo la dirección de las Corporaciones Locales. ANADÓN JIMÉNEZ, reconoce que entre las funciones de los cuerpos policiales se incluyen tanto los registros personales como los cacheos, aduciendo que deben realizarse por funcionarios autorizados, es decir los que incluye la citada Ley Orgánica⁹⁸.

Aclarado este punto y en previsión de dar cumplimiento a las funciones que marcan las leyes a los diferentes miembros de las FCS, la LOFCS señala cuáles son las diferentes funciones de cada corporación policial, teniendo en común de forma genérica, atribuciones que requieren en muchas ocasiones para su normal desarrollo y eficaz finalidad, la práctica del cacheo. Dicho extremo lo señala el artículo 11.f) y g) de la referida LOFCS, al indicar como función primordial de éstas la de prevenir la comisión de actos delictivos, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente, obteniendo legítimamente las pruebas referidas, respetando las reglas de la buena fe de modo que no violenten los derechos o libertades fundamentales⁹⁹.

Podemos apuntar en base a todo lo expuesto, que el punto de partida en la intervención de la policía en las diligencias sobre el cuerpo humano –donde se encuadra la práctica del cacheo–, está incorporado de forma generalizada en el

⁹⁸ ANADÓN JIMÉNEZ, M.A., “La recogida de pruebas en relación al proceso penal por la policía judicial”, *Diario la ley*, Sección doctrina, Ed. La Ley, Tomo 5, 1999, pág. 13.

⁹⁹ Reconocido además en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

artículo 282 de la LECR¹⁰⁰ dicha figura prospectiva, y que bajo el título “La policía judicial” deben de “recoger todos los instrumentos, efectos o pruebas del delito y ponerlo a disposición judicial”.

Todas las leyes que hemos mencionado habilitan a las FCS para incautar aquellos efectos, pruebas o instrumentos que sean constitutivos de un hecho punible, y presentarlos ante el juzgado competente, de modo que gozarán de valor de prueba preconstituida que se incorporarán al debate procesal como auténtica prueba a través del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.¹⁰¹

VI.2.1.1. Cacheo policial en la LOPSC.

VI.2.1.1.1. Antecedentes históricos: LOPSC 1/1992.

El artículo 19.2 de la abolida LOPSC reconocía que, con motivo de las funciones encomendadas a las FCS en “el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo, se podrán establecer controles en las vías públicas, lugares o establecimientos públicos, en la medida indispensable a los fines de este apartado, al objeto de proceder a la identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos, al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos”. El citado artículo

¹⁰⁰ En términos similares se expresa GÓNZALEZ I JIMÉNEZ, A., “Las diligencias policiales y su valor probatorio”, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2014, pág. 219.

¹⁰¹ En este sentido ANADÓN JIMÉNEZ, M.A., “La recogida...”, op. cit., 1999, pág. 6. La STS 487/2015, de 20 de julio, en relación con el artículo 730 expresa que (FJ2º); “el legislador español, en su libertad de configuración de los medios de prueba admisibles en el proceso penal, aun permitiendo que declaraciones efectuadas en la fase sumarial puedan sustentar una declaración de condena, lo ha limitado a las declaraciones prestadas ante el juez de Instrucción. Sólo cuando se produzca una rectificación o retractación de su contenido en el acto del juicio oral (art. 714 LECR) o una imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECR), las declaraciones prestadas con anterioridad podrán alcanzar el valor de prueba de cargo siempre que se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en las que se documentaron, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pero bajo condición de que se trate de declaraciones prestadas ante el juez de Instrucción”.

constituía el único precepto que autorizaba la modalidad del cacheo en la vía pública por parte de las FCS¹⁰².

En este sentido lo entienden algunos autores. BANACLOCHE PALAO¹⁰³ o LOMBARDEO EXPÓSITO¹⁰⁴ reconocen que el art. 19.2 de la LOPSC es el único precepto legal que prevé la legitimidad de los controles policiales en la vía pública. Y CASAL HERNÁNDEZ¹⁰⁵, remitiéndose a la jurisprudencia¹⁰⁶, admite igualmente que el cacheo policial está incluido principalmente en dicho artículo.

Pero más allá de reconocer que el artículo 19.2 es el que contempla, de forma más contundente y nítida, la figura del cacheo, es preciso afirmar que existen otros artículos, en la misma LOPSC, que habilitaban legalmente a las fuerzas policiales a realizar cacheos en determinadas circunstancias; siendo éstos los siguientes:

El artículo 19.1 señalaba, refiriéndose a la seguridad ciudadana, que “los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir, por el tiempo imprescindible, la circulación o permanencia en vías o lugares públicos (...) para su restablecimiento”; y continuaba el precepto afirmando que “asimismo podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos

¹⁰² Consideramos que la redacción que realizaba la antigua LOPSC era vaga e imprecisa en cuanto a la práctica del cacheo.

¹⁰³ Op. cit., 1996, pág. 263.

¹⁰⁴ Op. cit., 2012, pp. 6 y 7.

¹⁰⁵ Op. cit., 1998, pág. 370. Dicho autor se expresa en los siguientes términos; “el único precepto legal que faculta a la policía para cachear a las personas en busca de las pruebas de un delito es el artículo 19.2 de la LOPSC”.

¹⁰⁶ Entre tantas, y a modo de ejemplo, mencionamos el ATS 797/2007, de 19 de abril (FJ1º), en el que se afirma que: “es doctrina de esta Sala que la diligencia de cacheo no vulnera ningún derecho fundamental siempre que la actuación policial cuente con amparo legal que, en este caso, es el art. 19.2 de la LO 1/1992 de 21 de febrero”. También se expresa en la misma línea la STS 1519/2000, de 6 de octubre (FJ5º), al declarar que “el cacheo constituye una diligencia policial legalmente amparada en el art. 19.2”. Por último la STS 525/2000, de 31 de marzo, señala como requisito imprescindible para el cacheo un amparo legal refiriéndose al artículo 19.2 de la LOPSC.

Antes de la entrada en vigor de la referida Ley, la jurisprudencia avalaba la práctica del cacheo en el art. 11.1 f) y g) de la LOFCS, ejemplo de ello encontramos la STS de 20 de diciembre de 1993 (FJ1º), STS de 1 de febrero de 1996 (FJ1º), STS 473/2005, de 14 de abril (FJ1º) y además la STS 297/1996, de 1 de abril (FJ2º).

susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales”, evidenciándose, con ello, la legitimidad, por parte de las FCS, de practicar cacheos, en cuanto a su obligación de ocupar preventivamente dichos efectos o instrumentos.

Además, los artículos 18 y el 20.1 de la citada ley expresan:

Art.18: “los agentes de la autoridad podrán realizar, en todo caso, las comprobaciones necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas, procediendo a su ocupación”.

Art. 20.1: “los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento”.

Dichos artículos tienen varios aspectos de interés, ambos se asemejan porque son los artículos que habilitan a realizar los controles en la vía pública, así como las identificaciones de las personas, pero tienen algunas expresiones con connotaciones interpretativas bastante ambiguas. Por ejemplo cuando se refiere a “comprobaciones necesarias” y “comprobaciones pertinentes” de los artículos 18 y 20.1 respectivamente, en cuanto que no quedaba lo suficientemente claro lo que podía interpretarse como “necesario”, o el vocablo “pertinente”.

Pero el mayor problema en cuestión era determinar si dichos preceptos habilitaban a las FCS para efectuar el registro superficial correspondiente al objeto de lograr los fines que expresan los preceptos de la citada Ley Orgánica. En este sentido CASAL HERNÁNDEZ¹⁰⁷ defiende la idea de que expresiones como la de “comprobaciones pertinentes”, darán cabida a una modalidad de cacheos discriminados por parte de la policía¹⁰⁸. Sin embargo BANACLOCHE PALAO¹⁰⁹,

¹⁰⁷ Op. cit., 1998, pág. 375.

¹⁰⁸ WAGMAN, D., “Discriminación Policial-Racial Profiling”, Boletín Criminológico, nº 87, 2006, pág. 1, refiere que existe una discriminación policial clara, por criterios raciales o étnicos. TERRÓN SANTOS, D., “Etnia y requerimiento policial de identificación: Comentario a la STC 13/2001, de 29 de enero”. E-Derecho Administrativo (e-DeA), nº 2, 2001, pág. 2, expresa en el mismo sentido que el anterior, que la raza no puede convertirse en un criterio que se exima del cumplimiento de la Ley.

¹⁰⁹ Op .cit., 1996, pág. 265.

entiende que el término “comprobación” que figura en el artículo 20.1 se refiere únicamente a las identificaciones, y no a la realización del cacheo.

Lo cierto es que la Ley no precisaba el modo de efectuar el cacheo “porque en ella no se especifica ni qué sujetos pueden ser sometidos a cacheo, (si todos los que estén en la zona de control, o sólo los no identificados, o también los identificados que resulten sospechosos), ni en qué casos puede acordarse”¹¹⁰; así lo entiende además ALONSO PÉREZ¹¹¹, criticando al ordenamiento español por no haber especificado con mayor rigor dichos preceptos, dejando las orientaciones oportunas a la jurisprudencia¹¹².

En general dichos artículos, y en definitiva el cacheo policial en la LOPSC de 1992, deberían haberlo precisado con más rigor y claridad porque sembraban muchas dudas en cuanto a su legítima práctica y al modo de proceder; siendo una vez más la jurisprudencia la que ha tenido que precisar las cuestiones más importantes con objetivos bien distintos. Por una parte el objetivo de que no se vean vulnerados los derechos fundamentales con motivo de un cacheo; y de otra parte, el de amparar a las FCS en sus funciones de perseguir el delito en todas sus dimensiones.

VI.2.1.1.2. La nueva regulación del cacheo en la LOPSC.

Todas las cuestiones sobre las que ha ido dilucidando la jurisprudencia con respecto a la práctica del cacheo en la anterior regulación, consolidó un ofrecimiento expositivo mediante una serie de requisitos con los que formalizar dicha práctica indagatoria. Además, recordaba en sus argumentos tanto la naturaleza específica del cacheo; la diferencia jurídica con respecto a la medida de la detención; el hecho de que no es necesaria la presencia letrada para su legítima práctica; así como su vínculo con el derecho a la intimidad personal¹¹³.

¹¹⁰ En este sentido BANACLOCHE PALAO, J., “La libertad...”, op. cit., 1996, pág. 265.

¹¹¹ ALONSO PÉREZ, F., “Cacheos y...”, op. cit., 1999, pág. 2.

¹¹² Es curioso porque hasta una STS de 7 de julio de 1995 (FJ2^o), critica la redacción del artículo 19 de la LOPSC.

¹¹³ En términos análogos, se ha expresado la Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: 2012-2013. Sala Segunda; aludiendo además que una de las sentencias más recientes que recoge toda una “exposición de la doctrina sobre la diligencia del cacheo”, es la STS 156/2013, de 7 de marzo.

Las condiciones más significativas que declararon los Tribunales en la preceptiva acomodación legal y constitucional de los cacheos, están en plena consonancia con su finalidad y su propia naturaleza. Unido a todo ello, la actual circunstancia de que los registros corporales, junto a las comprobaciones de identidad, se erigen, como no podía ser de otra manera, en “señas de identidad en un estado de vigilancia cada vez más importante”¹¹⁴, han llevado a que el legislador promoviera la final consolidación de la nueva LOPSC, en aras de revestir, si cabe aún más, de una mayor seguridad jurídica en el uso y empleo del cacheo por parte de las FCS en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, los parlamentarios han perdido una ocasión colosal al elaborar la nueva LOPSC, por rehusar incluir el vocablo cacheo en el artículo 20. Sin embargo, sí reseña la locución referido a “los registros corporales externos y superficiales”¹¹⁵, expresión que encuadra dentro de la definición de la práctica del cacheo, aunque consideramos que asume una connotación más genérica.

Por su parte, se envuelve de mayor rigor cuando la Ley se refiere a estas indagaciones policiales con el término “registro corporal externo”. Entendemos, con ello, que el legislador ha incluido el referido vocablo en alusión a la figura del semidesnudo corporal, insertado en el apartado b del artículo 20; cuyos términos señala sobre la legalidad de dejar a la vista partes del cuerpo que normalmente están cubiertas con ropa cuando se efectúen en un lugar reservado para evitar la vista de terceros¹¹⁶.

¹¹⁴ MAQUEDA ABREU, M.L., “La criminalización del espacio público: el imparable ascenso de las clases religiosas”, Revista electrónica de ciencia penal y criminológica, nº 17, 2015, pág. 38.

¹¹⁵ El señor Fernández Díaz, Ministro del Interior, en el debate de totalidad del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (nº de expediente 121/000105), señaló que la expresión que recoge la LOPSC, sobre los registros corporales externos, es lo que comúnmente se conoce como cacheo. Recogido en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados; pleno y diputación permanente, nº 230, X legislatura, 2014, pág. 25.

¹¹⁶ El estudio de dicha figura indagatoria, tendremos la ocasión de un análisis más profundo en los apartados posteriores, junto con el desnudo integral, dada la sustancial similitud, ya que en ambas figuras puede existir un entrometimiento del derecho a la intimidad corporal.

La redacción del artículo 20 con la rúbrica “registros corporales externos” señala lo siguiente:

- “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 de 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 (...).”.

Entre los dos requisitos aludidos, reseñamos el precepto de que el cacheo podrá realizarse cuando existan indicios racionales como para suponer que un sujeto porte consigo efectos, instrumentos u objetos prohibidos¹¹⁷.

El segundo requisito precisa que los registros se habrán de realizar ineludiblemente por personas del mismo sexo; exigencia consolidada por la doctrina jurisprudencial, cuando alude que, entre las condiciones con las que éstos deben realizarse a fin de salvaguardar, en todo momento, la intimidad personal del cacheado, se halla la formalidad de que “el cacheo se realice por una persona del mismo sexo”¹¹⁸, salvo por extrema necesidad, que esté motivada por un riesgo grave e inminente para los agentes.

A este último aspecto se refiere la Instrucción 7/2015, de 30 de junio, de la Secretaria de Estado de Seguridad, relativa a la práctica de la diligencia de identificación, los registros corporales externos y las actuaciones con menores, que están previstos en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, cuando señala que, salvo urgencia por un posible riesgo grave e inminente para los agentes, el agente actuante deberá realizar la práctica del cacheo a personas de su mismo sexo, observando especial atención a las personas transexuales¹¹⁹.

¹¹⁷ Dicho extremo, se analiza en los apartados posteriores, referido a las sospechas policiales.

¹¹⁸ STS 156/2013, 7 de marzo del 2013 (FJ1º).

¹¹⁹ Incluso en el cuarto punto.

También nos resulta de vital importancia lo señalado por el artículo 18 de la presente Ley, en el cual se alude a las comprobaciones y registros en lugares públicos, puesto que la figura del cacheo se desprende de su misma redacción, al señalarse que “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”. Como podemos comprobar, este precepto, en cuestiones relacionadas con la presunta tenencia de armas o meros objetos peligrosos, faculta a los funcionarios policiales para intervenir preventivamente. Por ello, podemos aducir que, el presente artículo tiene una especial concordancia con el artículo 148 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, ya que éste establece, en parecidos términos, las mismas disposiciones que el artículo objeto de estudio¹²⁰.

El actual artículo 18 corresponde con su predecesor del mismo numeral de la derogada LOPSC de 1992, incluyendo algunos aspectos relevantes como el deber de colaboración por parte de los ciudadanos, así como el de no obstaculizar la labor de la autoridad durante el ejercicio de sus funciones, en lo relativo a las comprobaciones y registros llevados a cabo por las FCS, y que señala dicho precepto.

Pero la finalidad de este artículo, va encaminada principalmente a la prevención de la comisión de delitos, o a la reacción policial ante la existencia de cualquier peligro para la seguridad de las personas¹²¹ o bienes, otorgándoles a los agentes de la autoridad la capacidad jurídica para practicar cuantas comprobaciones sean necesarias sobre las personas, bienes y vehículos. De este modo, y a diferencia con la anterior regulación, se incrementa la lista de los efectos prohibidos. Nos referimos, con ello, a las: “armas, explosivos, sustancias peligrosas u otros objetos instrumentos o medios que generen un riesgo potencialmente grave para las personas”.

¹²⁰ Dicho artículo expresa que: “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, los agentes de la autoridad podrán realizar, en todo caso, las comprobaciones necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas”.

¹²¹ Reza dicho artículo que “generen un riesgo potencialmente grave para las personas”.

Nos resulta significativo señalar que la aprehensión de los efectos, que refiere cualquiera de los dos artículos señalados con anterioridad, le corresponde imperativamente a las FCS, cuyos miembros levantarán la correspondiente acta en caso de que intervengan legalmente objetos o efectos, tanto si éstos proceden de una infracción administrativa, como si lo hacen de un acto delictivo, en el marco de las diligencias que se practicaren con motivo del cacheo y de los registros.

En este sentido expone el artículo 19.2¹²² de la LOPSC que “el acta que se extienda gozará de presunción de veracidad de los hechos en ella consignados, salvo prueba en contrario”. En el acta de aprehensión, se hará constar cada uno de los objetos peligrosos, armas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otros efectos procedentes del delito o infracciones administrativas.

En cuanto a la presunción de veracidad que refleja el artículo 19.2, hemos de recordar que se halla regulado actualmente dentro de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹²³, concretamente en su artículo 77.5¹²⁴, al referirse que los hechos constatados por todos aquellos funcionarios a los que reconociéndoles la condición de autoridad, formalicen, mediante documento público ajustado a los requisitos legales oportunos, la denuncia que hubieran dado lugar unos hechos constitutivos de sanción, tendrán valor de prueba, salvo que se acredite lo contrario por los propios administrados¹²⁵.

¹²² Dicho artículo está dentro de las disposiciones comunes a las diligencias de identificación, registro y comprobación.

¹²³ En la disposición derogatoria única dispone que, quedan expresamente derogadas entre otros, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

¹²⁴ En la derogada Ley 30/1992, estaba regulado en el artículo 137.3, prescribiendo que; “los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados”.

¹²⁵ Existe doctrina jurisprudencial reiterada sobre la presunción de veracidad. Aportamos la STS, roj. 1170/1990, de 14 de septiembre en su FJº3, cuyo contenido consta que “como bien expresa la Sala del Tribunal Supremo en 5 de marzo de 1979, cuando la denuncia sobre los hechos sancionados es formulada por un agente de la autoridad, encargado del

VI.2.1.2. Los controles policiales en la vía pública según la LOPSC.

El artículo 17 de la actual LOPSC se corresponde en gran medida con el 19 de la derogada Ley de Protección de Seguridad Ciudadana, por lo que no llega a convertirse en una novedad con respecto a su anterior regulación, en cuanto que mantiene intacta algunas de sus potestades clásicas¹²⁶ como las restricciones en la vía pública o los controles policiales, orientadas principalmente al mantenimiento de la seguridad ciudadana. No obstante lo anterior, es destacable señalar que en la nueva regulación se amplía algún término que nos resulta interesante y novedoso con respecto a la anterior Ley 1/92, y que ha despertado nuestro interés, pues entendemos que afectará a la práctica del cacheo sobre las personas.

El artículo 17 de la LOPSC, se compone a su vez de dos subapartados. El primero de ellos, faculta a las FCS para restringir, o bien limitar, la circulación en las vías públicas, así como establecer zonas de seguridad en aquellos supuestos en los que pueda estar amenazada la seguridad ciudadana, o se tengan indicios razonables que condujeran a pensar que pudiese producirse un grave riesgo para la misma. El segundo punto hace mención a la posible ocupación preventiva por parte de las FCS de aquellos efectos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, como bien se ha tenido ocasión de estudiar en el apartado anterior.

En cuanto a las restricciones del tránsito, la novedosa Ley añade, para amparar su materialización, el requisito concerniente a la mera existencia de indicios racionales que llevaren a pensar que pudiese producirse una alteración de la seguridad ciudadana o a la pacífica convivencia. Esta nueva ampliación en la redacción del artículo 17.1 de la LOPSC, supone un mayor margen de discrecionalidad en las actuaciones de los agentes, puesto que la medida aludida no requiere de la comisión previa de un acto ilegal; es decir, no se precisa que llegue a tener que producirse una alteración real alguna¹²⁷, sino mas bien que exista una remota posibilidad de que pueda producirse.

servicio, la presunción de veracidad y legalidad que acompaña a todo obrar de los órganos administrativos, y de sus agentes, es un principio que debe acatarse y defenderse, ya que constituye esencial garantía de una acción administrativa eficaz”.

¹²⁶ En los mismos términos se refiere MAQUEDA ABREU, M.L., “La criminalización...”, op. cit., 2015, pág. 44.

¹²⁷ En similar sentido se expresa el Instituto Valenciano de Seguridad Pública y Emergencias, “El nuevo Panorama Legislativo 2015, Ley de Protección de la Seguridad

El artículo 17.2 contempla la facultad de realizar controles policiales en la vía pública en los siguientes términos: “para la prevención de delitos de especial gravedad o generadores de alarma social, así como para el descubrimiento y detención de quienes hubieran participado en su comisión y proceder a la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, siempre que resulte indispensable proceder a la identificación de personas que se encuentren en ellos, al registro de vehículos o al control superficial de efectos personales”.

Los controles preventivos que realizan las FCS en la vía pública referidos en el art. 17.2 de la LOPSC, en virtud del cual se ampara el hecho de que los ciudadanos sean objeto de identificaciones o registros en toda su extensión, pueden llegar a degenerar en una mala praxis policial mediante actuaciones discriminatorias, arbitrarias o de falta de criterio constitucional, siempre y cuando no se actúe conforme a los términos marcados por la Ley. En este sentido dilucidaremos, a lo largo de todas estas páginas, si los controles en medio de la vía pública son constitucionalmente legítimos, y si se hallan dentro de los parámetros legales, que, en definitiva, marcarán los límites de intervención concerniente a las funciones de las FCS.

Dicho precepto continúa reseñando, que la finalidad en el descubrimiento y detención de los partícipes de un hecho delictivo, así como la consecuente recogida y ocupación preventiva de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo, debe de estar precedida por una causa que genere una “grave alarma social¹²⁸”, o bien para prevenir delitos de especial gravedad (como novedad en la nueva regulación)¹²⁹. Estos requisitos se convierten especialmente importantes, ya

Ciudadana”, Generalitat Valenciana, Conselleria de Governación y Justicia, NPL/01/2015, pág. 11.

¹²⁸ Además la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, como ejemplo la STS 797/2007, de 19 de abril (FJ1^o) refiere que: “la ley encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad una actitud no solo pasiva en la prevención de la comisión de actos delictivos, así como la realización de actuaciones tendentes en general al descubrimiento de los ya cometidos, autorizando los controles encaminados a identificar y cachear a quienes transiten o se encuentren en esos lugares, cuando se trate de hechos delictivos que causen grave alarma social”.

¹²⁹ En el mismo sentido se refiere el Instituto Valenciano de Seguridad Pública y Emergencias, “El nuevo...”, op. cit., 2015, pág. 12.

que facultarán a los miembros de las FCS a establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos con objeto de realizar de forma lícita los aludidos cacheos¹³⁰, o registros en el interior de los vehículos.

Por tanto, independientemente de que haya o no indicios, sugiere dicho precepto que en el supuesto de que haya una grave alarma social, o con motivo de la prevención de un delito subsumible como de especial gravedad, los funcionarios policiales, adquirirán la potestad de retener durante un control policial a cualquier persona, bien para requerirle la documentación, o bien para someterla a un cacheo, como así lo entiende también BANACLOCHE PALAU¹³¹.

El significado de la expresión, “delitos de especial gravedad”, nos resulta de especial relevancia, ya que forma parte de uno de los requisitos que habilita a las FCS para realizar controles en la vía pública, por lo que dedicaremos un estudio sobre dicho aspecto en las siguientes líneas.

En primer lugar, debemos acudir a lo dispuesto por la Ley 1/2015 de 30 de marzo, mediante la cual se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, ya que en su artículo 13¹³² señala que tendrán la consideración de delitos graves todas aquellas infracciones que esta Ley castigue con pena grave.

El artículo 33.2 del CP abarca una clasificación numeral de todos los supuestos que deben considerarse como pena grave. De esta clasificación, destacamos aquellos delitos que contemplan aparejada una pena de prisión permanente revisable, o que superen los cinco años de prisión, o que lleve aparejada una inhabilitación absoluta, etc.

Por su parte, el Preámbulo VIII del Código Penal, cuando alude sobre el uso de los datos policiales sobre identificaciones obtenidas a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, reseña que son supuesto de delitos graves

¹³⁰ El artículo 17.2 lo indica con el término “control superficial de efectos personales”.

¹³¹ BANACLOCHE PALAO, J., “La libertad...”, op. cit., 1996, pág. 263.

¹³² Está regulado en el artículo 13 del apartado 1, 2 y 3, expresando que; “son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave. Son delitos leves las infracciones que la Ley castiga con pena leve”.

aquellas conductas que atenten contra la vida, la integridad física, la libertad o libertad o indemnidad sexual.

En segundo lugar, y siguiendo con el estudio de los delitos de especial gravedad, nos resulta interesante plasmar lo que SOLAZ SOLAZ y MAGRO SERVET entienden por ello, ya que hacen tres distinciones significativas atendiendo a la denegación de la sustitución de la pena fundamentada en la naturaleza del delito.

Entienden los autores referenciados que en atención al estudio de la denegación de la sustitución de la pena en aplicación, existen tres supuestos de delitos de especial gravedad atendidos “bien por su gravedad intrínseca (delitos contra la salud pública, agresiones sexuales); bien por particulares circunstancias de sus autores o los fines perseguidos (grupos de delincuentes organizados, bandas armadas y terroristas), o bien por la existencia de una necesidad reforzada de protección a la víctima (menores, discapacitados, personas desvalidas, etc.)”¹³³.

En atención a todo lo expuesto, consideramos que la interpretación de la expresión “delitos de especial gravedad” puede ser holgada, por lo que nos circunscribimos en su aplicación, para aquellas acciones ilícitas que por su pena tenga una relevancia importante en cuanto al castigo del tiempo de privación de libertad o, reúna alguna de las características que asevera nuestro autor en el apartado anterior.

En otro orden de cosas, el legislador en la redacción del artículo 17.2, ha separado dos condiciones vinculantes para las funciones de prevención ejercidas por las FCS. Por un lado, en la antigua regulación aparece el supuesto “en un hecho delictivo causante de grave alarma social”; y, por otro lado, en la nueva regulación, se estipula que se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos para la prevención de “delitos de especial gravedad o generadores de alarma social”. Como podemos observar, mediante esta nueva regulación, se dota de más protagonismo a cualquier situación que cause una alarma social aunque no sea consecuencia de un delito grave.

¹³³ SOLAZ SOLAZ, E., y MAGRO SERVET, V., “Manual Práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión”, Ed. La Ley, Madrid, 2008, pág. 168.

Uno de los problemas interpretativos que encontramos en la nueva transcripción de este artículo, es lo relativo al significado a la ya citada “alarma social”. La jurisprudencia se ha decantado por operar casuísticamente, e ir señalando aquellos supuestos en los que es preceptivo el cacheo durante un control en la vía pública con motivo de la prevención o perpetración de una acción causante de una alarma social.

Entendemos que existe una grave alarma social, cuando se traten de actuaciones que tengan relación con cualquier delito tipificado en el Código Penal, o que tengan repercusión entre la ciudadanía, independientemente de que sea más o menos considerable. De este modo, quedarían justificados los controles de alcoholemia en la vía pública, pues la seguridad vial y, concretamente, los delitos que se cometen en dicho ámbito, generan cierta alarma social, en cuanto que ponen en peligro a los demás usuarios de la vía, bien por conducir bajo las influencias de bebidas alcohólicas o drogas, bien por circular a gran velocidad, o bien por no haber obtenido nunca el permiso o licencia de conducción, entre otros.

De éste modo, también se puede considerar como alarma social cualquier robo que se produzca en una zona, las violaciones, los asesinatos, etc.; y máxime, si se producen de forma frecuente y reiterada en una zona concreta. Dichos controles preventivos, en aras de erradicar los delitos, poseen un elemento conflictivo, como es la identificación y cacheo practicados por parte de la policía de una forma aleatoria en un lugar llamado crítico.

Pero el delito que ha recibido mayor número de pronunciamientos judiciales relacionados con la práctica del cacheo es, sin lugar a dudas, el delito contra la salud pública, porque como norma general se necesitan de dichas prácticas policiales para comprobar si el sometido porta u oculta, entre sus ropas o cuerpo, drogas o estupefacciones. En este mismo sentido, la SAP de Málaga 88/2012, de 15 de febrero, como tantas otras sentencias, reconoce que el tráfico ilícito de drogas, es causante de una grave alarma social¹³⁴.

¹³⁴ Como ejemplo de ello citamos la STS de 7 de Julio de 1995 y la STS de 1 de febrero de 1996, reconociendo que el delito de tráfico de drogas es uno de los que causan una alarma social y que desde el punto de vista investigador –refiriéndose al cacheo– no ofrece ningún reparo en practicarlo.

También mencionamos la STS 1344/1997, de 11 de noviembre (FJ2º), por la que se reconoce como legítimo un control preventivo llevado a cabo por agentes del Cuerpo Nacional de Policía junto al portal de una vivienda, al disponer de sólidas sospechas de que un individuo se dedicaba al tráfico de drogas, aduciendo el Tribunal que, en estas circunstancias, los cacheos son legítimos en estas circunstancias, con respecto a aquellas personas que transiten por dicho lugar.

En el mismo sentido, la STS 297/1996, de 1 de abril¹³⁵, consolidó la doctrina jurisprudencial al expresar que “la inspección del vehículo y el cacheo suponen para el afectado un sometimiento, no ilegítimo, a las normas policiales, incluso aún sin la previa existencia de indicios de infracción, si ello tiene lugar de la mano de la proporcionalidad, bajo la responsabilidad del agente o agentes que intervienen y en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de la seguridad sin arbitrariedad”¹³⁶, por lo que dicha sentencia interpreta que para amparar jurídicamente su realización, no hace falta en principio ninguna sospecha fundada o bastante de que pudiera cometerse un ilícito penal.

Sin embargo, la STS 178/1996, de 1 de marzo, apoya las argumentaciones que anteriormente se han expuesto en alusión a la innecesaria existencia de sospechas previas para justificar este tipo de actuaciones. En esta sentencia se trata de dirimir sobre la actuación de una patrulla de la Guardia Civil, que estaba realizando un control de seguridad ciudadana en las inmediaciones de una discoteca en la que se tenía constancia de que se traficaba con droga. Tras parar a un vehículo, las fuerzas del orden encontraron droga en el interior del vehículo procediendo a la detención de tres de ellos por tráfico de drogas. En el recurso, manifiesta el recurrente que la detención es ilegal porque paraban los coches al azar “sin causa alguna y sin tan siquiera una mínima sospecha”, aduciendo el Tribunal que las funciones de la Guardia Civil como policía judicial les habilita a

¹³⁵ Además, la referida sentencia cita una sólida doctrina a tal respecto, (SSTS 4 de febrero de 1994, 20 de diciembre y 15 de abril de 1993 y STC de 18 de febrero de 1986 y 7 de octubre de 1985). También el ATS 599/2014, de 27 de marzo, en su FJ único, nombra la STS 297/1996, como parte de la consolidación de la doctrina jurisprudencial en los términos aludidos.

¹³⁶ STS 178/1996, de 1 de marzo, FJ3º. También lo indica el ATS 599/2014, de 27 de marzo (RJ Único).

detener momentáneamente a “las personas que infundieran sospechas y someterlas a un cacheo corporal”, subrayando finalmente unos argumentos muy poco convincentes para fundamentar dicha intervención, al afirmar que “la actuación de la Policía o Guardia Civil, al cachear un sospechoso, en lugar también sospechoso y encontrarle una cantidad de droga o psicotrópicos, supone una actuación lícita y legítima, como lo es la prueba de esta forma obtenida”. La argumentación expuesta por el Tribunal nos resulta un tanto contradictoria al aceptar que por las meras sospechas se puedan practicar dichas indagaciones, cuando en realidad no es así, pues consideramos que más que sospecha, los agentes actuantes dispusieron de una suposición.

Pero existen otras sentencias que contradicen la doctrina apuntada anteriormente, como por ejemplo la STS 253/2003, al exigir que las FCS cuando realicen sus funciones de control, han de contar con algún indicio aparente que las justifique¹³⁷. O bien la SAP 137/2015¹³⁸, ya que justifica el cacheo a un sospechoso por parte de funcionarios policiales, cuando estaban realizando funciones rutinarias de control y prevención de delitos. Los motivos aportados consistieron en que el sospechoso circuló con el vehículo por la misma zona varias veces, y al apearse del mismo, no paraba de mirar hacia ambos lados. Además presentaba una actitud de nerviosismo y, al percatarse de la presencia policial, intentó huir pero se resbaló con una sandalia.

En cuanto a la doctrina se refiere, existen detractores a la hora de justificar una identificación o cacheo en controles preventivos de forma aleatoria como GARCÍA ARÁN y REBOLLO BARGAS¹³⁹ y CASAL HERNÁNDEZ¹⁴⁰, arguyendo

¹³⁷ La STS 253/2003, de 19 de febrero, aclara que la Guardia Civil realizaba un control preventivo en una zona donde se traficaba con droga, indicando que además de dicho extremo, fueron algunas circunstancias las que señalaron que dicha intervención no fue arbitraria, consistiendo que a las 01,00 de la madrugada de un domingo pudieron sospechar que los sometidos podrían dedicarse al tráfico de droga.

¹³⁸ SAP de Barcelona 137/2015, de 23 de septiembre.

¹³⁹ GARCÍA ARÁN, M., y REBOLLO BARGAS, R., “La Exploración del cuerpo...”, op. cit., 1994, pág. 98. La SAP de Madrid, de 31 de Mayo de 1991, refiriéndose a los controles para identificación, entiende que serán legítimos cuando “tengan motivos racionalmente bastantes para creer que ha pasado o está a punto de pasar algo criminalmente relevante. Pero no para ver qué pasa, como puro instrumento de uso discrecional en el marco de una operación policial de muestreo”.

esta última que no está del todo de acuerdo por la forma de proceder por parte de las FCS, porque se perdería toda eficacia constitucional, si por interés público se justificase el sacrificio de un derecho.

Similar atención tienen las conocidas redadas, consistentes en un despliegue policial dirigido a efectuar controles en masa, mediante identificaciones, registros y cacheos a un gran número de personas de forma indiscriminada y arbitraria, únicamente conducidas por la persecución de un fin en concreto.

En atención a este punto nombramos a SUÁREZ LÓPEZ¹⁴¹, ya que establece que hasta el momento no existe ninguna norma que esté incluida en el ordenamiento jurídico español para una regulación preceptiva a tal efecto. Además, resulta contrario ya no sólo al artículo 9.3 de la CE, sino también a la presunción de inocencia y a la libertad personal¹⁴².

Al igual que GARCÍA MORILLO¹⁴³, entendemos que los controles fijos y generales han de asumir una finalidad concreta, por lo que de ningún modo se realizarán de forma aleatoria, de forma que junto al principio de proporcionalidad, ese interés legitimador determinará el marco límite de actuación de la policía.

Por ello, diferenciamos dos actividades indagatorias realizadas por la policía, que asumen una misma finalidad en común, en cuanto que ambas figuras van dirigidas a las prácticas prospectivas de un número indeterminado de personas. Se tratan de las llamadas redadas, que consistirán en el despliegue policial sobre una determinada zona para la prevención o persecución de un

¹⁴⁰ Op. cit., 1998, pp. 366 y 367.

¹⁴¹ Op. cit., 2011, pág. 33.

¹⁴² Sigue arguyendo en sus argumentos que es insuficiente la regulación de artículo 11.1 de la LOFCS, en cuyas funciones son atribuidas la investigación de “delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes”.

¹⁴³ Op. cit., 1995, pág. 203. Además hace una reflexión muy contundente referente a controles para identificación (que tiene mucho en común con el cacheo), porque evitaría que muchos delincuentes fueran capturados, porque “podría producirse la grotesca situación de que un delincuente aprovecharse un control establecido con la finalidad de detener a terroristas para asegurarse, mediante su propia detención en ese control y la consiguiente invalidez de las pruebas, la impunidad”.

delito o detención de los partícipes del mismo que cause una grave alarma social; y de aquellos controles fijos realizados por las FCS, o de retén¹⁴⁴, que, como indica la RAE, se trata de un “puesto fijo o móvil que sirve para controlar o vigilar cualquier actividad”, como por ejemplo los controles policiales en la vía pública para registros de vehículos que circulen por una determinada zona, o que coincidan con las características incursas en la investigación que se esté llevando a cabo.

Imaginemos que en un barrio se hubieran producido de madrugada numerosos delitos de robo con violencia e intimidación, con la finalidad de descubrir a sus partícipes, y así erradicar o disminuir dichos delitos, sería legítimo identificar y cachear a cualquier persona que anduviere por las calles de dicha barriada durante las horas nocturnas por parte de las FCS que estuvieran haciendo un control preventivo de seguridad ciudadana, puesto que, aun sin tener una justificación racional aparente, contiene una finalidad concreta, erradicar los robos en una zona también concreta, “dado que el registro puede tener por finalidad, la de obtener pruebas del delito de otro”¹⁴⁵.

VI.2.2. El indicio y la sospecha policial como requisito básico de actuación.

Como se ha tenido ocasión de dilucidar, en la nueva LOPSC, el legislador ha tenido la ocasión de incluir muchos aspectos que la jurisprudencia ha ido

¹⁴⁴ FLORY, J. G., “Retenes policiales a la luz del control de convencionalidad”, Revista digital de la maestría en Ciencias Penales, nº 7, 2015, pág. 10, distingue estas dos figuras cuando realiza el estudio del cacheo en Costa Rica, aduciendo que “ambas diligencias, frecuentes en la actividad de policía administrativa costarricense, suelen presentarse de forma conjunta con actos de investigación propios de un proceso penal como son: la requisita y el registro de vehículos”. Dicha autora reconoce que dichas medidas son actividades represoras de la policía, pero según la jurisprudencia costarricense, aduce que es necesaria para la prevención y persecución del delito, siempre y cuando se realicen acorde a la protección de los derechos fundamentales, rehusando intervenciones arbitrarias y abusivas.

¹⁴⁵ La STS 7 de julio de 1995, FJ2º, versa sobre agentes de la Policía Nacional, los cuales tenían constancia de que en un bar algunos clientes se dedicaban al tráfico de droga, por lo que sometieron a una persona al cacheo sin otra sospecha aparente, que la de estar en un establecimiento público en el que se traficaba con drogas.

marcando y moderando en los vacíos legales de numerosos preceptos de la antigua regulación (LO 1/92).

Por ello, debemos destacar que, en la reciente LOPSC, el legislador ha incluido el término “indicio” o “indicio racional”, para amparar las identificaciones, cacheos y registros en la vía pública. Si bien DUART ALBIOL, sostiene que no son distintos los indicios racionales de criminalidad con respecto a los indicios; cuyo significado alude a mera sospecha fundada. Continúa el autor arguyendo que “ambos se basan en datos o hechos objetivos cuya suficiencia hay que valorar en cada caso concreto en función de la medida a adoptar, sea un acto de investigación, una medida cautelar o un auto de procesamiento”¹⁴⁶.

La Ley Orgánica 4/2015 se ha referido fundamentalmente en cuatro ocasiones al término “indicio”; en primer lugar en su artículo 16, como supuesto que faculta a las FCS para la identificación de un sujeto ante la existencia de indicios sobre su supuesta participación en la comisión de una infracción. En segundo lugar el artículo 17 lo refiere para limitar o restringir la circulación o permanencia en las vías o espacios públicos. También el artículo 18 introduce el vocablo “indicio”, como una mera justificación para realizar todas aquellas comprobaciones y registros en los lugares públicos, con el objeto de restringir o, incluso, impedir, que un sujeto porte entre sus ropas, o bien pueda utilizar, armas, explosivos, sustancias peligrosas u otros objetos peligrosos. Y por último, mencionamos el artículo 20, que expresa dicho término como motivación existencial para realizar el cacheo, que, como recordamos en la LOPSC, lo define como un registro corporal externo y superficial de la persona.

La corriente jurisprudencial¹⁴⁷ ha ido marcando una doctrina sólida para la justificación de la práctica del cacheo, y, en concreto, con la sentencia anteriormente reseñada del TS 525/2000¹⁴⁸, ha establecido en su fundamento

¹⁴⁶ DUART ALBIOL, J.J., “Inspecciones, registros...”, op. cit., 2014, pág. 382.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pág. 386, aduciendo que la existencia de los indicios o sospechas para llevar a cabo cualquier acto que limite los derechos fundamentales de las personas, es una constante jurisprudencial.

¹⁴⁸ Nombramos esta sentencia porque marca la existencia de una doctrina general, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, cuyos términos lo expresa de la siguiente manera: “la justificación racional por su parte supone la proscripción de toda arbitrariedad en la realización de la medida, que ha de apoyarse en fundadas sospechas o

jurídico primero como segundo requisito para dicha prospección, que para su legítima actuación es necesaria una justificación racional apoyada en “fundadas sospechas o en indicios racionales” que eviten toda arbitrariedad. Además en muchos casos los Tribunales han empleado el término “motivos racionalmente bastantes”¹⁴⁹

Existe una diferencia sustancial entre indicio y sospecha. El indicio se puede definir como “aquella prueba de cargo, apta para destruir la presunción de inocencia”¹⁵⁰; es decir, se producirá una detención preventiva por haber pruebas o vestigios suficientes constatados por las FCS, de modo que conllevará a imputar un delito concreto o incluso servirá para que el juez pueda restringir derechos fundamentales con motivo de la aportación fehaciente de indicios, tal y como indican los artículos 546 y 573 de la LECR, referidos sobre la entrada y registro en lugares cerrados y la intervención de las comunicaciones¹⁵¹.

Por su parte, se entenderá como sospecha aquella circunstancia que implique la conjetura o suposición de que pudiera perpetrarse un delito o ilícito penal. En este caso, se producirá una retención momentánea del individuo en cuestión a fin de constatar dichas suposiciones, las cuales, una vez comprobadas, se convertirán en indicio para proceder a su detención a raíz de la recogida de algún vestigio, prueba o indicio; o, de lo contrario, se comprobará que las suposiciones iniciales no han sido constatadas y, por consiguiente, no se habría cometido hecho punible alguno. La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre dicha distinción en términos similares¹⁵².

en indicios racionales y suficientes que fundamenten su adopción.”, Como prueba de ello, señalamos alguna sentencia más actual que justifica dichos extremos; ATS 2325/2013, 5 de diciembre (FJ1º), y el ATS 2625/06, de 11 de diciembre (FJ1º).

¹⁴⁹ La STS 723/1993, de 18 de marzo, ha utilizado dicha expresión para justificar un registro de un vehículo por el mero hecho de estar en una zona donde asiduamente se traficaba con droga.

¹⁵⁰ Definición aportada por el FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M., (coord.), “Diccionario jurídico”, Ed. Aranzadi, 2004, pág. 653.

¹⁵¹ GARCÍA VILA, M., op. cit., 2000, pág. 25.

¹⁵² La STC 174/1985, de 17 de diciembre (FJ6º), establece la distinción entre indicio y sospecha en los siguientes términos: “para trazar la distinción entre uno y otro supuesto, es decir, entre la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, y la presencia de simples sospechas, conviene recordar los criterios usualmente aceptados sobre la cuestión. Una prueba indiciaria ha de partir de

Es patente la necesidad de que en la práctica del cacheo se evite la arbitrariedad, aleatoriedad y la parcialidad de la actuación policial¹⁵³, de forma que esté basada en la existencia de indicios racionales que lo aconsejen. En este sentido lo ha estimado la doctrina de forma unánime sobre este factor fundamental en la praxis del cacheo. Como ejemplo de ello citamos a GÓMARA HERNÁNDEZ y AGORRETA RUIZ, quienes subrayan que el cacheo debe de “apoyarse en fundadas sospechas o en indicios racionales y suficientes que lo justifiquen”¹⁵⁴, o NIEVA FENOLL, quien justifica la restricción de los derechos fundamentales cuando se practica un cacheo siempre que conlleve una “justificación en las sospechas”¹⁵⁵, y ALONSO PÉREZ, que hace alusión a la corriente jurisprudencial que se ha mostrado a favor de la importancia de una justificación racional¹⁵⁶.

Sin embargo, parte de la doctrina más garantista, se ha pronunciado a favor de reconocer que las simples sospechas no son justificación suficiente para realizar el cacheo. DIAZ CABIALE no están de acuerdo en reconocer que la

unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito”.

¹⁵³ La SAP de Barcelona 506/2015, de 25 de junio, arguye que la policía local detiene a un vehículo en la vía pública, ya que uno de los ocupantes no portaba el cinturón de seguridad. En dicha intervención aparentemente estaba dirigida para formular una denuncia. Que sin causa justificada, decidieron aleatoriamente y sin ningún tipo de soporte que pudiera servir de justificación a una sospecha, cachear y registrar a los ocupantes del vehículo reseñado. La sentencia, además de puntualizar dicho extremo, se centró, principalmente en dirimir si un desnudo integral que realizaron en las dependencias policiales, podía incluirse en consecuencias penales para los funcionarios públicos, por un delito de torturas.

¹⁵⁴ GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L. y AGORRETA RUIZ, D., “Prontuario de seguridad...”, op. cit., 2007, pág. 490.

¹⁵⁵ NIEVA FENOLL, J., “La protección de derechos fundamentales en las diligencias policiales de investigación del proceso penal”, La Ley penal, nº 50, 2008, pág. 18, refiriéndose también a las investigaciones criminales que afectan a los derechos fundamentales que tendrán como factor importante la sospecha policial que avale así dicha investigación.

¹⁵⁶ ALFONSO PÉREZ, F. (Coord.), “Manual del policía”, Ed. La Ley Actualidad, Madrid, 2004, pág. 3.

práctica del cacheo pueda llevarse a cabo por meras sospechas o conjeturas, siendo necesario indicios suficientes para su legítima práctica¹⁵⁷.

Como se ha indicado, la jurisprudencia se ha pronunciado en cuanto al nivel de sospechas o indicios necesarios, o bien para iniciar una investigación, o bien como prueba pericial obtenida a partir del cacheo, y que, consecuentemente, sirva para condenar legítimamente a una persona al entender el Tribunal que la obtención de las pruebas fueron lícitas. Existe una disparidad de situaciones que la jurisprudencia ha tenido en cuenta para la práctica del cacheo por parte de las FCS, y en ocasiones los Tribunales han otorgado legitimidad a casos que rozan o se ajustan a la generalidad.

El límite para realizar la práctica del cacheo referido a la justificación racional lo incluye a modo de ejemplo la STS 15 de abril de 1993, entendiendo que sería lícita su práctica cuando se actúe “por simples sospechas siempre que éstas no sean ilógicas, irracionales o arbitrarias”¹⁵⁸. El problema que encontramos ahora es la interpretación dada por los Tribunales al referirse a las simples sospechas, en el caso de que falte una justificación racional clara y concisa.

Entendemos, por tanto, que hay muy poco fundamento en la justificación del cacheo en aquellas sentencias que hacen alusión a la experiencia profesional del policía para demostrar su legítima práctica. Entre ellas, señalamos la STS 8848/2002 del 26 de diciembre (FJ2º), en cuyas conclusiones afirma distinguir tres tipos de criterios que llevan a la obtención de unos indicios racionales lo suficientemente factibles para justificar la realización del cacheo.

El Tribunal nombra el criterio de la ciencia, derivado de una prueba pericial que determine la participación y la comisión de un ilícito penal; el criterio de la lógica, a través de la deducción por parte de un agente de policía que le puede

¹⁵⁷ DIAZ CABIALE, J.A., “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (adn, sangre, etc.), medidas restrictivas de derechos fundamentales”, Cuadernos de Derecho judicial, nº 12, 1996, pág. 142, donde se afirma que “no basta aducir la seguridad ciudadana como justificación de actuaciones preventivas como los cacheos, deben existir sospechas individualizadas (...) si en el ámbito penitenciario no son posibles los cacheos por razones generales, tampoco lo serán tratándose de transeúntes”.

¹⁵⁸ FJ6º. Se pronuncia gran nº de sentencias al respecto como la STS 763/2006, de 10 de julio (FJ5º), o el ATS 1397/2011, de 14 de noviembre (FJ1º).

suscitar por la existencia de un indicio determinante, como podría ser un hecho delictivo; y, por último, el criterio de la experiencia objeto de estudio, “lógicamente nacidos de la actividad diaria en la prevención y represión de hechos delictivos que proporcionan importantes datos experienciales sobre la delincuencia”¹⁵⁹.

Los indicios racionales acogidos al criterio de “experiencia” de la citada sentencia consistieron en que una patrulla de la Guardia Civil, mientras estaban realizando las labores de vigilancia propias de su cuerpo en las inmediaciones de una gasolinera, observaron a unos individuos que no cesaban de mirarlos y controlarles, lo que motivó la sospecha de uno de los integrantes de la patrulla para aproximarse a los sujetos en cuestión, percibiendo, incluso, un estado de nerviosismo sin causa aparente justificada que motivó el registro de su vehículo, localizándose en su interior una sustancia tóxica que resultó ser “speed”, por lo que se procedió a sus detenciones por un presunto delito contra la salud pública.

Además, en otras sentencias significativas se subraya que la policía “dispone de una formación y una praxis específica, debe tenerse en cuenta que con ellas adquieren unas reglas de experiencia que les permiten valorar como importantes datos y circunstancias que para el común de las personas pueden parecer intrascendentes, pasando el raciocinio para el experto con frecuencia del dato a la conclusión, en un silogismo directo no siempre fácil de expresar”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ FJ2º. En el mismo sentido se expresa el ATS 1235/2006, de 24 de mayo, en el razonamiento jurídico primero, ya que pone de ejemplo la sentencia aludida para justificar una intervención policial sobre unos individuos de raza negra, por infundir sospechas a los agentes de que pudieran portar droga. Dicho Auto sostiene que se habían recibido noticias, de que determinadas personas de raza negra viajaban hacia La Coruña en autobús transportando droga para su distribución en la ciudad. Que cuando se realizó un dispositivo policial para intervenir sobre ellos, sostiene el Auto que los sospechosos se bajaron rápidamente del autobús y que después de recoger su equipaje, se dirigieron rápidamente hacia la salida en una actitud vigilante. Estas circunstancias, aduce el Tribunal que son los suficientemente factibles para que la policía esté facultada para realizar cacheos sobre dichas personas.

¹⁶⁰ ATS 2824/1994, de 13 de octubre (FJ1º) y la STS 20 de diciembre de 1993 (FJ1º), cuyos argumentos fundamenta, la legalidad de un cacheo a un individuo, realizado por un sargento de la Guardia Civil, por el hecho de que conocía sus antecedentes penales y tenía noticias de que se dedicaba al tráfico de drogas sin más datos objetivos aparentes. Evidencia, en este sentido la generalidad de la actuación, ya que se carece de sospecha

En el mismo sentido opera la jurisprudencia en aquellos supuestos en los que faculta a las FCS para realizar cacheos superficiales por el mero hecho de estar en una zona en la que habitualmente se trafica con droga¹⁶¹, o en los que se tienen “vehementes sospechas sobre las actividades presuntamente delictivas, y sin embargo se carece de datos concretos o de medios probatorios adecuados para probarlo¹⁶²”.

alguna. Sobre la fundamentación del cacheo en la experiencia del policía, existe un elevado número de sentencias que así operan. En este sentido, la STS 23 de febrero de 1994, en su fundamento jurídico único ampara la intervención de un grupo de estupefacientes de la policía judicial porque están acostumbrados al contacto con ciudadanos que han cometido una serie de delitos de la misma naturaleza, lo que ha de “reconocerse una profesionalidad y experiencia especializada que les permite apreciar y analizar con mayor agudeza datos o indicios”.

¹⁶¹ En este sentido la SAP de Madrid 242/1999, de 5 de junio (FJ1º), versa sobre el registro, cacheo y exploración radiológica que el personal del servicio aduanero del aeropuerto de Madrid realiza a una persona de un vuelo entendido como de una zona caliente – Colombia–, y cuando los agentes le preguntaron sobre su procedencia, las respuestas emitidas por el inculcado, resultaron atípicas, o poco convincentes según los agentes actuantes.

Igualmente parece poco convincente la justificación en la actuación de agentes de la Policía Nacional a la hora de cachear a una persona de raza negra, cuando estaban realizando un control preventivo por el conocimiento (sin datos objetivos, motivos por pura intuición) que éstos disponían sobre una zona en la que generalmente, sujetos de color traficaba con droga. Pues bien, la sentencia justifica el sometimiento por el hecho de que los funcionarios policiales, por razones profesionales, tienen, o deben tener, una especial capacidad para detectar la presencia de presuntos delincuentes a la hora de actuar en su importantísima función preventiva de la delincuencia”. Véase en la STS 560/1999, de 9 de abril.

¹⁶² Véase la STS de 1 de febrero de 1996 (FJ3º), por la cual los únicos datos objetivos, que hicieron sospechar al funcionario de policía fueron el conocimiento de las actividades relacionadas con el mundo de la droga por parte del sometido al cacheo, como así lo expresa en los siguientes términos: “el funcionario de policía que intervino en estos hechos no intervino por una simple corazonada, sino porque según manifestó reiteradamente conocía a la persona que identificó y cacheó por su relación con el mundo de las drogas”. Dichos aspectos evidencian una generalidad en dichos sometimientos, de modo que falta una concreción más taxativa para legitimar dichas actuaciones. Del mismo modo podemos entender discriminatorio que el hecho de que una persona tenga antecedentes penales por tráfico de drogas, justifique su sometimiento constante y aleatorio a dichas intervenciones corporales.

Nos sentimos más próximos a la corriente jurisprudencial que justifica el cacheo motivado por disponerse previamente de datos o circunstancias más concretos, aunque no sean del todo determinantes, de forma que se evite la generalidad y aleatoriedad a las que nos hemos referido anteriormente. Sin embargo, existen numerosas sentencias que fundamentan la legitimidad del cacheo sobre la base de la generalidad, que sumado a una circunstancia, aun siendo de leve concreción, los Tribunales entienden que constituirá una mínima o simple sospecha que justificará la citada práctica del cacheo.

A modo de ejemplo y siguiendo la argumentación anterior, encontramos supuestos que avalan dichas intervenciones por las FCS, por el hecho de encontrar a personas en zonas de las llamadas críticas o calientes, con un estado de nerviosismo¹⁶³, o con una actitud extraña o por la realización de movimientos inhabituales como agacharse o esconderse¹⁶⁴.

¹⁶³ La SAP de Barcelona 161/2014, de 24 de febrero (FJ1º), valida el cacheo realizado por las FCS a un sujeto porque cuando le indicaron que se identificara por una maniobra extraña, se mostró extremadamente nervioso y esquivo, por lo que llevó a entender al Tribunal la necesaria diligencia policial. Además la STS 662/1994, de 23 de febrero, establece que su Fundamento de Derecho Único, que funcionarios policiales procedieron al cacheo de una mujer que transitaba en una estación de autobuses, aduciendo que “por la forma de reaccionar, nerviosismo y no dar explicación satisfactoria de su presencia en la ciudad, fue conducida a la comisaría con la finalidad de practicar un cacheo, que dio como resultado el hallazgo en el interior de su bolso de dos envoltorios con cocaína de alta concentración”.

¹⁶⁴ A modo de ejemplo señalamos la SAP de Valencia 329/2001, de 3 de octubre, en la que se justifica un cacheo de la GC por el hecho de tener noticias de que uno de los ocupantes de un vehículo estaba en busca y captura, y que al “estar nervioso” justificó la intervención que supuso también el registro del vehículo. La SAP de Barcelona, 137/2015, de 23 de septiembre (FJ2º), justifica el cacheo que agentes de la GC y policía local realizaron a un sospechoso, porque circuló con el vehículo por la misma zona varias veces, y al bajarse, no paraba de mirar hacia ambos lados. Además presentaba una actitud de nerviosismo.

En el mismo sentido, la STS 792/2001, de 26 de abril, cita a su vez la STS 560/1999, de 09 de abril (FJ2º), ya que con motivo de una identificación, el sometido se puso extremadamente nervioso, conducta impropia por la situación que se estaba produciendo, por lo que entiende el Tribunal que dicha circunstancia es suficiente para obtener una justificación racional. Además la STS 297/1996, de 1 de abril de 1996 (FJ3º), justifica la legitimidad del cacheo policial cuando policías locales sorprendieron a un individuo en una actitud extraña (agachado y escondiéndose) en el interior de su vehículo, entendiéndose así el

Sin embargo, el Magistrado MARÍN PALLÍN, en la STS 23/1994 presentó un voto particular señalando su posición discrepante con la mayoría, respecto a la legitimidad de un cacheo realizado por agentes antidroga a una mujer por el mero hecho de transitar por una estación de autobuses donde habitualmente se llevan a cabo transacciones o entregas relacionadas con el tráfico de drogas, con la única justificación de estar nerviosa y no proporcionar una explicación satisfactoria sobre su estancia en la ciudad ante el requerimiento de la fuerza actuante; finalmente se detuvo a la mujer por un delito de tráfico de drogas.

El magistrado sostiene en su argumentación que “la decisión policial cae necesariamente en el campo de lo intuitivo o aleatorio, sin base o justificación racional y fundada, por lo que contraviene lo previsto en la ley procesal penal para justificar la detención de una persona. La sentencia recurrida no aporta ningún dato sobre las motivaciones de la detención, si bien en los razonamientos jurídicos apunta la legalidad de la misma en los casos en que exista una simple duda basada en la presencia del sospechoso en un lugar o circunstancias determinadas, sin que sea necesaria la presencia de indicios de criminalidad. Resulta claro que la acusada no observaba ninguna actitud especialmente llamativa, y que la única razón para su detención –según el hecho probado–, fue la de encontrarse en la estación de autobuses y no dar, como ya se ha dicho, explicación satisfactoria sobre su estancia en la ciudad”.

Es necesario recordar que ante la presencia de cualquier sospecha que, aun siendo ésta mínima que observen las FCS, tendrán el obligado cometido de perseguirlo porque si “no se comprueban las causas de esa sospecha quienes faltarían a su obligación investigadora, por omisión, serían los agentes de la autoridad”¹⁶⁵. Por tanto, la obligación de perseguir el delito y el debido respeto de los derechos fundamentales sitúa al policía en actividades no exentas de tensión, como consecuencia de su obligación de perseguir los delito y el respeto debido a los derechos fundamentales del requerido o sometido.

Tribunal que el hecho de esconderse sin causa aparente es más que suficiente para sospechar que algo ilícito puede esconder.

¹⁶⁵ La jurisprudencia se ha inclinado por resaltar dicho aspecto. Véase por ejemplo en la STS 1359/1994, de 27 de Abril, FJ1º. Recuerdan en sus argumentaciones, numerosa sentencias que avalan dicho extremo como la STS 763/2006, de 10 de julio (FJ5º) o el ATS 7/2013, del 17 de enero (FJ4º).

Estamos totalmente de acuerdo con una reivindicación sindical realizada por las FCS en relación al cacheo y la identificación indiscriminada sin justificación racional. Se afirma en el escrito sindical, que el trabajo policial se mide en muchas ocasiones por el número de actuaciones realizadas concernientes a identificados, cacheados, detenidos etc., debido a que la política de seguridad tanto estatal como local, sigue basándose en estadísticas; comprometiendo así a los agentes de las escalas más bajas a realizar identificaciones, cacheos indiscriminados y aleatorios para cumplir, con ello, los objetivos impuestos por sus superiores.

Esta denuncia constructiva fue defendida por el Sindicato Unificado de Policía¹⁶⁶ en febrero del 2010, señalando que si nos atenemos a los requisitos que reseñan los Tribunales, las FCS deben actuar basados en indicios racionales, porque la LOPSC, tiene un fin primordial que es la defensa de los derechos civiles de los ciudadanos, entre otros para proteger la actuación policial en los supuestos de identificación, cacheo, controles, etc.

Requiere el sindicato evitar que se actúe en situaciones no ajustadas a derecho, concluyendo en su informe, que si el fin perseguido por la política policial es el acopio de datos con fines estadísticos, lo más afortunado sería cambiar las Leyes en los siguientes términos: “las FCS puede identificar y cachear aun no existiendo indicio racional”, o que incluyan positivamente la prevención policial y la profesionalidad en las actuaciones como fin u objetivo prioritario.

Para evitar cacheos innecesarios, GONZALEZ I JIMÉNEZ¹⁶⁷ sugiere que toda vez que los funcionarios policiales realicen estas prácticas indagatorias, se refleje la actuación completa en un atestado policial, en el que se exponga las razones y motivos, aunque como resultado de las mismas, hubieran sido infructuosas.

¹⁶⁶ El Sindicato Unificado de Policía, realizó un comunicado el día 16 de febrero del 2010 por el Secretario General “José Manuel Sánchez Fonet”, resaltando dichos extremos. Menciona además datos llamativos de las identificaciones y detenidos obtenidos en un año por las FCS en Madrid con el resultado de 445.000 identificaciones y 22.000 detenidos, lo que evidencia el gran número de requeridos.

¹⁶⁷ GÓNZALEZ I JIMÉNEZ, A., “Las diligencias policiales...”, op. cit., 2014, pág. 222.

En otro orden de cosas, y en atención a la normativa supranacional, nos resulta interesante destacar una sentencia¹⁶⁸ emitida por la Corte Europea de Derechos Humanos que condena al Reino Unido por el cacheo y registro ilegítimo llevado a cabo por la policía británica sobre dos ciudadanos, en atención a la legislación antiterrorista. Los hechos se produjeron en el año 2003, cuando dos personas que circulaban en bicicleta, portaban consigo una mochila, y cuya intención era de dirigirse a un lugar donde se estaba produciendo una manifestación.

En los hechos fácticos, aduce la sentencia que los perjudicados y demandantes fueron abordados por la policía británica, los cuales les efectuaron un severo cacheo y registro a fin de comprobar si portaban entre sus ropas o efectos personales, algún tipo de objeto que pudiera poner en riesgo la seguridad nacional.

El recurso se enfocó principalmente por la vulneración de los artículos 5, 8, 10 y 11¹⁶⁹ del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales de Roma de 1950, una vez desestimado por el alto Tribunal Británico. Las argumentaciones emitidas por la Corte se centran en que dichas prácticas vulneran el derecho al respeto de la vida privada de las personas¹⁷⁰.

Ahora bien, la fundamentación que arguye la alta Corte de Derechos Humanos para dirimir que aquella actuación policial vulneraba los derechos de la Convención, se centra principalmente en la ausencia o falta de sospechas o indicios para efectuar los cacheos, ya que la decisión de la policía para practicarlos no fue precedida por elementos sospechosos ante un posible riesgo de acto terrorista, sino más bien fue fundamentada por un presentimiento o

¹⁶⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 12 de enero del 2010, Sección 4ª, (Caso Gillan y Quinton del Reino Unido).

¹⁶⁹ El artículo 5 expresa el derecho a la libertad y a la seguridad, el artículo 8 sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el artículo 10 concerniente a la libertad de expresión, y el derecho de libertad de reunión y asociación en concordancia al artículo 11 de la referida Convención.

¹⁷⁰ Además aduce la Corte, que no puede compararse los hechos enjuiciados con los cacheos practicados en los aeropuertos, ya que estas prácticas tienen implícitas la aceptación por parte de los viajeros a someterse a ese tipo de registro desde el momento que lo utilicen.

intuición profesional, materializándose en una actuación totalmente discrecional basada en una “corazonada” por parte de la policía británica¹⁷¹.

VI.2.3. El necesario cumplimiento del principio de proporcionalidad.

La proporcionalidad es concebida como un principio básico de actuación de las FCS, junto al de congruencia y oportunidad como así dispone la LOFCS¹⁷². Dicho principio afectará en su aplicación a todas aquellas actuaciones pertinentes que practiquen los funcionarios policiales en relación con la referida práctica del cacheo y sus derivados, aludiendo la Ley al uso ponderado de la fuerza, durante la detención de una persona, así como al uso del arma de fuego, etc.¹⁷³

La proporcionalidad constituye el tercer requisito imprescindible que requiere el cacheo para establecerse como legítimo¹⁷⁴. Así lo entiende también la jurisprudencia, y en concreto citamos a la STS 525/2000, cuando subraya que el cacheo tiene que mantenerse en los límites de la proporcionalidad, definiendo

¹⁷¹ En este sentido se pronuncia en el apartado 86 de la Sentencia.

¹⁷² Dicho principio aparece recogido en el artículo 5.2.C. del capítulo II, bajo la rúbrica “Principios Básicos de Actuación”, cuando refiere las funciones de las FCS en los siguientes términos: “en el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable, rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.”

¹⁷³ La Instrucción 12/2007 establece en su apartado séptimo con la rúbrica “el empleo de la fuerza en la detención”, el desarrollo de la proporcionalidad en el empleo de la fuerza por parte de las FCS. Subraya la Instrucción que “el empleo de la fuerza y el medio idóneo, el agente deberá adecuar la intensidad de su empleo, de forma que no sobrepase la estrictamente necesaria para conseguir el control de la persona”, además desarrolla una serie de criterios, referidos a causar una menor lesividad posible, indicando que en cada situación se debe de ponderar una respuesta gradual y apropiada a las circunstancias concurrentes.

¹⁷⁴ En este sentido se expresa AMADO GARCÍA, J.A., “Anatomía de un imposible. La imagen jurisprudencial del policía”, Seguridad en la sociedad de riesgo: un debate abierto, Ed. Atelier, 2003, pág. 182.

DUART ALBIOL, J.J., “Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal”, (Tesis), Ed. Universitat Autònoma de Barcelona, 2014, pág. 354, afirma que los actos de investigación corporal, en los que incluimos la práctica del cacheo, la aplicación estricta del principio de proporcionalidad, es subsumible y esencial para la conceptualización de dichas medidas restrictivas de los derechos fundamentales.

además dicho principio básico “como eje definidor de lo permisible que exige guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio o menoscabo que puede ocasionarse a la persona”¹⁷⁵.

Este principio marcará las reglas de juego de las FCS para la práctica del cacheo de modo que servirá, a su vez, como límite de la legalidad, capaz de evitar que los derechos fundamentales de los ciudadanos puedan verse vulnerados en toda su extensión.

El referido principio no se debe confundir con el principio de proporcionalidad penal reconocida esta última y más detalladamente como la individualización de la pena de modo que se adecuará a la gravedad del hecho punible, a la culpabilidad del agente y a las circunstancias del hecho¹⁷⁶.

Existe una abultada jurisprudencia sobre el principio de proporcionalidad en relación a las intervenciones corporales que afecten a la integridad física e intimidad personal. El Tribunal Constitucional ha afirmado que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple tres requisitos o condiciones: juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto¹⁷⁷.

¹⁷⁵ STS 525/2000, de 31 de marzo, FJ2º. Dicha sentencia se planteaba la legalidad de practicar un cacheo a una mujer en unos aseos públicos después de que tuvieran las FCS sospechas fehacientes de que la encartada portara algún tipo de sustancia prohibida, susceptible de poder venderla. Abultada jurisprudencia existente al respecto nos resulta interesante reflejar, como ejemplo de ello el ATS 2325/2013, de 5 de diciembre, refiere con la misma expresión en el razonamiento jurídico primero concerniente al registro superficial de un sujeto. También nombramos la SAN 34/2009, de 29 de julio (FJ1º) y la SAP de Madrid 97/2009, de 9 de marzo (FJ4º), y la SAP de Cádiz 7/2001, de 17 de enero (FJ1º).

¹⁷⁶ Así lo establece FERNANDEZ MARTÍNEZ, J.M. (coord.), “op. cit., 2004, pág. 618.

¹⁷⁷ STC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ4º). La referida sentencia pone en tela de juicio si es perceptible poder cortar cabello de un imputado por tráfico de drogas, para valorar si es consumidor o no de drogas. La sentencia en su fundamento jurídico sexto refiere que la “citada medida no resulta objetivamente imprescindible para acreditar la existencia de los hechos delictivos investigados, ni la comisión de los mismos por el imputado”, dicho de otro modo: “un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal”, por lo que el daño que se va a causar no está equiparado con el resultado o fin que se obtendrá de ellos. Se aplica por tanto el principio de proporcionalidad. También recuerda el TSJ de la

El juicio de idoneidad significa que dicha medida sea apta y adecuada “para alcanzar el fin constitucionalmente perseguido”¹⁷⁸, no sólo referida a aspectos procedimentales de vital importancia, sino también dirigidas para aquellas medidas cualitativas que afecten a la intensidad o a la duración del fin perseguido¹⁷⁹.

Referido al cacheo policial, dicho juicio, puede comportar la exigencia de que el mismo se realice por un agente del mismo sexo, o se practique en un lugar donde sea más adecuado atendiendo a la privacidad de la persona, así como evitar que dicha indagación se prolongue innecesariamente en el tiempo, porque de lo contrario, se entenderá que el juicio de idoneidad y, por consiguiente, el principio de proporcionalidad, quedarán afectados, de modo que los derechos fundamentales coartados por el cacheo se verán vulnerados, pudiendo constituir esta situación en una detención ilegal por parte de las FCS.

Entendemos el juicio de necesidad¹⁸⁰ como aquel medio escogido por parte de las FCS para alcanzar la efectiva práctica del cacheo, de forma que al emplearlo sea de entre los medios que tengan a su alcance, el que menos “lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona”¹⁸¹. Por tanto el agente debe de realizar una elección acerca de cuál es el medio o instrumento menos gravoso

Comunidad de Madrid, Sala de los Civil y lo Penal, de 11 de julio de 2007 (FJ3º), que la doctrina se ha manifestado sobre la proporcionalidad en el supuesto “que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo”.

¹⁷⁸ ALONSO PÉREZ, F. (coord.), “Manual del...”, op. cit., 2004, pág. 501. También lo indica la STC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ4º).

¹⁷⁹ En este sentido se expresa DUART ALBIOL, J.J., “Inspecciones; registros...”, op. cit., 2014, pág. 378. Sigue señalando nuestro autor, que uno de los ejemplos más palpables en cuanto a la temporalidad, es el referente al artículo 17.2 de la CE, al establecer que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”.

¹⁸⁰ La STS 510/2002, de 18 de marzo (FJ1º), por el cual dilucida sobre la legitimidad del cacheo en un Centro penitenciario, afirma que la diligencia de cacheo “deberá de practicarse siempre con el necesario respeto de los principio de necesidad y proporcionalidad”.

¹⁸¹ Véase en la STC 137/1990, de 19 de Julio (FJ7º). Dicha sentencias cuestiona la legitimidad de realizar pruebas de rayos X en los Centros penitenciarios a efectos de seguridad.

para el derecho fundamental. En este sentido, la STS 23 de febrero de 1994, consideró que el traslado de una persona por su condición femenina a la comisaría para someterla a un cacheo o registro personal por agentes de su mismo sexo, se “hacia necesario” para conseguir el fin perseguido de forma que afectara lo menos posible a sus derechos¹⁸².

En relación con lo reseñado, la STC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ4^º), además, arguye, que de ser necesario utilizar la medida menos gravosa o la utilización de prácticas que afecten en un menor grado a fin de obtener el fin perseguido, no puede resultar desmedirse el sacrificio de tales derechos, en comparación con la gravedad de los hechos o de las sospechas existentes.

En efecto, y a modo de ejemplo, si tenemos un detector de metales, y nuestro único propósito es que no se introduzcan armas dentro de un edificio público, sería innecesario tener que practicar tocamientos sobre la silueta humana o desnudarlos, cuando sea posible la utilización de dicho aparato sofisticado. De igual modo, también se vería comprometido el principio de necesidad si, durante la práctica del cacheo, se efectuaran posturas embarazosas y fuesen degradantes o vejatorias, puesto que se entiende que éstas no son necesarias para alcanzar los fines perseguidos mediante un simple cacheo.

Por último, nos referimos al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que es el tercer requisito del principio de proporcionalidad entendido como una “relación razonable entre los bienes e intereses en conflicto, de modo que la restricción que se establezca no sea desproporcionada al fin que con ella se pretende obtener”¹⁸³, por tanto debe de existir una ponderación entre los derechos de la persona y el objetivo propuesto, de forma que sería inadmisibile aquella

¹⁸² STS 662/ 1994, de 23 de febrero (FJ Único), establece además que la encartada fue identificada por agentes de la policía judicial pertenecientes al Grupo de Estupefacientes, en la estación de autobuses de Oviedo a prevención, para evitar las transacciones de tráfico de drogas.

¹⁸³ BANACLOCHE PALAO, J., “La libertad personal...”, op. cit., 1996, pág. 218. En el mismo sentido BAYÓN LÓPEZ, C., “El cacheo...”, op. cit., 2009, pág. 6, y GOMARA HÉRNANDEZ, J.L. y AGORRETA RUÍZ, D., “Prontuario de seguridad...”, op. cit., 2007, pág. 490.

medida que comportara un enorme sacrificio frente al escaso beneficio en el resultado obtenido¹⁸⁴.

La jurisprudencia se ha mostrado favorable en la defensa de dicho juicio, y como ejemplo de ello la citada STS 23 de febrero de 1994 se expresa sobre el traslado de una persona a dependencias policiales en los siguientes términos: “la proporcionalidad de la medida, de por sí transitoria o de corta duración, es patente dada la gravedad del delito presentido y confirmado”.

En otro orden de cosas, no podemos dejar de referenciar la nueva LOPSC, ya que el legislador se ha hecho eco de la abultada jurisprudencia con respecto al principio de proporcionalidad con motivo de cualquier incidencia o limitación en el ejercicio de las libertades ciudadanas, por lo que no podía excluirse de esta Ley Orgánica dicho principio para las actividades relevantes de las FCS.

En el apartado segundo del Preámbulo de dicha Ley, expresa que el principio de legalidad así como el de proporcionalidad, forman una triple dimensión en consonancia con los juicios de necesidad¹⁸⁵, de idoneidad¹⁸⁶ y de proporcionalidad en sentido estricto¹⁸⁷, como bien se ha referenciado con anterioridad.

En el capítulo III sobre las actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana, donde están incorporadas las intervenciones relevantes sobre la diligencia del cacheo y de las identificaciones, los agentes deberán escrupulosamente ajustarse tanto al principio de proporcionalidad, como al de igualdad de trato y no discriminatorio¹⁸⁸.

Por ello, se incluyó en el artículo 20 de la presente Ley, en atención a los registros corporales externos y superficiales, un apartado que hace mención exclusivamente a dicho principio: “los registros a los que se refiere este artículo podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de

¹⁸⁴ ALONSO PÉREZ F. (coord.), “Manual del...” op. cit., 2004, pág. 501.

¹⁸⁵ Entendido como inexistencia de otra medida menos intensa para la consecución del mismo fin.

¹⁸⁶ Para la consecución del objetivo propuesto.

¹⁸⁷ Por derivarse de ella un beneficio para el interés público que justifica un cierto sacrificio del ejercicio del derecho.

¹⁸⁸ De este modo se expresa en el apartado tercero del Preámbulo de la LOPSC.

compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.

VII. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS.

VII.1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

La intimidad presenta una definición no poco subjetiva y ambigua a la hora de su interpretación, conteniendo a su vez dos modalidades que poseen mucho en común, referidas a la intimidad personal y corporal. Por su parte CABEZUELO ARENAS, ha definido la intimidad como “un derecho innato, surgido con el comienzo de la vida misma del individuo, y consustancial a la naturaleza humana en el sentido de que el hombre no sólo presenta una proyección social, sino que reclama y precisa una forma de encontrarse consigo mismo cual es la que la intimidad representa”¹⁸⁹

VII.1.1. El derecho a la intimidad personal.

El derecho más condicionado por la práctica del cacheo, es el referido al derecho a la intimidad personal consagrada en el artículo 18.1 de la Constitución Española¹⁹⁰. La STC 204/2000, concreta el significado de dicho derecho al afirmar que “aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás”¹⁹¹.

Nuevamente ha sido la jurisprudencia la que ha fijado los criterios mínimos que hay que tener en cuenta para que el cacheo no lesione el derecho a la intimidad del sujeto paciente. La crónica de la jurisprudencia del Tribunal

¹⁸⁹ CABEZUELO ARENAS, A.L., “Derecho a la intimidad”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 18.

¹⁹⁰ GÓNZALEZ I JIMÉNEZ, A., “Las diligencias policiales...”, op. cit., 2014, pág. 103, establece que el cacheo, los registros, e incluso las pruebas de detección alcohólicas, vulneran el derecho a la intimidad del individuo.

¹⁹¹ La STC 204/2000, 24 de julio, es mencionada por la STS 260/2004, de 23 de febrero, FJ3º. En cuanto a las STC más actuales nombramos la STC 159/2009, de 29 de junio (FJ3º). Y de Tribunales de esferas inferiores como la SAP de Madrid 579/2015, de 17 de julio (FJ2º) o del TSJ de Madrid 227/2014, de 30 de julio, Fundamento de Derecho único.

Supremo¹⁹², ofrece una exposición de la doctrina sobre la diligencia del cacheo, poniendo como referencia a la reciente STS 156/2013, de 7 de marzo, cuyo fundamento jurídico primero cifra en los siguientes requisitos: “que el cacheo se realice por alguien del mismo sexo; que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en sitio reservado y que se eviten posturas o situaciones degradantes o humillantes”¹⁹³.

Con respecto al primer criterio referido, esto es, la necesidad de que sean los funcionarios policiales del mismo sexo que el sometido los que realicen el cacheo, existe una corriente jurisprudencial que se ha preocupado por señalar dicho aspecto, y así lo han manifestado diversas sentencias y autos¹⁹⁴.

En la anterior regulación de la LOPSC de 1992, se produjo durante muchos años un silencio legal concerniente a la práctica del cacheo, y en aras de una mejor defensa del derecho a la intimidad de la persona, la Secretaría del Estado incluyó en sus Instrucciones, la exigencia para los miembros de las FCS de que, en la práctica del cacheo, funcionarios y sometidos sean del mismo sexo¹⁹⁵.

¹⁹² Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: 2012-2013. Sala Segunda. Punto 1.5.4.

¹⁹³ En el mismo sentido se manifiestan una multitud de sentencias, como la STS 33/2007, de 11 de Enero (FJ1º), ATS de 25 de noviembre de 2004 (FJ1º), STS 525/2000, de 31 de marzo (FJ3º). Recuerda ésta última en el apartado b de su FJ1º que: “la diligencia de cacheo personal no supone violación de los derechos fundamentales siempre que la actuación policial cuente con amparo legal, esté racionalmente justificada y se mantenga en los límites de la proporcionalidad”.

También sentencias recientes de la Audiencia Provincial como SAP de Barcelona 161/2014, de 24 de febrero (FJ1º), SAP de Barcelona 616/2013, de 8 de julio (FJ6º) y SAP de Madrid 359/2013, de 22 de abril (FJ1º)”.

¹⁹⁴ Así lo expresa el Auto del TS 26 de septiembre del 2003 (FJ2º), aduciendo que el cacheo realizado por un agente del mismo sexo es respetuoso con la intimidad debida de las personas.

¹⁹⁵ Véase en la Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas bajo custodia policial, que en su apartado octavo reseña que: “los cacheos se llevarán a cabo, salvo urgencia, por personal del mismo sexo que la persona cacheada”, además hace especial mención a los transexuales, reseñando que; “el criterio a seguir siempre en esta operación es el del máximo respeto a la identidad sexual de la persona cacheada, el que deberá tenerse en cuenta muy especialmente en el caso de personas transexuales”.

Por todo ello, y como bien se ha referenciado en apartados anteriores, la nueva LOPSC 4/2015 se ha hecho eco de la firme doctrina jurisprudencial. Muestra de ello, establece en el apartado segundo del artículo 20, en el que se indica que el cacheo se realizará por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique dicha prospección, salvo que converja una situación de urgencia por riesgo grave e inminente.

El legislador ha incluido esta excepción que afecta no sólo al cacheo, sino también al semidesnudo integral; es decir, se permitirá sólo en el caso de que exista una “situación de urgencia por riesgo grave e inminente”¹⁹⁶; por ello, ante dicha coyuntura, un agente de la autoridad podrá cachear a otra persona sin perjuicio del sexo que éste posea. Ahora bien, nos ha parecido sorprendente que, esta Ley Orgánica, incluya esta vicisitud, cuando la doctrina jurisprudencial había rehusado nombrarlo en todas sus sentencias para con la práctica del cacheo.

Hemos de mencionar asimismo la interpretación realizada por el TC, en relación a la exclusión por causas de urgencia y necesidad en las intervenciones corporales, expresada en los siguientes términos: “cuando la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad”¹⁹⁷.

Admite DUART ALBIOL, que las referenciadas situaciones de necesidad y urgencia son claramente indeterminadas, por lo que se deberá de interpretar restrictivamente de la excepcionalidad al requisito judicial. Pone de ejemplo la determinación de la prueba de alcoholemia por aire inspirado o la presencia de drogas, dado que dicha urgencia exige una actuación de los agentes lo suficientemente rápido para que no se frustre el resultado de la investigación¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Avalado también por la Instrucción 7/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad relativa a la práctica de la diligencia de identificación, los registros corporales externos y actuaciones con menores, previstos en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de Seguridad Ciudadana (Cuarta Instrucción).

¹⁹⁷ STC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ4º).

¹⁹⁸ DUART ALBIOL, J.J., “Inspecciones, registros...”, op. cit., 2014, pp. 343 y ss.

No menos importante es recordar que las situaciones de urgencia y necesidad nada tienen que ver con la flagrancia, como bien recuerda la STC 341/1993, de 18 de noviembre¹⁹⁹, cuyo fallo indica que la policía deberá abstenerse de llevar a cabo cualquier diligencia cuando la urgencia no sea la razón de la actuación, pues pudiere afectar a los derechos fundamentales²⁰⁰.

Ahora bien, lo que entendemos en la referenciada Ley Orgánica diverge sustancialmente de lo dicho anteriormente por los Tribunales, ya que, según señala la LOPSC, la urgencia debe estar precedida por un riesgo grave e inminente, y además tendrá un aspecto cualitativo, puesto que este riesgo no ha de estar dirigido hacia cualquier persona, sino hacia los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

Una vez sentado lo anterior, no hemos de caer en el error de pensar que la urgencia pueda presentarse en cualquier momento, amparado cualquier actuación policial al respecto, sino más bien se presentará en aquellas actuaciones en las que, por la inmediatez temporal, sea necesaria repeler la acción de un sujeto que fuera a poner en peligro inminente a los funcionarios policiales o a terceros.

Siguiendo con el tema que nos ocupa sobre el derecho a la intimidad, aducimos que el cacheo puede comportar además de la palpación o tacto de la silueta del propio cuerpo investigado, también el registro del vestido adjunto u otros objetos tales como bolsos, carteras etcétera²⁰¹. Entendemos por tanto, que los agentes policiales deben realizar los tocamientos a personas del mismo género; pero ello no implica que los mismos no se hallen habilitados para registrar aquellos enseres que no estén adheridos al cuerpo del requerido, aun siendo éste de distinto sexo.

Por ello, no se eleva el nivel de coerción del derecho a la intimidad durante el registro de enseres llevado a cabo por agentes de distinto sexo, y prueba de ello la encontramos en los aeropuertos, donde observamos cómo agentes encargados

¹⁹⁹ FJ8º, reseña que “urgencia, sin embargo, no es, por sí sola, flagrancia”.

²⁰⁰ GÓNZALEZ I JIMÉNEZ, A., “Las diligencias policiales...”, op. cit., 2014, pp. 103-104

²⁰¹ ATS 409/2009, de 19 de febrero, reconoce la sala que los equipajes, maletas, mochilas etc., no alcanza a objetos o bienes distintos a los reconocidos por el artículo 18.1 de la CE, siendo también evidente que los enseres citados no pueden equipararse a un paquete postal.

de la seguridad invitan a los viajeros a mostrar sus bolsos y maletas sin importar el género del registrado.

El segundo criterio a tener en cuenta para preservar el derecho a la intimidad se refiere a “que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en un sitio reservado”²⁰²; entendemos que dicha expresión no determina los supuestos por los cuales los agentes pueden actuar de una forma concreta, de modo que deja en la ambigüedad dos cuestiones. Una es la intensidad requerida en la intervención corporal para precisar un lugar reservado para su ejecución; y la otra, precisamente, qué ha de entenderse por un sitio reservado.

Es por ello, que por medio de aclaraciones de otras sentencias²⁰³ que resuelven aspectos de naturaleza similar, entendemos que es conveniente que el cacheo se realice en una zona no concurrida, siendo las circunstancias en cada caso las que determinen el lugar más idóneo para ello, al objeto de preservar la reputación de la persona requerida; todo ello con independencia de la mayor o menor intensidad con que se efectúe el cacheo²⁰⁴.

Por último y en lo que respecta al tercer criterio, esto es, la necesidad de evitar posturas o situaciones degradantes o humillantes, hemos de señalar que entendemos por tales aquellas que no estén justificadas y no sean necesarias para

²⁰² En similares términos, la LOPSC, la ha incluido en su norma, cuando se refiere a los semidesnudos, rezando que “se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros” (art. 20.2.b).

²⁰³ Entre ellas citamos la STS 156/2013, de 7 de marzo (FJ1º), o la STS 797/2007, de 19 de Abril (FJ1º), que cuando se refiere al cacheo expresa que: “el derecho a la intimidad hay que preservarlo extremando cuidadosamente el respeto a las personas haciéndolo en lugar reservado, evitando siempre posturas o situaciones degradantes o humillantes”. Además el ATS 26 de noviembre del 2003 (FJ2º), interpreta lo que puede ser una zona reservada cuando considera acorde con la intimidad de la persona la invitación de agentes de la Guardia Civil al requerido, de situarse entre dos vehículos para practicar el cacheo, al objeto de que aquellos actúen de pantalla.

También en el ATS 1474/2005, de 28 de junio, encontramos una interpretación de lo que puede ser una zona reservada a considerar legítima la invitación de la Guardia Civil a un ciudadano para que entrara en los aseos públicos al objeto de ser cacheado.

²⁰⁴ Encontramos gran similitud entre la práctica del cacheo y las detenciones cuando la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece en su artículo 520 que “la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio”.

cachear correctamente, evitando por todos los medios someter al requerido a “posturas que pudieran comportar un trato mínimamente vejatorio ajeno a la actuación profesional”²⁰⁵.

Finalmente, acudimos a la jurisprudencia con el fin de encontrar una definición de trato degradante o vejatorio de modo que aclare aún más los aspectos que referimos con anterioridad. A estos efectos, la STS 1122/1998 entiende como trato degradante aquella situación que “pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral”.²⁰⁶

Ejemplo de ello, lo hallamos en la jurisprudencia que ha sido contundente en condenar aquellas actuaciones policiales generadoras de circunstancias comprometidas que hubieran comportado un trato desmedido según lo señalado anteriormente. La SAN del 13 de abril de 2005²⁰⁷, arguye que le parece desproporcionada y vejatoria obligar a una persona a que se despojara de su ropa hasta quedarse en ropa interior, con el único pretexto de averiguar si ésta oculta entre su indumentaria un probador de perfume perteneciente a un establecimiento²⁰⁸.

Nos parece interesante subscribir lo señalado por la AN en este supuesto, en cuanto a la afectación de la intimidad personal se refiere, subsumida en el ámbito de la dignidad humana. Dicho Tribunal se expresa en los siguientes términos: “no era preciso ni necesario que la afectada se despojara de la ropa hasta quedarse en ropa interior, sino que dicha finalidad podía conseguirse con un cacheo superficial por ser dicho objeto detectable por tal medio, lo que no sucedía obviamente en el supuesto de que el efecto supuestamente sustraído fuera ropa, es decir, no resulta justificable la intromisión de la intimidad producida, actuación que por su incidencia en el ámbito de la dignidad y la

²⁰⁵ Véase en la STS 156/2013, de 7 de marzo (FJ1º) o la STS 33/2007, de 11 de enero (FJ1º).

²⁰⁶ STS 1122/1998, de 29 de Septiembre, FJ2º.

²⁰⁷ SAN recurso 947/2002, de 13 de abril de 2005.

²⁰⁸ La orden para que se desquitara la ropa, fue de un agente de la autoridad, a requerimiento de un vigilante de seguridad.

intimidad personal genera un daño en el sujeto pasivo que no tenía la obligación de soportar²⁰⁹.

La conexión del artículo 18.1, con respecto al artículo 15 de la CE, es muy estrecha. Existen situaciones en las que pudieran quebrantarse los derechos recogidos en ellos como consecuencia de una mala praxis en la práctica del cacheo, dado que, según el nivel de injerencia o afectación, la actuación policial podría incluso ser susceptible de ser considerada como torturas, o tratos inhumanos o degradantes.

En este sentido la STC 57/1994, de 28 de febrero, trató de dirimir sobre la afectación del artículo 15 de la CE en relación con los cacheos realizados a internos de un Centro penitenciario. Concretamente los hechos consistieron en las órdenes dadas a un recluso, durante el procedimiento del cacheo, para que se desnudase completamente mientras, a su vez, debía hacer flexiones. El interno se negó a obedecer al funcionario, motivo por el cual le impusieron unas sanciones de aislamiento en una celda. El Tribunal, atendidas las circunstancias del caso, finalmente rechazó la queja del recurrente en amparo del artículo 15, puesto que no se “desprende la duración o el número de flexiones que aquél debía llevar a cabo para poder inferir, por su prolongación, que éstas causarían un sufrimiento de especial intensidad”²¹⁰.

VII.1.2. Intimidad corporal.

Entendemos que la intimidad corporal aun siendo una modalidad diferente a la intimidad personal, forma parte de esta última como una modalidad que afecta al derecho fundamental de la propia intimidad, conferido en el art. 18.1 de la CE²¹¹.

La STS 260/2004, de 23 de febrero, subraya que la intimidad corporal es aquella capaz de impedir cualquier “indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona”, señalando también la vinculación existente entre intimidad y pudor o recato personal.

²⁰⁹ FJ4º.

²¹⁰ STC 57/1994, de 28 de febrero (FJ4º).

²¹¹ En un mismo sentido se expresa SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (Coor.), “Dogmática y práctica de los derechos fundamentales”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 11.

Sin embargo, la STC 37/1989, de 15 de febrero, ya se había manifestado anteriormente en este sentido al señalar que “el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato²¹² de la persona”²¹³.

Ya la STC 207/96, con ocasión de la extracción de cabello a un Guardia Civil para la investigación de un delito contra la salud pública y cohecho, realizó una ponderación de los derechos fundamentales que podían verse afectados en razón del procedimiento o método indagatorio empleado²¹⁴.

²¹² Los términos pudor o recato son muy ambiguos y de difícil interpretación, como así indica también GARCÍA ARÁN, M. y REBOLLO BARGAS, R., “La exploración...”, op. cit., 1994, pág. 99.

²¹³ STC 37/1989, de 15 de febrero (FJ7º).

²¹⁴ La STC 207/96, de 16 de diciembre (FJ2º) establece que: “dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización:

a) En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.

b) Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar

La citada sentencia del Tribunal Constitucional desafortunadamente omite hablar del cacheo –aún siendo de los procedimientos policiales empleados más frecuentes– al utilizar ejemplos prácticos de casos que pudieran incluirse en algún apartado al respecto, y que, por tales definiciones deducimos que el cacheo sería susceptible de estar incluido dentro de los registros corporales. Por tanto, de ello colegimos que el cacheo afectaría a la intimidad corporal siempre que recaiga sobre las partes más íntimas del sometido.

VII.1.3. Intimidad corporal y desnudo integral.

DUART ALBIOL²¹⁵ expone que la exposición o la exhibición del cuerpo desnudo ante otra persona puede suponer una vulneración de su derecho a la intimidad corporal, pues se exponen las partes más íntimas del cuerpo, salvo que esté siendo objeto de una investigación mediante resolución judicial motivada; o bien se respete en todo momento los principios de proporcionalidad, según el caso concreto; o muestre la persona sometida su consentimiento expreso.

determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.).”

²¹⁵ DUART ALBIOL, “Inspecciones, registros...”, op. cit., 2014, pág. 258. También coincide que el desnudo integral afecta al derecho de la intimidad corporal, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (Coord.), “Dogmática y práctica...”, op. cit., 2006, pág. 11. AZAOLA CALDERÓN, L., “Las intervenciones corporales, un análisis comparativo entre México y España”, Derecho en libertad, Revista del centro de investigación jurídicas de la Facultad de Derecho de Monterrey, Ed. Facultad Libre de Derecho de Monterrey, nº 5, México, 2010, pág. 43, reseña que, las investigaciones en el propio cuerpo de las personas (refiriéndose a los internos de un Centro penitenciario), con la finalidad de encontrar cualquier sustancia prohibida u objetos peligrosos, que consistan en inspecciones o registros del cuerpo, quedaría afectado el derecho a la intimidad corporal.

La STC 196/2006, de 3 de julio, incide en que el desnudo integral de la persona resulta indudable que recae en el ámbito de su intimidad corporal, dado “el criterio socialmente dominante en nuestra cultura”²¹⁶.

En la práctica policial, tras el procedimiento de un cacheo materializado tanto en la vía pública como en las dependencias policiales, y éste no ha tenido éxito en la obtención de las pruebas esperadas, pueden surgir otras modalidades complementarias y necesarias de indagación; y las cuales, por su complejidad y dificultad entrañen un nivel superior de afectación de los derechos fundamentales. Nos estamos refiriendo a los desnudos integrales y registros bucales, anales, vaginales, etc.; todas ellas, medidas indagatorias, que encontrarán su amparo jurídico, siempre y cuando no impliquen una injerencia en el derecho fundamental de la integridad física.

El desnudo integral consiste en el despoje de toda la indumentaria que lleve puesto el requirente y sometido, así como en el registro de los pliegues de su cuerpo, o incluso en la introducción de las manos en zonas o partes consideradas como íntimas²¹⁷.

Debemos de diferenciar dos situaciones por las cuales cualquier ciudadano puede ser requerido por los agentes de la autoridad para que se desnude; obviamente, en un lugar reservado e idóneo a tal efecto, pues, de lo contrario, aun reuniendo los criterios más elementales, las FCS incurrirían en una actuación ilícita.

Una de las situaciones que referenciamos es el denominado desnudo integral dentro de las dependencias policiales, una vez que el individuo en cuestión esté detenido y se le haya leído los derechos constitucionales por alguna causa penal. En esta situación subyacen dos motivos más por los cuales las FCS pueden realizar legítimamente el desnudo integral y que a su vez distinguimos en dos subapartados.

²¹⁶ STC 196/2006, de 3 de julio (FJ2º).

²¹⁷ La Instrucción nº 19/2005, (ap. 1º) dirigida a las FCS lo define como “la diligencia policial consistente en poner al descubierto las partes pudendas o íntimas de una persona, así como el tipo de cacheo que suponga introducción directa de manos u otros objetos en contacto con las mismas”.

El primero de ellos es el referido al desnudo integral de un sujeto detenido por un delito susceptible de mayor indagación, cuyas circunstancias concretas del mismo, sumadas a los indicios o sospechas fundadas de los que dispusieron, invitaran a pensar fehacientemente que el sujeto pudiere portar escondido en su propio cuerpo, u oculto entre sus ropas sustancias u objetos prohibidos. Como ejemplo típico de delitos que requieren con más frecuencia esta modalidad de registro, se encuentra el relativo al tráfico de drogas.

El segundo motivo por el cual se habilita a desnudar a un detenido, se refiere a cuando así lo requiera la protección de la integridad del propio detenido, incluso con el fin de impedir que se autolesione, así como también la seguridad de los funcionarios policiales que le custodien; y, por otro lado, como medida de prevención cuando le fueren a introducir en los calabozos a la espera de ponerle a disposición del Juzgado competente.

La inexistencia de leyes que regulen con más rigor el desnudo integral, a excepción de lo que hace el Reglamento Penitenciario, ha motivado que la jurisprudencia haya ido marcando las pautas que han de seguir los miembros de las FCS para los desnudos integrales, y, máxime, después de que el informe del Defensor del Pueblo, del año 1988, denunciara la práctica de someter a los ciudadanos después de ser detenidos a un desnudo integral.

En el preceptivo informe introduce que “esta práctica pudiera controvertir el art. 15 de la Constitución Española, en cuanto prohíbe los tratos degradantes a la persona”, por lo que se intuía que la medida del desnudo integral llevada a cabo en dependencias y calabozos era una práctica asidua de carácter discriminatorio²¹⁸.

Los Tribunales no han tenido problema en reconocer la legitimidad del desnudo integral en circunstancias concretas. Ejemplo de ello lo encontramos en la STS 260/2004, que afirma que desnudar a un individuo y encontrar ocho pastillas en el interior de sus calzoncillos, una vez detenido por un delito contra la salud pública, “es una medida absolutamente proporcionada, razonable y lícita y los agentes actuaron dentro del ámbito legítimo de sus funciones (...) se trató de un registro personal del detenido realizado con la finalidad de investigación o,

²¹⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO, “Informe anual y debates en las Cortes Generales”, Ed. Cortes Generales, Madrid, 1989, pág. 36.

incluso de prevención ante la medida de detención dispuesta y conforme a las necesidades derivadas de la detención para evitar la introducción en dependencias policiales de objetos que pudieran ser lesivos a la integridad física del detenido, vigilantes o terceras personas”²¹⁹. Dicha sentencia justifica el desnudo integral del detenido tanto por la propia seguridad del mismo como la de los agentes, así como por la propia investigación en virtud del delito cometido.

Por su parte, la STS 92/2004, refiere que el hallazgo de droga en el interior de los calzoncillos de un detenido, a quien se le había efectuado un desnudo integral mientras se hallaba en dependencias policiales por su presunta participación en la comisión de un delito contra la salud pública, no supuso una invasión corporal, y, por ende, fue lícito su descubrimiento aun habiendo sido intervenida de sus partes sexuales; señalando, asimismo, que este procedimiento debe realizarse siempre en un lugar reservado y respetando a la persona²²⁰.

No obstante, entendemos que para las intervenciones policiales es necesario conocer con más precisión la utilización de una actuación lícita como el desnudo integral, con el fin de evitar incurrir en prácticas policiales abusivas. Ahora bien, como consecuencia de la poca precisión jurisprudencial al respecto, así como del vacío legal que presenta dicha intervención, sería ineludible dotar a las FCS de algún tipo de protocolo que sirviese de base sólida para sus actuaciones, con un objetivo primordial: impedir la vulneración del derecho a la intimidad de un detenido.

Es por ello que el Secretario de Estado de Seguridad, estableció la Instrucción 19/2005, de 13 de Septiembre, en la cual se detalla, con mayor precisión, cuáles son los requisitos mínimos para realizar un cacheo con desnudo integral. Dicha Instrucción advierte a los funcionarios integrantes de las FCS de que no cabe la posibilidad de cachear íntegramente a nadie, a no ser que se aprecie fehacientemente que el sujeto en cuestión porta objetos o instrumentos, o se dispongan de indicios suficientes de que pudiera llevarlos consigo. Así pues, la Instrucción es bien clara sobre este asunto, y deja tajantemente claro que no caben

²¹⁹ STS 260/2004, de 23 de febrero (FJ2º).

²²⁰ STS 92/2004, de 30 de enero (FJ4º).

conjeturas o suposiciones, debiendo justificarse convincentemente siempre la práctica del cacheo con desnudo integral²²¹.

La segunda de las situaciones antes apuntadas por las que cualquier ciudadano pudiera ser requerido por un agente de la autoridad a desnudarse, es la referida al desnudo integral en la vía pública. Esta situación conlleva una mayor complejidad que la anteriormente estudiaba, y debido especialmente al hecho de que el "status libertatis" de los ciudadanos libres es diferente al de los detenidos, en cuanto que estos últimos están regidos por una relación especial de sujeción. Por consiguiente, entendemos que para realizar un desnudo integral a un ciudadano en medio de la vía pública, se debe disponer inexcusablemente de un indicio contundente que legitime dicha actuación.

A diferencia de lo previsto por la legislación penitenciaria respecto de los privados de libertad, no existe una regulación legal que ampare a los agentes de las FCS en el ejercicio de sus funciones de "indagación o prevención", durante sus intervenciones en la vía pública, en relación al desnudo integral²²², aunque hemos de señalar que sí estarán amparados cuando controlen superficialmente los efectos personales de los cacheados, con el fin de comprobar que no lleven consigo ningún tipo de sustancias o instrumentos peligrosos o prohibidos.

²²¹ Instrucción nº 19/2005, de 13 de septiembre, del Secretario de Estado de Seguridad, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En su apartado 1º establece dichos aspectos en los siguientes términos: "sólo se podrá efectuar cacheo con desnudo integral en la persona de un detenido cuando, a juicio del funcionario policial responsable del mismo, por las circunstancias de la detención, la actitud del detenido u otras debidamente valoradas y justificadas por el responsable policial encargado de autorizarla, se aprecie fehacientemente la posibilidad de que guarde entre sus ropas o partes íntimas objetos o instrumentos que pudieran poner en peligro su propia vida, su integridad corporal, la de otras personas o la del propio funcionario o funcionarios que le custodian; o bien cuando se aprecien indicios suficientes de que oculta algún objeto que pueda ser medio probatorio que sirva de base para responsabilizarle de la comisión del delito y siempre que no sea posible el uso de otro tipo de fórmula, medio o instrumento que permita conseguir el mismo resultado y produzca una menor vulneración de sus derechos fundamentales".

²²² Existe una regulación expresa sobre el semidesnudo o desnudo parcial en la LOPSC, cuyo estudio y requisitos vienen reflejado en el apartado siguiente. Estos requisitos mínimos de intervención son aplicables a la práctica del cacheo en su modalidad del desnudo integral.

Por tanto, y una vez más, ha sido la jurisprudencia²²³ la que ha ido modelando e introduciendo límites en dichas intervenciones que afectan a la intimidad corporal de la persona, porque considera que el desnudo integral constituye “un trato degradante en su propia naturaleza, en tanto se obliga a exhibir a terceros aspectos de su intimidad, en el caso físico, que no desea comunicar, imponiendo una situación clara de inferioridad en la que se ve fuertemente compelido a obedecer las indicaciones que recibe”²²⁴.

Para la realización del desnudo se precisa la obtención del consentimiento de la persona sometida, de modo que si ésta se negare a someterse a esta medida, será obligatoria la preceptiva autorización judicial que ampare dicha intervención. El Tribunal valorará para su aplicación que se cumplan los principios de necesidad y proporcionalidad a la gravedad del delito²²⁵.

Es importante destacar que aquellos desnudos integrales que a su vez conlleven por las circunstancias en que se desarrollen, posturas o situaciones vejatorias o que menoscaben la propia persona, serán reprobados penalmente, dado que constituyen un atentado contra la intimidad e incluso contra la integridad física y moral²²⁶.

²²³ A modo de ejemplo la STS 473/2005, de 14 de abril, cuando la Guardia Civil realizaba un control preventivo, detuvo a un vehículo pudiendo observar como uno de sus ocupantes trató de ocultar algo en sus genitales. Finalmente fue el requirente el que entregó las sustancias prohibidas, motivo por el cual fue detenido por un delito contra la salud pública. Pues bien, el Tribunal afirma (FJ1º) que “aún en el supuesto de que hubiera sido registrado por los agentes tal actuación estaría amparada por la Ley de seguridad ciudadana, como cacheo del detenido, sujeto a las exigencias de proporcionalidad, razonabilidad y respeto a la dignidad y decoro del detenido”.

²²⁴ Véase la STS 677/2009, de 16 de junio, FJ2º.

²²⁵ Así lo puso de manifiesto la AP de Málaga 24/2008, de 21 de Mayo (FJ2º), cuando absolvió a un ciudadano imputado por un delito contra la salud pública, cuando las FCS al realizar el desnudo integral de dicha persona, se percataron de que “entre el escroto y el ano” le asomaba un trozo de plástico blanco, a lo que se negó rotundamente a seguir practicando el desnudo integral, terminando finalmente con una resistencia activa con los agentes. Pues bien, refiere dicha audiencia, que lo correcto hubiera sido: “primero detenerlo, instruirle de sus derechos, ponerlo bajo custodia para evitar que se desprendiera de la sustancia que presumiblemente portaba, y dar cuenta a la autoridad judicial para que proveyera lo oportuno sobre el cacheo”.

²²⁶ Así es, en aquellas sentencias que condenan los desnudos integrales que lleven consigo la realización de flexiones para expulsar por el ano, estupefacientes. Así lo dispone, la STS

Destacamos sobre éste aspecto la STS 874/1998, de 26 de junio, porque se pronuncia de forma ejemplar y categórica sobre dicha práctica. En el supuesto dirimido en ella, las FCS habían obligado a una persona, mientras se hallaba en dependencias policiales, y una vez desnuda, a expulsar por el ano, mediante la realización de flexiones de piernas, un bulto conteniendo supuesta droga.

En dicha sentencia se afirma que “el cuerpo humano es el escenario donde se desarrolla la libertad del individuo, por lo que cualquier intervención sobre el mismo en el curso de una investigación sobre hechos delictivos tiene que realizarse respetando su derecho a la integridad física y moral y a su intimidad personal (...) en el caso presente no se observa que los funcionarios policiales actuasen conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Es incuestionable que se pudieron utilizar métodos alternativos que lesionasen en menor medida la dignidad y la intimidad de la persona. El hecho de desnudar a una persona implica un ataque a su intimidad y si, además, se le obliga a realizar flexiones supone someterle a un trato humillante y degradante que vulnera los artículos 18.1 y 15 de la Constitución”²²⁷.

VII.1.4. El semidesnudo o desnudo parcial.

La novedosa LOPSC, ha creado una nueva figura de prospección hacia el cuerpo humano, que por su nivel de intromisión, podría coartar el derecho a la intimidad personal, o incluso a la intimidad corporal, en función de las partes del cuerpo que se exhiban a requerimiento de las FCS.

Nos estamos refiriendo al denominado “semidesnudo corporal” o igualmente conocido como “desnudo parcial”, definido en el artículo 20.2.b) de la

2466/1989, de 5 de octubre, por la cual cuatro funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, fueron condenados por cuatro faltas de vejación injusta de carácter leve, cuando obligaron a dos jóvenes a desnudarse y realizar flexiones junto a un portal cuando los funcionarios sospecharon que pudieran portar algún tipo de sustancia prohibida.

En otro supuesto también el TS condena a dos guardia civiles por un delito de detención ilegal y otro por un delito contra la integridad moral porque sin causa justificada mantuvieron a los ocupantes de un vehículo desnudos durante diez minutos sin causa aparente, a pesar de realizarlo en un descampado donde nadie pudiera ver los hechos (STS 677/2009, de 16 de junio, FJ2º).

²²⁷ STS 874/1998, de 26 de junio, FJ2º.

LOPSC, cuya práctica tiene una diferenciación con el procedimiento usado respecto al desnudo integral.

Si bien es cierto que el legislador ha rehusado incorporar a la Ley dichos sintagmas entrecomillados, pero no es menos cierto que ha tratado de agregar dicha figura dentro de los requisitos del aludido artículo 20, en el cual, como bien sabemos, se encuentra la conocida praxis del cacheo, definiéndose ambas figuras como una diligencia indagatoria que consiste en un registro corporal externo y superficial de la persona, pero con importantes matices que veremos a continuación.

La actividad policial concerniente al desnudo parcial, y regulado en la LOPSC, se diferencia del cacheo en que consiste “dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa”, el cual se efectúa únicamente cuando “exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes”, llevándose a cabo “en lugar reservado y fuera de la vista de terceros”. Ahora bien, la Ley no precisa cuáles son estas partes a las que alude.

De este modo, la descripción del precepto, deja un margen de interpretación considerable puesto que dependiendo de la situación real de la sociedad y de sus costumbres²²⁸, ésta podría cambiar significativamente incluso, la forma de actuar de los propios funcionarios policiales.

Por este motivo, entendemos que, nuevamente, tendrá que ser la jurisprudencia la que marque los límites en las intervenciones policiales en las que se use la referida figura prospectiva, tanto en el devenir de la casuística que diluciden los Tribunales, como así, en la multitud de vicisitudes y complejidades concretas que pueden acontecer durante el ejercicio de las funciones que les son encomendadas a las FCS.

²²⁸ La STC 37/1989, de 15 de febrero (FJ7º), dilucidando el examen ginecológico de un médico a una persona establece que el “ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona”.

En tal sentido, no se concibe el mismo nivel de intromisión en el derecho a la intimidad de un sujeto cuando se le obliga a quitarse un calcetín, porque los agentes posean indicios de que se hubiese introducido un objeto sospechoso en él, que cuando éste deba bajarse sus pantalones hasta las rodillas, con el fin de observar el posible contorno de algún objeto escondido bajo su prenda interior. Ahora bien consideramos que es mucho más comprometida y, por tanto, se elevaría el grado de intromisión en el derecho a la intimidad de las personas, aquellas actuaciones encaminadas a obligar a un sujeto a despojarse de esta última prenda, dejando a la vista sus partes más íntimas.

Por ello, para no dejar a expensas de acciones arbitrarias la materialización de la figura del semidesnudo, que hicieran peligrar injustificadamente la intimidad de los ciudadanos, la LOPSC, ha establecidos ciertos requisitos sustanciales sin los cuales las FCS, no estarán legitimadas para practicarlas. Estos requisitos indispensables señalados por la referida Ley son:

- La actuación debe motivarse por la existencia de indicios racionales suficientes que conduzcan al posible hallazgo de objetos sospechosos.

- Que lo que se trate de buscar, vaya dirigido a aquellos instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que les son encomendadas a las FCS, tanto en la LOPSC, como en otras leyes que le afecten.

- La prospección corporal será realizada por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique dicha diligencia.

- Se deberán respetar los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad²²⁹, así como se valorará del individuo sometido su nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, edad, discapacidad, cualquier otra condición o circunstancia personal o social con especial atención a su identidad sexual de la persona registrada.

- Se le comunicará a la persona que vaya a ser sometida al semidesnudo, las razones por las que se ha de someter a esta praxis, de forma clara, inmediata y comprensible.

²²⁹ La norma establece en su artículo 20.4, que dichos registros podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, debiendo de adoptar en tal caso, todas aquellas medidas necesarias de compulsión indispensables.

- Deberá dejarse constancia por escrito tanto de las causas que lo motivaron, como del número identificativo del agente que lo llevó a cabo²³⁰.

- Que esta medida se efectúe de modo que cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona en cuestión²³¹.

- Si la correspondiente persona es trasladada a dependencias policiales a efectos de identificación, y se le ha de realizar, a su vez, un semidesnudo, se deberá hacer constar en el libro registro de identificación estas circunstancias, cuyos datos serán remitidos al Ministerio Fiscal y a la Autoridad Judicial²³².

La mayoría de los requisitos aludidos se han tipificado en el mencionado precepto a raíz de la constante doctrina jurisprudencial, que al respecto han dirimido los Tribunales en relación con aquellos cacheos en los que se hubiera precisado de la realización del denominado desnudo integral, en aras de dotar a la ciudadanía de una mayor seguridad jurídica²³³.

Entre la casuística dirimida por los Tribunales sobre la figura del semidesnudo en actuaciones policiales en atención a la derogada Ley 1/92, podemos deducir que no existe una diferencia considerable con respecto al nuevo artículo, a excepción de que no valen las simples o vagas sospechas para llevarlo a término, sino que debe estar motivado por disponerse previamente de indicios racionales. De ahí que tengamos en cuenta alguna de sus sentencias para afirmar dicha conclusión, y conocer algunos aspectos interesantes del mismo.

²³⁰ El artículo 20.2 establece que es obligatorio dejar constancia por escrito de las causas y de la identificación del agente que haya optado por realizar dicha intervención, ahora bien, la Ley no hace mención en qué libro de registro deba dejarse constancia dicha diligencia.

²³¹ Así lo expresa la Instrucción 7/2015.

²³² Dicha condición ha sido expuesta por la Instrucción 7/2015, donde obliga a las FCS, en la confección del referido libro registro, a reseñar la identificación de los agentes, el motivo de la identificación, las diligencias realizadas y en el apartado de las observaciones, referir sobre aquellas circunstancias extraordinarias que se deriven de las diligencia de identificación, en cuyo caso se encuentra la figura del semidesnudo.

²³³ En este sentido se ha pronunciado la STS 941/2012, de 29 de noviembre en el FJ2º, con cita de la STC 196/2006, de 3 de julio, ampliando que el desnudo integral, entre otras causas, requiere la autorización judicial en defecto del consentimiento del interesado afectado.

En este estado de cosas, numerosas sentencias avalan la extracción de droga u otros efectos del delito ocultos dentro de los pantalones o calzoncillos²³⁴, calcetines²³⁵, cordones²³⁶, o bien la acción de quitarse la camiseta²³⁷, por disponerse de sospechas o indicios lo suficientemente factibles como para realizar dicha prospección sobre las zonas relacionadas con la intimidad del sometido²³⁸; e, incluso, los Tribunales avalan la citada actividad indagatoria cuando, a

²³⁴ La STS 503/2013, de 19 de junio, avala al CNP que había efectuado un seguimiento al acusado, a quien se le realizó un cacheo en el interior del vehículo policial, siéndole descubierta una bolsa con droga dentro del pantalón y calzoncillos (en la zona de los genitales). La STS 92/2004, de 30 de enero, argumenta la incautación de droga en el interior de los calzoncillos, aduciendo el Tribunal que no hubo ninguna invasión corporal. La STS 260/2004 de 23 de febrero (FJ2º) aduce que “la gravedad del delito investigado justifica plenamente esa medida de cacheo, en cuya práctica, además, no se aprecia exceso de clase alguna, máxime cuando dio como resultado el hallazgo y posesión de parte de la droga dentro de los calzoncillos del propio acusado. Así la medida fue absolutamente proporcionada, razonable y lícita y los agentes actuaron dentro del ámbito legítimo de sus funciones (...), el examen de la causa no permite constatar que se practicara sobre el acusado un padecimiento físico o psíquico realizado para vejar a o doblegar la voluntad de un detenido”.

²³⁵ La SAP de Barcelona 132/2012, de 5 de diciembre, avala las indagaciones realizadas por sospechas, en el registro de un calcetín y en la parte genital, y bolsillos, donde encontraron droga. En este supuesto, el Tribunal no dilucida sobre dicho aspecto, y más por el registro que realiza en la parte más íntima.

²³⁶ La STC 153/2013, de 9 de septiembre, reconoce como operaciones de toda detención el despojo de algunas prendas con riesgo de seguridad, como son los cordones.

²³⁷ La SAP de Castellón 403/2007, de 28 de septiembre. En esta causa, los agentes actuantes, cuando realizaban un control de alcoholemia, encontraron en la cartera de un ocupante del vehículo una cantidad de droga en su interior, por lo que fue invitado a practicarle un examen corporal detrás de unos matorrales, obligándole a quitarse la camisa y bajarse los pantalones. En ningún momento la sentencia habla de la ilicitud del desprendimiento de la camisa, por lo que entendemos que esta acción no afecta tanto a la intimidad, como el hecho de haberse despojado del pantalón. En este sentido aduce (FJ2º) la sentencia que existió una falta de vejaciones por parte del agente de policía, que podría haberse evitado, puesto que aduce que con haber desabrochado el botón del pantalón del sometido, con el fin de aflojarlo y moverlo ligeramente, hubiera sido suficiente para realizar dicha indagación. Sigue arguyendo que la referida medida policial es mucho más intensa que el simple cacheo en sí mismo.

²³⁸ La SAP de Barcelona 161/2014, de 24 de febrero, dio por buena la extracción de droga escondida en los calzoncillos durante un cacheo en el portal de un edificio.

indicaciones de los agentes actuantes, el sometido acceda a desnudarse o enseñar sus partes más íntimas de forma voluntaria²³⁹.

Sin embargo, encontramos una extensa jurisprudencia de sentencias que no avalan dicha actividad como es el caso de la AN, nº recurso 947/2002, de 13 de abril de 2005, mediante la cual se condenó a un policía por dejar a una persona en ropa interior dentro de un probador que se encontraba en un establecimiento, ya que estima el fallo judicial, que con un simple cacheo superficial, hubiera sido suficiente para conseguir la finalidad pretendida.

También la SAP de Tarragona, nº recurso 205/2000, de 20 de junio de 2001, condenó, por una falta de vejaciones injustas a un agente que, antes de ingresar a un sujeto en los calabozos, le realizó un registro personal en los términos de desnudo, sin disfrutar de dichos indicios racionales previos, y sin haberse dado tampoco las circunstancias requeridas para practicarlo, resultando absolutamente desproporcionada, por consiguiente, esa medida prospectiva, en atención a los fines perseguidos de los agentes.

En otro orden de cosas, podemos diferenciar la existencia de dos tipologías claramente diferenciadas en las prácticas de los semidesnudos. La primera de ellas es la concordancia directa que tiene con el derecho a la intimidad personal del interesado, en cuyo caso se deberán aplicar los mismos requisitos que cuando se practica un cacheo; como por ejemplo son los casos en que se despoja de un calcetín, se sube una camiseta con el objetivo de visualizar la zona del ombligo, se quita una gorra, etc.

La segunda clase de estas indagaciones a la que nos referimos, tiene una diferenciación con la anterior, en cuanto que en estos casos quedaría coartado el derecho a la intimidad corporal del sometido; es decir, se encuadraría entre aquellas actuaciones policiales, llevadas a cabo sobre un sujeto, que impliquen la prospección de sus zonas más íntimas o que incidan en su privacidad o pudor.

²³⁹ La SAP de Madrid 359/2013, de 22 de abril, los agentes que habían detenido a una persona, por delito contra el orden socioeconómico, les ordenó que se bajaran los pantalones, accediendo éste, recuperando unas bolsitas de joyas que llevaba ocultas. El Tribunal aduce que dicho cacheo está plenamente justificado por la naturaleza del delito y por los indicios expuestos.

De este modo, no es absolutamente baladí considerar que estas actuaciones, que implican una afectación del derecho corporal, están envueltas en unos criterios bastantes subjetivos, pues como indica el TS, “desde la perspectiva expuesta, el derecho a la intimidad corporal aparece constitucionalmente protegido frente a injerencias realizadas contra la voluntad de su titular que constituye según un sano criterio violación del pudor o recato de la persona, criterios circunstanciales y subjetivos”²⁴⁰.

Opinamos, por tanto, y dada la jurisprudencia aducida a tal efecto, que la intención del legislador, con respecto a este precepto de la LOPSC, es más bien la de proteger a los sometidos frente a aquellas acciones policiales en las que se les obligue a despojarse del vestuario, con el objetivo de dejar a la vista partes del cuerpo, y, lo cual les supusiese un menoscabo en sus respectivas concepciones del pudor o recato. Igualmente consideramos acertada que, dada la subjetividad del pudor²⁴¹ de cada persona, la Ley incluya en la redacción del apartado 20.b) del artículo 20 del siguiente predicado: “dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa”²⁴².

Por último cabe considerar que, aun encontrando su amparo legal en virtud de esta norma, el procedimiento del semidesnudo o desnudo parcial, no debe efectuarse de una forma rutinaria, debiendo limitándose, y muy especialmente a supuestos de especial gravedad o relevancia, que siempre tendrá que estar debidamente justificada²⁴³, en atención a la rapidez o inmediatez con que se realice la intervención²⁴⁴, y siempre, en todos los casos, sobre la base de los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad.

²⁴⁰ STS 1393/2002, de 24 de julio (FDU).

²⁴¹ En el mismo sentido se refiere LOMBARDERO EXPÓSITO, L.M., “Conflicto entre...”, op. cit., 2012, pág. 14, cuando arguye que el derecho a la intimidad corporal está muy relacionada al sentimiento de pudor de la persona.

²⁴² Artículo 20.2.b.

²⁴³ En similar sentido se expresa el Instituto Valenciano de Seguridad Pública y Emergencias, “El nuevo...”, op. cit., 2015, pág. 16.

²⁴⁴ La STS 92/2004, de 30 de enero (FJ4º) a tal efecto arguye: “se hizo con toda rapidez, para evitar que el acusado se desprendiese de la droga y malograra la prueba que pretendían obtener. El cacheo fue una medida proporcionada y ponderada no vejatoria para intervenir la droga (en el interior de los calzoncillos) sin constituir ninguna invasión corporal, criterio de la combatida que puede asumirse a la luz de la doctrina expuesta”.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional deberá emitir próximamente un veredicto sobre la constitucionalidad o no del mencionado artículo, puesto que los partidos políticos de la oposición, registraron en su momento, un recurso de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la LOPSC, del 21 de mayo del 2015, entre los que se halla el artículo 20.2, al entender que su redacción vulnera el texto constitucional del artículo 18, íntimamente ligado también a los derechos reconocidos en los artículos 10.1 y 15 de la CE. Por su parte, MAQUEDA ABREU²⁴⁵, duda mucho sobre la constitucionalidad del artículo 18 de la nueva LOPSC, puesto que no pondera la realización de los registros y comprobaciones en lugares públicos con los requisitos de idoneidad, proporcionalidad y urgencia, para el mantenimiento del orden y de la seguridad ciudadana.

VII.1.5. Registro bucal.

El registro bucal constituye una situación excepcional ante la que las FCS pueden encontrarse en el ejercicio de sus funciones, ya que se trata de una táctica empleada frecuentemente por muchos traficantes de droga²⁴⁶, en el transcurso de la diligencia del cacheo, con la finalidad de ocultar la prueba del delito por medio de la cavidad bucal.

Antes de determinar la legitimidad de dicha actuación, es preciso reconocer que dicha modalidad la incluiríamos en las denominadas “inspecciones y registros corporales”, que aunque no inciden en las partes íntimas del cuerpo, como si sucede en el caso del registro anal o vaginal, si lo hacen sobre la privacidad de la persona sometida.

Incluso la jurisprudencia ha definido el registro bucal como un vulgar cacheo²⁴⁷; y, por ello, entendemos esta práctica como un registro corporal que

²⁴⁵ MAQUEDA ABREU, M.L., “La Criminalización...”, op. cit., 2015, pág. 45, aportando además que no es un requisito para realizar dicha práctica por meras sospechas.

²⁴⁶ En la SAP de Barcelona 41/2013, de 10 de mayo, los funcionarios públicos observan cómo una persona realizaba una transacción de droga, extrayendo de la boca una bola de color verde, conteniendo al parecer droga. Así como también vieron al receptor de la supuesta droga, en la misma transacción, una vez comprada la ilícita mercancía, guardársela en su cavidad bucal. SAP de Barcelona 1099/2010, de 17 de diciembre.

²⁴⁷ Así lo entiende la STS 15 de Abril de 1993 (FJ2º), en la que se relata que, en el transcurso de la vigilancia mediante vehículo camuflado por parte del CNP, los agentes observaron a

podiera afectar al art.18.1 de la CE, estando exento de afectación el derecho a la integridad física.

Dentro del registro bucal existen modalidades que pudieran considerarse excepcionales, por la forma o los medios empleados en dicho registro; o en el caso de haber o no consentimiento del interesado; o que las sustancias o cosas fueran extraídas de forma voluntaria²⁴⁸, por las órdenes dictadas de los funcionarios policiales. Como ejemplo de ello, la STS 892/2003, ante la sospecha fehaciente que agentes de la Ertzaintza tenían sobre un individuo que se había escondido en la boca diversas bolsas que poseían sustancias estupefacientes, el Tribunal considera legítima la actuación de los mismos, consistente en agarrar del cuello fuertemente para que no se los tragara, y expulsara finalmente la droga.

Dicha intervención fue calificada por el TS como inspección corporal en tanto que no infringió el pudor o el recato de la persona, justificando en el

un individuo en el interior de otro vehículo, sobre quien tenían sospechas fehacientes de que se dedicaba al tráfico de drogas. Cuando le invitaron a bajarse del automóvil para verificar su identidad, aquél se resistió, y los funcionarios policiales observaron cómo éste se introducía cinco envoltorios de droga en la boca, los cuales expulsó finalmente durante el forcejeo que había mantenido con ellos. Pues bien, el Tribunal consideró legítima la actuación policial.

Igualmente así lo considera la STS 2625/2006, de 11 de diciembre (FJ3º), respecto a un caso similar al anterior, y mediante la cual sostuvo el Tribunal que dicha actividad se hallaba dentro de las “inspecciones y registros corporales”. Además, justificó la actuación policial, aduciendo que era aconsejable esta práctica para la propia seguridad e integridad física del inculcado, puesto “que de haber ingerido la sustancia que tenía en la cavidad bucal (dos envoltorios termosellados de heroína) habría sufrido, sin duda, una intoxicación”.

²⁴⁸ La STS 882/2012, de 14 de noviembre, ampara jurídicamente a miembros del CNP que realizaron un registro bucal y un cacheo, a una persona que se encontraba entre dos vehículos, quien tiró la droga al suelo cuando iba a ser interceptado. El encartado se agachó durante un tiempo lo suficientemente considerable para estimar que pudo habérsela escondido en la boca. El Tribunal acepta el registro, porque en la exposición de los hechos fácticos, aduce, que hubo consentimiento por parte del sometido, es decir, se realizó sin fuerza. Por tanto, estima el Supremo que no fue vejatorio (avala además porque no se registró la ropa interior), ya que el cacheo (refiriéndose al registro bucal y cacheo) “se concretó a los justos límites necesarios para el fin perseguido, siendo por otra parte esta actividad policial idónea para el descubrimiento del delito de que se sospechaba” (FJ1º). De igual modo en la SAP de Madrid 584/2008, de 18 de diciembre, los agentes actuantes solicitaron al inculcado que se identificara y que mostrara la cavidad bucal, extrayendo éste de forma voluntaria tres envoltorios que contenían droga.

fundamento jurídico segundo las finalidades legítimas que tenían los agentes de “impedir la desaparición del objeto de un presunto delito (...) impedir la producción de daños mayores en la persona del detenido”²⁴⁹.

En el presente caso consideramos que el hecho de coger fuertemente del cuello para no tragarse la droga, estaría justificado por la urgencia de salvaguardar un bien jurídico superior que el mal causado, referido a la integridad física y vida del requerido.

Por consiguiente y bajo nuestro punto de vista, dicha intervención contendría una mínima intervención corporal que de forma leve pudiera afectar a la integridad física o salud del sometido, puesto que utilizan la opresión del cuello para que expulse la droga, y que, sin duda, una actividad de similar índole que no estuviere justificada podría afectar al artículo 15 de la Constitución Española, como trato degradante. Así lo expresa ANADÓN JIMÉNEZ argumentando, además, que la cavidad natural como es la boca, “no se verá afectado el derecho a la intimidad”²⁵⁰, y CANOSA USERA, considera que la práctica de someter a una persona a un registro bucal, si bien no afecta a la integridad física, si podría afectar a la integridad moral, si alcanzase la categoría de trato inhumano y degradante²⁵¹.

Por todo lo expuesto, y en alusión al tema que tratamos, es entendible que la introducción de objetos o sustancias estupefacientes en el cuerpo humano, es peligrosa para salud del sometido al cacheo, y por tanto reviste de una urgencia que legitima la actuación de la policía sin autorización judicial.

Para aquellos supuestos excepcionales donde se negare a expulsar dichos objetos sin mediar urgencia, se debería realizar así con todas las garantías oportunas, mediante un facultativo, comunicando dicha intervención inmediatamente al juez por la intensidad de la intervención que, aunque no afecte a zonas íntimas del cuerpo, no deja de ser una actividad más intensa que una simple palpación superficial del afectado, que podrá afectar a la intimidad de la persona y en otros supuestos incluso a la integridad física y moral.

²⁴⁹ La STS 892/2003, de 17 de junio, FJ1º.

²⁵⁰ ANADÓN JIMÉNEZ, M.L., “La recogida...”, op. cit., 1999, pág. 16. Afirma este autor que por dicha práctica podría verse afectado el art.15 de la CE como un trato degradante.

²⁵¹ CANOSA USERA, R., “El derecho...”, op. cit., 2006, pág. 122.

VII.1.6. El Derecho al olvido.

La era de la globalización digital que se está produciendo en nuestros tiempos, está influyendo de forma palpable en la vida de las personas de todo el mundo. Resulta inquietante saber que la inclusión en Internet de cualquier dato relevante de una persona (ya sean imágenes, vídeos, publicaciones en revistas, datos personales en redes sociales o en distintas webs, etc.), es público y está expuesto a la vista y conocimiento de cualquier persona para siempre, ya que puede hacerse un uso particular a través de un motor de búsqueda al navegar por internet²⁵².

El derecho al olvido, nace a raíz de la controversia suscitada por la ciudadanía, habida cuenta de la dificultad añadida en cuanto a la ínfima posibilidad de que disponen las personas para poder eliminar, de los medios digitales, sus datos relevantes de información personal. Esta vicisitud, puede llegar a generar un incremento de riesgos, o interferencias, en el desarrollo de las tecnologías, afectando incluso, ya no sólo a las libertades e intereses legítimos de los interesados²⁵³, sino también a la esfera de la protección de la intimidad²⁵⁴.

El referido derecho, fue un concepto adoptado por la jurisprudencia francesa, apoyado por la sentencia de la “Cour de cassation”²⁵⁵. Sin embargo, la jurisprudencia española, se ha referido a él como un “derecho a vivir en paz” o un derecho “en tranquilidad”²⁵⁶, en aras de conseguir una protección de los datos

²⁵² ACEDO PENCO, A., “Introducción al derecho privado”, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 147 y 148. Además el presente autor está de acuerdo que debe limitarse el tiempo de permanencia de ciertos datos personales en internet.

²⁵³ DE TERWANGNE, C., “Privacidad en internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, Revista de Internet, Derecho y Política, nº 13, Ed. UOC, Barcelona, 2012, pág. 64.

²⁵⁴ En el mismo sentido, MINERO ALEJANDRE, G., “A vueltas con el derecho al olvido. Construcción normativa y jurisprudencia del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital”, Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pág. 130. Sin embargo DE TERWANGNE, C., “Privacidad en internet...”, op. cit., 2012, pág. 55 arguye en este sentido que, no debe estar vinculado la idea de la intimidad, al propio planteamiento clásico de la privacidad.

²⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Montpellier Ordonnance de référé Du 28/10/2010.

²⁵⁶ Véase la STS 928/2011, de 12 de diciembre (antecedente 4º), ya que establece dichos aspectos. ACEDO PENCO, A., “Introducción al...”, op. cit., 2013, pág. 147, reconoce que el

que afectan a la privacidad de los usuarios de la cada vez más extendida vida virtual que actualmente se está viviendo gracias a Internet.

Defiende DE TERWANGNE, que el llamado “principio de finalidad” concerniente al régimen de protección de datos digitales, tiene relación con el derecho al olvido, ya que éste se deriva directamente de aquel principio. La Directiva 95/46/CE del parlamento europeo²⁵⁷, en relación a la protección de datos de las personas físicas, resalta, en uno de sus preceptos (art. 6.1.e), el significado del principio de finalidad, de modo que insta a los Estados miembros para que conserven los datos personales de las personas, durante un periodo que no sea superior al necesario para conseguir los fines por los cuales fueron recogidos.

Por ello, entendemos, al igual que nuestro autor, que el precepto aludido de la Directiva es vinculante, de modo que el interesado no debería hacer absolutamente nada, ni siquiera solicitar la cancelación de sus datos, habida cuenta de que el responsable del tratamiento es quien ostenta la responsabilidad de asegurar que los datos personales se borren una vez cumplidos los propósitos, o el fin deseado por el interesado; significando, además, que los responsables que poseen esa información deben tener prohibido usar nuevamente los datos en el futuro²⁵⁸.

VII.1.6.1. Configuración normativa europea del derecho al olvido.

Las normas supranacionales pertenecientes a la Unión Europea, desde mediados de los años 80, tuvieron la ocasión de regular aspectos relevantes sobre el derecho al olvido. El propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea del 12 de junio de 1985²⁵⁹, especifica en el artículo 16, una sólida base jurídica que, con el transcurso de los años, ayudará a adaptar dicho precepto a las normas relativas sobre la protección de datos personales actuales.

derecho al olvido, está asemejado al derecho que tiene cualquier persona a que le dejen en paz.

²⁵⁷ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación.

²⁵⁸ DE TERWANGNE, C., “Privacidad en internet...”, op. cit., 2012, pp. 58 y 59.

²⁵⁹ Versión consolidada de 26 de octubre de 2012, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea C-326/47.

Ulteriormente, y en un mismo sentido que conducía el Tratado, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C364/01), reguló mediante los artículos 7 y 8, tanto la importancia que, para la sociedad europea, tenía garantizar el respeto a la vida privada, como también, expresamente, el aludido derecho en cuanto a la protección de los datos personales se refiere²⁶⁰.

Pues bien, la regulación de todos estos derechos fueron refundidos en la actual Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo, en sus artículos 6, 7, 12, 14 y 28²⁶¹, donde se regula, de forma más detallada, la protección de la privacidad de las personas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a su libre circulación en la red virtual. El interés suscitado por la Directiva en configurar legalmente el derecho a ser olvidado ha dejado, sin embargo, vacíos legales, como consecuencia del dinamismo informático tan ascendente que existe en nuestros tiempos. En este sentido, y refiriéndose a la Directiva 95/46/CE, afirma, DE TERWANGNE, que “hay que tener en cuenta que este régimen europeo no es, sin embargo, una respuesta global a las cuestiones planteadas en el universo de internet”²⁶².

Con el objetivo de atajar todas aquellas disposiciones endeble e incoherentes que suscita la Directiva del siglo pasado, en cuanto al problema práctico concerniente a la aplicación de las normas debido al avance de las nuevas tecnologías²⁶³, la Comisión Europea, en el año 2012²⁶⁴, por medio del denominado

²⁶⁰ Los dos artículos reseñados de la Carta de los Derechos Humanos, son utilizados por la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, para justificar el derecho al olvido. Esta afirmación es recogida por la SAN nº recurso 725/2010, de 29 de diciembre de 2014 (FJ5º).

²⁶¹ MINERO ALEJANDRE, G., “A vueltas...”, op. cit., 2014, pág. 131. Las disposiciones que contiene la Directiva, están especialmente atribuidas, para salvaguardar la “protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales” (art. 1).

²⁶² DE TERWANGNE, C., “Privacidad en internet...”, op. cit., 2012, pág. 58.

²⁶³ MINERO ALEJANDRE, G., “A vueltas...”, op. cit., 2014, pág. 133.

²⁶⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones de 25 de enero de 2012. “La protección de la privacidad de un mundo interconectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI”, COM (2012) 9 final.

Grupo de Trabajo del art. 29²⁶⁵, ha tenido la iniciativa de crear un nuevo marco jurídico europeo para la protección de los datos personales que comprenda un Reglamento a adoptar por todos los Estados miembros de la Unión Europea, y que significaría la derogación de la actual Directiva 95/46/CE²⁶⁶.

Para reforzar los derechos de los ciudadanos en cuanto a la protección de sus datos personales, la Comisión propone, en su disposición segunda, algunos aspectos de interés, resaltando los más importantes a continuación:

- Asegurar cuando sea preciso, el consentimiento por parte del interesado; otorgado de una forma explícita, mediante una declaración.
- Reforzar el derecho a la información, especialmente cuando afecten a las actividades de los niños.
- Dotar a los usuarios de internet a un derecho efectivo al olvido.
- Reforzar la independencia y las competencias de las autoridades nacionales en materia de protección de datos.
- Fomentar el uso de tecnologías que protejan la privacidad, y el respeto a la privacidad de las personas, etc.

VII.1.6.2. La consolidación del derecho al olvido; STJUE (caso Google Spain).

El pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), en el año 2014²⁶⁷, referido al caso de Google Spain, supuso la consolidación final del derecho al olvido. Como consecuencia de ello, se generó

²⁶⁵ Este Grupo de trabajo se creó en el año 1996 en concordancia con el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, cuyo carácter es consultivo e independiente, y está compuesto por un representante de la autoridad de control de cada Estado miembro, un representante de la autoridad creada por las instituciones y organismos comunitarios, y por un representante de la Comisión.

²⁶⁶ La Comisión europea apunta en su disposición segunda que la Directiva actual, que no está lo suficientemente armonizada entre los diferentes Estados miembros, identificando, incluso, las deficiencias en cuanto a las facultades de las autoridades nacionales de protección de datos, que les impide, incluso, asegurar una aplicación congruente y efectiva de las normas.

²⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12).

una repercusión considerable, no sólo en la sociedad española y europea, sino también a nivel mundial²⁶⁸.

La STJUE, resuelve una cuestión planteada por un Auto de la AN en el año 2012²⁶⁹, relativa a un asunto sobre el derecho al olvido, cuyo remitente pretendía que se borraran todos los resultados que el motor de búsqueda de internet proporcionaba al introducir su nombre en Google España²⁷⁰.

Los hechos fácticos, comenzaron a ocurrir en el año 1998, donde el periódico "La Vanguardia", publicó, en su edición impresa, dos anuncios relativos a una subasta de unos inmuebles procedentes de un embargo que estaban derivados de unas deudas con la Seguridad Social.

El perjudicado, "Mario Costeja González", se puso en contacto con la editorial para que cancelara los datos de su nombre, puesto que al introducirlos en el motor de búsqueda de Google, aparecía toda la información relevante a su persona. Después de que Google Spain rechazara las medidas que solicitaba el interesado, en el año 2010 éste presentó nuevamente una reclamación. Esta vez la dirigió a la Agencia Española de Protección de Datos²⁷¹ contra "La Vanguardia" y contra Google Spain y Google inc., solicitando nuevamente la cancelación de sus datos en el buscador.

El director de la AEPD aceptó la queja formal, lo que supuso que dicho Ente Público interpusiera un recurso ante la AN²⁷². El alto Tribunal español respondió

²⁶⁸ SILVA DE LA PUERTA, M., "El derecho al olvido como aportación española y el papel de la abogacía del Estado", Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez), nº 38, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pág. 7. Además también se pronuncia CORTÉS FERNÁNDEZ, B., "El Tribunal europeo respaldada el derecho al olvido", Boletín mercantil, nº 17, Ed. CMS Albiñana & Suárez de Lezo, 2014, pág. 40, aseverando que el fallo del TJUE ha generado numerosos titulares en todo el mundo.

²⁶⁹ AAN nº recurso 725/2010, de 27 de febrero de 2012.

²⁷⁰ VILASAU SOLANA, M., "El caso Google Spain: La afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido (análisis de la STJE de 13 de mayo de 2014)", Revista de Internet: Derecho y política, nº 18, Ed. UOC, Barcelona, 2014, pág. 16.

²⁷¹ ACEDO PENCO, A., "Introducción al...", op. cit., 2013, pág. 150 la define como un "Ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia en sus funciones".

²⁷² MINERO ALEJANDRE, G., "A vueltas...", op. cit., 2014, pp. 134 y ss.

que todo dependía de cómo se interpretara la Directiva 95/46/CE, de modo que elevó a la Gran Sala europea todos los hechos que habían acaecido al respecto, prescribiendo en su parte dispositiva que acordaba plantear al TJUE una cuestión prejudicial de interpretación de algunos artículos de la Directiva en cuestión.

En virtud de todo lo expuesto, el TJUE fue contundente al considerar entre otras cosas que²⁷³:

- La actividad de un motor de búsqueda consistente en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente, y ponerla a disposición de los internautas, debe calificarse como un “tratamiento de datos personales”.

- El motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, los vínculos a páginas web, publicados por terceros y que contengan información relativa a ésta.

- Se deberá de interpretar, en cada caso particular, si el interesado disfruta del derecho a que la información en cuestión relativa a su persona, ya no se mantenga en la situación actual.

Coincidimos con la doctrina²⁷⁴ cuando señala que el TJUE apoya sin reservas el derecho al olvido en el ámbito digital. Así también como en el caso de

²⁷³ Reflejado en el punto 100 del TJUE. Este punto, es el más importante de toda la Sentencia, cuyo contenido refleja la difícil interpretación de los artículos de la Directiva que afectan al caso concreto. Únicamente reflejamos aquellas cuestiones que nos resulta de interés al objeto de estudio en el presente apartado. No obstante, podemos señalar, que en este punto nº 100, se encuentra también, la interpretación que realiza la Gran Sala en cuanto a la aplicación de la territorialidad, en cuyo caso, se ha pronunciado a favor del contenido que indica la Directiva (que afecte a los Estados miembros), extendiéndose además a los casos fuera de Europa, si la compañía que gestiona el buscador, es miembro de una sucursal o filial para la comercialización de espacios publicitarios.

²⁷⁴ ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C., “Sentencia google Spain y derecho al olvido”, Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez), nº 38, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pág. 114, y MINERO ALEJANDRE, G., “A vueltas...”, op. cit., 2014, pág. 129. También señalamos la memoria de la AEPD del 2014, ya que expresa que “la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014, ha contribuido decisivamente a mejorar la protección de datos en internet”. www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion_institucional/common/memorias/2014/Memoria_AEPD_2014.pdf (consultada el 19/11/2015).

CORTÉS FERNÁNDEZ, cuyos argumentos reconoce, después de analizar el fallo de la Gran Sala, que todo ciudadano tiene derecho a solicitar tanto a Google, como a otro buscador, a que se borren o supriman los datos o vínculos de información que han dejado de tener relevancia para el interesado, y que consecuentemente puedan ser perjudiciales para su privacidad o intimidad²⁷⁵.

Como resultado del pronunciamiento de la Gran Sala, la empresa integral de Google, reaccionó de forma inmediata, poniendo a disposición de los usuarios que utilizan su motor de búsqueda digital, un primer formulario que permita solicitar la eliminación de los resultados, en amparo del denominado derecho al olvido²⁷⁶.

En el contexto nacional referido al control de nuestros datos que ofrece el derecho al olvido, no es más que la mejora preceptiva de los derechos de oposición y cancelación de los datos digitales regulados en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y del Reglamento²⁷⁷ que lo desarrolla.

La repercusión en España, a raíz de la decisión del TJEU, se ha hecho notar, dado que la AEPD, en la memoria anual presentada en el año 2014, reflejó el número de reclamaciones que los interesados habían realizado ante la Agencia. “Así, de las 210 presentadas frente a buscadores en 2014, el 83,33% de ellas (175) fueron presentadas con posterioridad al 1 de junio de 2014”²⁷⁸.

No sólo ha significado un cambio de rumbo en la aplicación del derecho al olvido para este Ente público, sino también en los nuevos fallos emitidos por la jurisprudencia española²⁷⁹. La Sentencia pionera en nuestro país que dictaminó una resolución en defensa del derecho al olvido, fue la SAP 364/2014 de Barcelona, de 17 de julio, en la que se condenaba a Google a indemnizar con ocho

²⁷⁵ Como así lo indica CORTÉS FERNÁNDEZ, B., “El Tribunal...”, op. cit., 2014, pág. 40.

²⁷⁶ ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C., “Sentencia google...”, op. cit., 2014, pág. 117.

²⁷⁷ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPDCP.

²⁷⁸ www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion_institucional/common/memorias/2014/Memoria_AEPD_2014.pdf (consultada el 19/11/2015).

²⁷⁹ STS 553/2015, de 6 de octubre, donde reconoce la interpretación del TJUE en el derecho al olvido (FJ3º), La SAN nº recurso 725/2010, de 29 de diciembre del 2014 o la SAN 187/2015, de 14 de abril.

mil euros a un afectado por la evidente vulneración en la protección de sus datos personales, ya que se negó la empresa de búsqueda digital a retirar los resultados de un indulto del recurrente.

Por último, es preciso señalar, que incluso hay sentencias del TS, que se han atrevido a denominarlo como derecho al “olvido digital”. En sus argumentos, se señala que pese a “que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos”²⁸⁰.

VII.1.6.3. El derecho al olvido en el cacheo policial.

Principalmente fundamentamos la realización de este estudio paralelo en el número significativo de noticias y programas televisivos²⁸¹, en los que se observan a los profesionales de las FCS cachear a sujetos anónimos, en el marco de sus labores propias de indagación y prevención del delito.

Una vez realizado el estudio del proceso de consolidación del novedoso derecho al olvido y sus límites de actuación, así como la repercusión social que está suscitando dentro de la sociedad, nos parece de vital trascendencia trasladar su aplicación práctica, respecto a garantizar el derecho a la privacidad de los datos personales en los medios digitales, al ámbito del cacheo.

Tengamos así también en cuenta que mediante el artículo 18 de la CE²⁸², en su apartado 1, se insta a los poderes públicos para que se vele por el derecho al

²⁸⁰ STS 545/2015, de 15 de octubre (FJ5º).

²⁸¹ Como ejemplo de ello, nombramos el programa de televisión “Fronteras”, de televisión pública española (tve1), “Policías en Acción” de la cadena televisiva “la sexta”, “Callejeros”, programa televisivo del canal “cuatro”, “Alerta Andalucía”, del canal sur o “24 horas en la calle” de rtve. Incluso en otros países, como Chile, en el programa “Alerta Máxima” de la televisión pública chilena.

²⁸² El artículo 18 de la CE expresa en su apartado primero que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”; y en su apartado cuarto que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de las personas; señalando en su apartado 4, que la Ley limitará el uso de la informática para garantizar estos derechos, así como el pleno ejercicio de los mismos.

Estos preceptos constitucionales se han desarrollado normativamente en el marco de la Ley Orgánica 1 / 1982, de 5 mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en cuyo artículo 7, se expresa que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de esta Ley, entre otras cosas, la divulgación de los hechos relativos a la vida de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre²⁸³, así como la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos²⁸⁴.

Por su parte, cuando se está grabando cualquier intervención con motivo de estos programas, es preciso considerar que no ha existido autorización expresa, por parte de las personas intervenidas, para la exhibición de las imágenes audiovisuales vía televisión, o internet, toda vez que, entre otras cosas, la captación de estas imágenes se realiza en el mismo momento en que se lleva a cabo la intervención policial.

Si además consideramos, que la gran mayoría de estos programas televisivos quedan de por vida almacenados en plataformas digitales de internet, como es el caso de la plataforma "youtube", y a las que cualquier persona puede acceder con el fin de visualizar las imágenes audiovisuales allí contenidas cuantas veces crea oportuno, nos enfrentaremos ante un dilema cuya solución ha sido aportada, en nuestra opinión, por el mencionado derecho al olvido.

Una vez expuesto todo lo anterior, y volviendo al tema que nos ocupa, ya hemos señalado que el cacheo policial puede vulnerar el derecho a la intimidad de las personas cuando éste no se realice bajo los requisitos legales dirimidos con anterioridad. Por consiguiente, estamos en disposición de deducir que si a ello sumamos el hecho de exponer al público, imágenes o vídeos relacionados con la práctica de los cacheos efectuados por parte de las FCS en los medios digitales de internet, el nivel de afectación de los derechos de los sometidos aumentará

²⁸³ Artículo 7, apartado 3, de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo.

²⁸⁴ Artículo 7, apartado 5, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

considerablemente, ya que la permanente exposición de estas reproducciones digitales, puede generar que cualquier internauta al visualizar sus rostros, pudiera reconocer a las personas sometidas, por lo que superaría con creces la afectación en sus derechos, ya no sólo el de la intimidad personal del sometido, sino también a los derechos referidos a su privacidad, al honor, y a la propia imagen.

Recordemos que el cacheo policial se debe practicar salvaguardando la intimidad y la dignidad de las personas —atendiendo a las circunstancias concurrentes—, respetando, asimismo, los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad. De tal modo que se intentará realizar de la forma que menos perjudique a la privacidad de los sujetos, realizándose en lugares reservados y fuera de la vista de los viandantes²⁸⁵.

Por todo ello, con motivo de la práctica del cacheo, colegimos que existe un punto de inflexión manifiesta, atendido el conflicto dicotómico del derecho a la libertad de expresión de los medios de comunicación, y del derecho a la privacidad y a la intimidad personal de las personas.

No ha habido ninguna demanda prejudicial en este sentido hasta el momento. Entendemos que se puede tratar porque el derecho al olvido es un asunto muy novedoso y a su vez desconocido, o bien, debido a la indiferencia o a la ignorancia de los perjudicados al respecto.

No obstante, en aras de evitar una resolución judicial de cualquier demanda o queja, podemos aducir que la solución de esta pugna, nos la proporcionaría el novedoso derecho al olvido, si atendemos a su expansiva aplicación. En este sentido, consideramos que los requisitos ofrecidos por la Sentencia del TJUE, resolvería un problema aparente de colisión de derechos.

La interpretación de la citada Directiva en la sentencia Google Spain, nos proporciona una información sólida, de modo que interpretando sus conclusiones, nos servirá para extender su aplicación sobre el asunto que nos atañe. A este respecto destacamos los siguientes puntos:

²⁸⁵ Estos requisitos, están prescritos en el artículo 20.2.b) referidos a los cacheos que requieran dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, no obstante, y como bien hemos señalado en apartados anteriores, la jurisprudencia aduce que se debe extremar la protección de la intimidad de las personas.

En primer lugar, si atendemos a que la información publicada o puesta en internet de forma automática, así como almacenarla temporalmente y ponerla a disposición de los internautas debe calificarse como un “tratamiento de datos personales”²⁸⁶, concluiremos, entonces, que aquellas reproducciones de vídeos, en las que se visualiza el rostro de una persona que es cacheada por las FCS, tendrán la misma consideración de tratamiento.

En segundo lugar, si consideramos que el gestor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda a partir del nombre de una persona, los vínculos a páginas webs, etc; podemos dirimir, que los programas televisivos, que emiten estas intervenciones, están compelidas a no difundir o a eliminar las reproducciones digitales que afecten a terceros²⁸⁷.

Por último, y como conclusión, otra de las soluciones que sugerimos al respecto, estaría dirigida a la obligación por parte de los responsables de la emisión y producción de estos programas a difuminar los rostros de las personas intervenidas, en cuanto que hemos de recordar que de lo que se trata es el hecho de garantizar el derecho a la intimidad personal, al honor y a la propia imagen de las personas cacheadas tal y como bien aporta el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia.

VII.2. EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.

La libertad de toda persona constituye un valor superior que conforma un derecho fundamental y que no puede ser restringido si no es por una Ley

²⁸⁶ Referente al punto 100 de la sentencia del TJUE, en la interpretación del artículo 6 de la Directiva 95/46/CE.

²⁸⁷ Expongamos el caso hipotético de un viandante, casado y con hijos, y gerente de una empresa conocida, que, al pasar por un suburbio muy conocido y frecuentado por aquellas personas que compran drogas o estupefacientes, fuese identificado y cacheado por miembros de las FCS, en presencia de las cámaras de un programa de televisión. Es evidente que su imagen, una vez se emita el programa en cuestión, se verá dañada en cuanto que será inevitable que algunos televidentes vinculen el cacheo al que se vio sometido aquel viandante, con que éste, o bien portaba consigo alguna sustancia prohibida, o bien el mismo se había dirigido hasta aquella zona con la intención de adquirir drogas para su autoconsumo.

Orgánica que así lo indique. El Tribunal Constitucional²⁸⁸ ha definido este derecho como “el derecho a la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitrariamente o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones”²⁸⁹.

El derecho a la libertad está consagrado en el artículo 17.1 de la CE, muy relacionado con el derecho a circular por el territorio nacional²⁹⁰, la residencia y a salir y entrar libremente por España en los términos que la Ley establezca, configurándose en una sociedad democrática un valor superior del ordenamiento jurídico, pero que puede ceder ante supuestos legales, porque no se considera un valor absoluto²⁹¹. Además en el ámbito internacional también lo reconoce el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 en su artículo quinto²⁹².

²⁸⁸ La STC 120/1990, de 27 de junio (FJ11^º), señala jurisprudencia respecto al derecho de la libertad, para aducir que es un valor superior del ordenamiento jurídico, inmersa en una proyección de la libertad humana. En estos términos también se ha pronunciado DUART ALBIOL, J.J., “Inspecciones; registros...”, op. cit., 2014, pág. 230.

²⁸⁹ STC 15/1986, de 31 de enero, FJ2^º, y ratificadas por sentencias ulteriores, a modo de ejemplo señalamos la STSJ de Castilla y León 421/2011, de 21 de octubre (FJ2^º).

²⁹⁰ Según BANACLACHE PALAU, J., “La libertad...”, op. cit., 1996, pág. 50, subraya que el derecho a la libre circulación tiene dos dimensiones; una referente a la posibilidad de desplazamiento de las personas en el propio país sin más impedimentos que los aportados por la naturaleza. El segundo es externo, ya que se refiere a la entrada y salida del propio país. Alude dicho autor que este derecho pretende proteger la proyección espacial de la persona.

²⁹¹ Tanto la jurisprudencia como la doctrina han defendido dicho aspecto. Ejemplo de ello es la STS 23 de febrero de 1994, FJ Único.

En cuanto a la doctrina autores como BANACLACHE PALAU, J., “La libertad...”, op. cit., 1996, pág. 56, defiende la posibilidad de que la libertad personal no es absoluta y que puede ceder ante un interés superior.

²⁹² Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma 4 de Noviembre de 1950 establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley (nombramos los apartados más relevantes para el tema que tratamos): a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c) Si ha sido detenido y

No es menos cierto que, en el sometimiento de un sujeto a una intervención corporal más agresiva en la afectación de derechos con respecto al cacheo (como puede ser la obtención de una muestra de ADN), su procedimiento puede exigir la detención para su ulterior traslado al Centro especializado a efectos de tomar la muestra biológica, aunque se limite ésta en una detención preventiva²⁹³.

El problema que nos plantea el cacheo respecto de este derecho fundamental, es el concerniente a la determinación del tiempo permitido para su práctica, ya que, si bien comporta una restricción de la libertad del sometido a la misma, su duración no puede establecerse de antemano, puesto que el tiempo necesario para la realización efectiva de dicha práctica indagatoria dependerá de cada caso concreto.

La práctica del cacheo no podemos considerarlo una detención²⁹⁴. La LECR bajo la rúbrica “la detención” del art. 489 al 501, regula cada uno de los supuestos en los que un particular o un agente de la autoridad pueden practicar una detención, de forma que existe una privación de libertad²⁹⁵, inexistente en la praxis del cacheo.

privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido”.

²⁹³ En términos parecidos se expresa SOTO RODRÍQUEZ, M.L., “Las intervenciones...”, op. cit., 2014, pág. 14.

²⁹⁴ La SAP de Castellón, 273/2012, de 28 de mayo (FJ2º), expresa que “el cacheo no se vulnera el derecho a la libertad ni el derecho a circular libremente, porque constituye un sometimiento legítimo a las normas de policía si se cumple con las exigencias de racionalidad y proporcionalidad, y no constituye una detención, sino una mera retención o provisionalísima restricción de libertad que conllevan de modo necesario dichas normas de policía (véase la STC de 17 de junio de 1999)”. También lo indica la Instrucción 7/2015 de la Secretaría de Estado de Seguridad.

²⁹⁵ GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L. y AGORRETA RUIZ, D., “Prontuario de...”, op. cit., 2007, pág. 488, aduce que el cacheo tiene menos intensidad y brevedad temporal respecto a la detención.

La jurisprudencia también se ha pronunciado en este sentido, citamos la ATS 1474/2005 de 28 de junio (FJ Único), cuando expresa que la diligencia de cacheo, “no es propiamente una detención, sino una restricción de libertad de mínima entidad, tanto temporalmente como en atención a su intensidad”.

En concordancia con el cacheo, citamos los controles de alcoholemia, porque al igual que aquel, éstos requieren para su debida práctica, una inmovilización no demasiada prolongada en el tiempo de las personas, que son requeridas por las FCS para realizar las pruebas legalmente establecidas mediante etilómetro evidencial en aire inspirado.

En esta tesitura, junto al cacheo o las pruebas de alcoholemia, se encuentran las prácticas de identificaciones en la vía pública, o bien las exploraciones radiológicas. Afirma DUART ALBIOL²⁹⁶ que, estas figuras indagatorias conducen consecuentemente a plantearnos una situación intermedia entre la libertad y la detención.

La jurisprudencia se ha decantado por reconocer la legitimidad de la realización de las pruebas de alcoholemia, ya que al no constituir una detención en sentido estricto, no requieren el cumplimiento de las garantías constitucionales previstas para los supuestos de privación de libertad. El Tribunal Constitucional dictó una sentencia abordando dichos aspectos, sentencia que dio lugar al reconocimiento de una nueva figura o situación jurídica: la retención²⁹⁷.

Otra figura que tiene una gran similitud con el cacheo en la afectación de la libertad, es la referida a la identificación en la vía pública, porque cuando los agentes policiales en el ejercicio de sus funciones proceden a identificar a una persona, también tienen que inmovilizar momentáneamente al afectado mientras se realizan dichas comprobaciones de forma que “la identificación (...) constituye una escala inferior de la controvertida retención”²⁹⁸.

²⁹⁶ DUART ALBIOL, J.J., “Inspecciones; registros...”, op. cit., 2014, pág. 234.

²⁹⁷ Nos referimos a la STC 107/1985, de 7 de octubre (FJ3º), que en relación con la prueba de alcoholemia se pronunció en los siguientes términos “no se produjo en este caso vulneración alguna de los derechos del recurrente recogidos en el art. 17.3 CE con ocasión de la realización de las pruebas de alcoholemia llevadas posteriormente al proceso penal. La verificación misma de las pruebas –único aspecto a considerar aquí, por su incidencia ulterior en la condena penal– no configura el supuesto de detención contemplado en aquel precepto constitucional no ha de rodearse, por ello, de unas garantías”

²⁹⁸ Véase la STS 4 de febrero de 1994 (FJ3º). Además en la citada sentencia se deja constancia de que existe un serio y controvertido problema que enfrenta el derecho fundamental a la libertad y el derecho a la seguridad tanto en el cacheo como en la identificación, sin olvidar que hay que aplicar una proporcionalidad justa porque las FCS

Hasta la promulgación de la derogada LOPSC del año 1992, faltaba una base legal que amparara el cacheo e incluso la identificación que realizan las FCS en el ejercicio de sus funciones, de modo que dicha práctica únicamente tenía, cabida legal en el art. 11.1. f) y g) de la LOFCS²⁹⁹, así pues era lógico, por tanto, que los Tribunales asentaran doctrina sobre dicha figura con ocasión de los recursos de amparo presentados.

En el mismo año de la promulgación de la LO 1/1992 de la Protección de la Seguridad Ciudadana, dos providencias³⁰⁰ resultaron aclaratorias respecto a la práctica del cacheo, al mismo tiempo que versaban sobre la controvertida figura de la identificación en los siguientes términos: “el derecho a la libertad y a la libre deambulacion por el territorio español no se ven afectados por las diligencias de cacheo e identificación pues aunque éstas comporten inevitables molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano, o ciudadana, durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo a las normas de la Policía”³⁰¹.

tienen (FJ4º) “la misión de acudir allí donde se detecte la existencia de aquel” (refiriéndose al delito).

²⁹⁹ El artículo 11.1 f) establece que “Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: f) Prevenir la comisión de actos delictivos y g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente, y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes”.

³⁰⁰ La STS de 4 de febrero de 1994, cita en su fundamento jurídico cuarto a las providencias de 26 de noviembre de 1990 en recurso de amparo 2252/90 y la de 28 de enero de 1991 en recurso de amparo de 2260/91 y 2262/91, siendo una de tantas sentencias que avalan en sus fundamentos jurídicos que tanto el cacheo como la identificación no vulneran el derecho a la libertad personal.

Entre tantas sentencias que avalan dicho extremo está la STS 178/1996, de 01 de marzo, compartiendo que las diligencias de cacheo e identificación no suponen una vulneración a la libertad (FJ2º).

³⁰¹ CASAL HERNÁNDEZ, J.M., “Derecho a...”, op. cit., 1998, pág. 364 y ss, califica dichas providencias de desafortunadas por no incluir en las mismas una justificación racional que legitime el cacheo policial. Refiere además que con la emisión de las citadas providencias, la policía obtendrá más poder.

La doctrina, es divergente en cuanto a valorar y determinar jurídicamente el tiempo necesario que precisan las FCS para efectuar el cacheo en la vía pública, pero, sin embargo, la gran mayoría de sentencias coinciden en señalar que no llega a ser una detención en sentido estricto, reconociendo algunos autores como CASAL HERNÁNDEZ, que las indagaciones realizadas en la vía pública por las FCS suponen una inmovilización carente de relevancia ius fundamental, refiriendo además que “la práctica del cacheo o registro personal, aún en los supuestos por los que se agote en una simple inmovilización, cruza en principio el umbral de la privación de libertad”³⁰².

GARCÍA VILA, considera que con “la práctica del cacheo sí que se ve afectado el derecho a la libertad pero en una intensidad menor al que se produce en la detención”³⁰³; y, GARCÍA MORILLO, apunta que no es una privación de libertad porque “no está detenido, pero no goza, tampoco, de la libertad”³⁰⁴. Sin embargo, cuando expresa “que no goza de la libertad”, consideramos que no es cierto en toda su extensión. Si bien, podemos afirmar que está privado momentáneamente de movimiento deambulatorio en la vía pública, al tener que cumplir las normas del policía actuante que le hubiese identificado; no es menos cierto que no se halla en un lugar distinto al que él hubiera elegido, ni tampoco está detenido, pues, entre otras cosas, no ha sido objeto de una lectura de derechos como tal; y, por consiguiente, estimamos que no se le priva de la libertad en sentido estricto, sino de una forma muy leve o poca intensa.

Sin embargo, la jurisprudencia mantiene posiciones contradictorias acerca del tema que tratamos. La STC 178/1985, al estudiar el tipo de restricción que suponía el arresto del quebrado, señaló la inexistencia de zonas intermedias entre libertad y detención³⁰⁵. En una sentencia posterior el TC se manifiesta en términos similares con ocasión de una solicitud de habeas corpus³⁰⁶.

³⁰² CASAL HERNÁNDEZ, J.M., “Derecho a...”, op. cit., 1998, pág. 367.

³⁰³ GARCÍA VILA, M., “Los cacheos...”, op. cit., 2000, pág. 16.

³⁰⁴ GARCÍA MORILLO, J., “El derecho...”, op. cit., 1995, pág. 76. No obstante, este autor en dicho apartado no se refiere exclusivamente al cacheo, da por hecho que esta modalidad junto a las identificaciones está dentro de lo que él denomina “supuestos de privación o restricción de la libertad”.

³⁰⁵ Lo que ahora conocemos como localización permanente. STC 178/1985, de 19 de diciembre, FJ3º.

³⁰⁶ STC 98/1986, de 10 de Julio, FJ4º.

No obstante, la jurisprudencia ordinaria va a desmentir posteriormente lo que el TC había expresado; a modo de ejemplo citamos la SAP de Madrid 242/1999, que al establecer la distinción entre la detención y el cacheo, entiende que hay espacios intermedios entre las situaciones de libertad y la detención³⁰⁷.

Por otro lado, la jurisprudencia ha señalado que, así como se conocen diversas modalidades de privación de libertad tales como la detención y la detención preventiva, existen otras situaciones que si bien no alcanzan la condición de privación de libertad, constituyen una afectación importante de aquella. Tales son los casos de las inmovilizaciones relativas a la práctica del cacheo, que, a su vez, conocen las modalidades de restricción de libertad o de retención.

De este modo, el ATS 33/2007, al plantearse el tema de la legalidad del cacheo hace mención de los dos supuestos en los que se coarta de cierto modo la libertad mediante la práctica del mismo, y que, como también ocurre con las identificaciones y las pruebas de alcoholemia, denomina como “meras retenciones”, a las intervenciones policiales más intensas y graves, y como “restricciones de libertad” a las menos graves³⁰⁸.

VII.2.1. Restricciones de libertad.

Las restricciones de libertad son todas aquellas inmovilizaciones que supongan una privación de libertad con una intensidad leve³⁰⁹ o menos intensa

³⁰⁷ SAP de Madrid 242/1999, de 5 de junio, FJ1º.

³⁰⁸ ATS 33/2007, 11 de enero, FJ1.

³⁰⁹ Así lo entiende la STS 432/2001, 16 de marzo, refiriéndose al cacheo realizado por la Guardia Civil en la Estación Marítima de la ciudad de Ceuta a un sospechoso que llevaba oculto en la cintura una faja de droga, aduciendo, en el fundamento jurídico segundo, que el cacheo es “una restricción de la libertad de menor intensidad y de escasa duración de tiempo”.

Otras Sentencias, como por ejemplo la de la AP de Madrid 242/1999, de 5 de junio (FJ1º), definen al cacheo como un “efecto cuantitativamente reducido”, cuando lo diferencian de la detención. Incluso, señala que “implica una breve medida coactiva que afecta a la libertad deambulatoria”. Además BANACLOCHE PALAO, J., “La libertad...”, op. cit., 1996, pág. 56, en la definición de la restricción de libertad, entiende que son limitaciones de esa libertad, y que tienen un carácter leve o menos intenso. Sin embargo, la Instrucción 7/2015, con respecto a los supuestos en los que una persona se niegue a ser identificada, o

que la detención en sentido estricto “con el objeto de llevar a cabo determinadas averiguaciones vinculadas no a un posible proceso penal, sino a la función preventivo-policial y de mantenimiento de la seguridad ciudadana”³¹⁰.

En este sentido, y a la vista de dicha definición, son equiparables al cacheo policial en la vía pública, tanto la identificación de una persona³¹¹, como la prueba de alcoholemia y la exploración radiológica, en razón de que también son figuras que limitan la libertad deambulatoria.

Pero lo fundamental para considerar una restricción de libertad, son los datos relativos a la escasa duración temporal imprescindible para realizar las indagaciones pertinentes en la vía pública. La jurisprudencia se ha pronunciado de forma unánime sobre dicho aspecto.

Así la STS 432/2001, con ocasión de un cacheo realizado por la Guardia Civil, afirmó que esta acción constituía “una restricción de la libertad de menor intensidad [que la detención] de escasa duración de tiempo”³¹². De igual modo, la SAP de Madrid 48/2015, de 27 de abril, al referirse al cacheo durante una actuación policial, aduce que la misma “no equivale a una detención, porque no configura una privación de libertad, sino una breve medida coactiva de efecto cuantitativamente reducido; se trata de una mera restricción provisional de la libertad que comportan ciertas diligencias policiales no dirigidas contra la libertad ambulatoria”³¹³.

También la STS de 7 de Julio de 1995, refiere sobre el cacheo “que implica una breve medida coactiva que afecta la libertad ambulatoria, pero en este sentido se diferencia en forma esencial de la detención, pues, su efecto es

bien en el caso de que resulte necesario porque no sea posible su identificación por otro medio, incluidas la vía telemática o telefónica, y, por ende, se precise de un traslado a las dependencias más próximas, establece que se tratará de una restricción del derecho de libertad ambulatoria.

³¹⁰ En este sentido BANACLOCHE PALAO, J., “La libertad...”, op. cit., 1996, pág. 142.

³¹¹ GARCÍA MORILLO, J., “El derecho...”, op. cit., 1995, pág. 151, reconoce que esta modalidad de privación de libertad está muy asociada a las identificaciones policiales, denominándola como identificación-retención.

³¹² STS 432/2001, 16 de marzo, FJ2º.

³¹³ FJ1º. La sentencia aludida, reseña una abultada lista de sentencias del Tribunal Supremo que avalan dichos aspectos. En el mismo sentido también se expresa la SAP de Madrid 242/1999, de 5 de junio, FJ1º.

cuantitativamente reducido.”³¹⁴; y por último se expresa la STS 416/2012, de 7 de marzo (FJ1º), en el que arguye que “el cacheo acompañado de la identificación, constituye por lo general la primera y más frecuente medida de intervención policial que indudablemente implica una medida coactiva que afecta, de alguna forma, tanto a la libertad, como a la libre circulación, en tanto que, como la identificación misma, comporta inevitable, la inmovilización durante el tiempo imprescindible para su práctica”.

Sin embargo, existen sentencias que en vez de calificar el cacheo como una restricción de libertad, lo definen como una inmovilización. Entendemos que las dos figuras son similares, y tendrán un tratamiento jurídico similar siempre y cuando se considere que la afectación de la libertad haya sido de carácter leve en ambas figuras³¹⁵.

De todo lo expresado anteriormente concluimos que no habrá restricción de libertad cuando la duración del cacheo se extralimite sin causa justificada, o se prolongue demasiado en el tiempo por su complejidad, o tampoco si se produce un traslado a un lugar distinto del que se estuviera realizando las indagaciones pertinentes, dado que en estos supuestos la injerencia en la libertad no sería de carácter leve sino grave o muy intensa, razón por la cual ya no estaríamos en presencia de una mera restricción de la libertad, sino ante una retención.

De todos modos, debemos de no olvidar que el cacheo se deberá practicar “con moderación y con el máximo respeto de la persona cacheada y sólo cuando sea necesario y hasta donde lo sea en aras de tal finalidad de obtener los instrumentos y efectos de una actividad delictiva”³¹⁶.

Un ejemplo manifiesto y esclarecedor sobre la irregular justificación del ejercicio de los cacheos y demás registros que conlleven un uso prolongado del tiempo indebido, y a su vez, afligen el derecho fundamental de la libertad de las personas, lo encontramos en la STS 677/2009, de 16 de junio.

Refiere dicha sentencia en su relato fáctico de los hechos, que efectivos de la Guardia Civil hicieron el alto a un vehículo en la autovía con motivo de que su

³¹⁴ STS de 7 de Julio de 1995, FJ2º.

³¹⁵ La figura de inmovilización viene expresada entre otras, en la STS 178/1996, de 01 de marzo, FJ2º.

³¹⁶ STS 432/2001, de 16 de marzo, FJ2º.

velocidad era muy excesiva sin causa justificada, y que por tal motivo, les practicaron cacheos y registros a sus dos ocupantes y al vehículo en el que circulaban. Dado que los agentes no tenían ningún dato objetivo que hiciera que su sospecha no fuera arbitraria, así como que la duración de las indagaciones se alargó en más de una hora, estimó el Tribunal sancionar con dos delitos de detención ilegal a cada funcionario policial actuante, puesto que “obligaron a los denunciados a permanecer en un lugar determinado durante un tiempo aproximado y superior a una hora, sujetos al ejercicio aparente de la autoridad por parte de aquellos, de manera que les impedía abandonarlo para trasladarse a otro lugar, según su voluntad. Es claro que, aunque no fueron encerrado en lugar alguno, la imposición de la permanencia en un lugar determinado, contra su voluntad, implica una detención”³¹⁷.

VII.2.2. Retenciones en la vía pública.

Las retenciones realizadas por las FCS supondrán una medida temporal más gravosa e intensa que la referida restricción que acabamos de aludir en el apartado anterior. Así lo afirma GARCÍA MORILLO, cuando señala que la retención es distinta a la detención, y “va más allá que la mera inmovilización de la persona afectada”³¹⁸. O SUÁREZ LÓPEZ³¹⁹, cuando dilucida sobre la práctica de la identificaciones de las personas por parte de las FCS, ya que asevera que bajo los límites y las garantías de la libertad de la persona, existe una manifiesta diferenciación entre una identificación en la vía pública (inmovilización), con una identificación que requiera traslado a un Centro policial, ya que esta última, incide mucho más en la intensidad del derecho a la libertad de la persona.

Sin embargo para DURART ALBIOL, no realiza una distinción entre retención y restricción en el ámbito de la libertad personal, sino que utiliza únicamente el término de la retención para referirse a ciertas situaciones. Aduce dicho autor, que la retención está configurada como inevitables medidas utilizadas por las fuerzas de seguridad consistentes en inmovilizaciones

³¹⁷ FJ2º.

³¹⁸ GARCÍA MORILLO, J., “El derecho...”, op. cit., 1995, pág. 226.

³¹⁹ SUÁREZ LÓPEZ, J.M., “Propuesta alternativa...”, op. cit., 2011, pág. 342.

momentáneas de las personas, como ocurre tanto en los controles de alcoholemia, cacheos, exploraciones radiológicas o en las identificaciones³²⁰.

Consideramos por tanto, que dicha figura está muy ligada a los traslados que efectúan las FCS a las dependencias más próximas a efectos de identificación de cualquier persona³²¹ que sea requerida por los funcionarios policiales, y sobre la que haya serias dudas respecto a su identidad.

En la antigua LOPSC, la legitimidad del traslado estaba preceptuada en el art. 20.2, en los siguientes términos: “de no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario (...) los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible”³²².

Con la nueva LOPSC³²³, aun conservando gran parte del contenido que la anterior regulación en cuanto a su procedimiento³²⁴, amplía aspectos³²⁵, que

³²⁰ DUART ALBIOL, J.J., “Inspecciones; registros...”, op. cit., 2014, pág. 240.

³²¹ MAQUEDA ABREU, M.L., “La criminalización...”, op. cit., 2015, pág. 44, asocia el término “retención”, con los traslados a efectos de identificación.

³²² Cuando dicho precepto se refiere sobre al “tiempo imprescindible”, pone en evidencia que no se podrá extralimitar el tiempo de su identificación por causa injustificada, pues estaríamos hablando de una detención ilegal. Lo mismo sucedería con la práctica del cacheo, donde se realizará de la forma menos perjudicial para el afectado y por el tiempo mínimo imprescindible.

³²³ La nueva regulación de las identificaciones, está implícito en el artículo 16:

“1. En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos:

- a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción.
- b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito. En estos supuestos, los agentes podrán realizar las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra, impidiendo o dificultando la identificación, cuando fuere preciso a los efectos indicados. En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación

por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

2. Cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas. La persona a la que se solicite que se identifique será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de dicha solicitud, así como, en su caso, del requerimiento para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales.

3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado 2 se llevará un libro-registro en el que sólo se practicarán asientos relacionados con la seguridad ciudadana. Constarán en él las diligencias de identificación practicadas, así como los motivos, circunstancias y duración de las mismas, y sólo podrán ser comunicados sus datos a la autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal. El órgano competente de la Administración remitirá mensualmente al Ministerio Fiscal extracto de las diligencias de identificación con expresión del tiempo utilizado en cada una. Los asientos de este libro registro se cancelarán de oficio a los tres años.

4. A las personas desplazadas a dependencias policiales a efectos de identificación, se les deberá expedir a su salida un volante acreditativo del tiempo de permanencia en ellas, la causa y la identidad de los agentes actuantes.

5. En los casos de resistencia o negativa a identificarse o a colaborar en las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en su caso, en esta Ley".

³²⁴ En el mismo sentido aduce el Instituto Valenciano de Seguridad Pública y Emergencias, "El nuevo...", op. cit., 2015, pág. 9.

³²⁵ En la identificación del artículo 16 de la LOPSC introduce que se deberá respetar el principio de proporcionalidad y de las condiciones, circunstancias personales y sociales (aludido en el apartado 1º). Además hace mención de que se deberá expedir un volante acreditativo a la salida de la persona identificada, donde se acredite el tiempo de permanencia en las dependencias. La inclusión de la identificación por medio de vía telemática o telefónica antes de ser trasladado a dependencias, cuando hayan indicios por la comisión de una infracción (antes aludía la Ley al objeto de sancionar una infracción administrativa). Además, cuando la persona dentro de los requisitos exigibles por este artículo para identificar a la persona y vaya con el rostro tapado. El tiempo de seis horas, es el máximo que puede estar la persona identificada en dependencias policiales. Se deberá informar a la persona que va ser identificada de modo inmediato de las razones de su requerimiento.

consideramos relevantes como es la realización del traslado a efectos de identificación, y alguna de estas precisiones, tiene mucho que ver con el derecho a la libertad de la persona, cuyas recomendaciones tuvieron lugar con ocasión de la STC 341/1993, de 18 de noviembre.

Nos estamos refiriendo, fundamentalmente, al apartado segundo del artículo 16 de la LOPSC, en cuyo precepto se puntualiza sobre la temporalidad de la restricción de la libertad de los ciudadanos, de modo que limita taxativamente la duración de la permanencia en las dependencias policiales de las personas que fueren trasladadas a efectos de identificación, y que, en ningún caso, podrá superar las seis horas.

A pesar de ello, no debemos olvidar, que la práctica de esta diligencia no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario. Como se ha señalado, la STC 341/1993³²⁶, hace alguna recomendación con respecto al artículo que versa sobre la identificación de las personas. En este sentido, estima el Tribunal que, cuando se elaboró dicha Ley, el legislador pudo haber establecido una duración máxima para la materialización de las identificaciones a requerimientos de las FCS, como ya se hizo en la Constitución cuando se estableció la detención preventiva.

Este nuevo requisito de límite temporal, supone una mayor seguridad jurídica³²⁷ en lo concerniente al derecho de la libertad de las personas, pues, anteriormente, no estaba establecida por Ley la durabilidad taxativa de dicha medida³²⁸.

³²⁶ STC 341/1993, de 18 de noviembre (FJ6º).

³²⁷ MAQUEDA ABREU, M.L., "La Criminalización...", op. cit., 2015, pág. 44, afirma en este sentido que la antigua Ley, autorizaba el traslado a efectos de identificación en términos mucho más ambiguos, refiriendo entre otros apartados el aludido artículo 16.2. Además, en el preámbulo de la LOPSC, alude que "la garantía de los derechos de los ciudadanos que puedan verse afectados por su legítimo ejercicio por parte de los miembros y cuerpos de seguridad se perfilan con mayor precisión los presupuestos habilitantes y las condiciones y requisitos de su ejercicio, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional".

³²⁸ Además, en aras de aportar más garantías a los interesados con respecto a la anterior regulación, cuando algún sujeto hubiere sido trasladado a efectos de identificación, exige, el artículo 16.4, que la FCS deberán expedir un volante acreditativo al interesado a la salida del Centro policial, donde se haga constar el tiempo de permanencia en él. Además la Instrucción 7/2015, emplaza a las FCS a confeccionar un libro-registro en el que harán constar las circunstancias y el tiempo llevado a cabo en cada identificación practicada,

Ahora bien, no se tiene claro cuál es el momento que se ha de tomar como referencia para que empiece a contar el tiempo, con el objetivo de evitar que las diligencias policiales al respecto sobrepasen la duración máxima establecida de las seis horas. Efectivamente, no se conoce aún, con absoluta certeza jurídica, si el espacio temporal empieza a contar desde la primera restricción deambulatoria que se hubiese practicado en la vía pública por parte de los agentes actuantes; o, si de lo contrario, comienza en el preciso instante en que la persona identificada pise las dependencias policiales más próximas (lugar donde vaya a practicarse la correspondiente identificación). Por consiguiente, señalamos que será, sin duda, la jurisprudencia, la que tendrá que fijar y concretar este referente temporal, aunque consideramos que lo más lógico, es que el tiempo empiece a contar desde el momento que se traslade al interesado en el vehículo a dependencias policiales.

Es por todo ello que entendemos, por tanto, que el cacheo se encuentra muy ligado a la figura del traslado a efectos de identificación, el cual podría tener lugar bien porque las FCS trasladen al requerido a las dependencias policiales a fin de identificarlo y cachearlo³²⁹; bien porque se le traslade a otro lugar más idóneo para realizar la prueba pericial pertinente, o bien porque sea el propio requerido quien solicite otro lugar que revista una mayor privacidad.

Los pronunciamientos judiciales declarando la licitud de los traslados a dependencias policiales a efectos del cacheo son frecuentes. Como ejemplo, la SAP de Castellón 120/2004, expresó que el registro a una persona implicaba una medida coactiva leve que afectaba a su libertad, pero el traslado de cinco jóvenes a dependencias policiales al objeto de verificar si portaban o no drogas, no supuso, a juicio del Tribunal, una detención ilegal, aunque se demorase 30 minutos, pues se consideró que no hubo “un excesivo lapso temporal empleado por los agentes”, teniendo en cuenta que tenían que cachearlos e identificarlos³³⁰.

Dado que dicha figura de retención en la vía pública, es entendida como más gravosa, en tanto en cuanto la persona requerida va a ser trasladada a otro lugar distinto del que se encontrase, es importante destacar el pronunciamiento

remitiendo mensualmente un extracto de las diligencias de identificación tanto al Ministerio Fiscal, como a la autoridad judicial competente.

³²⁹ Como refiere la Instrucción 7/2015.

³³⁰ SAP de Castellón 120/2004, de 24 de abril, FJ4º.

del TC sobre el traslado de individuos a dependencias policiales a efectos de identificación, ya que servirá igualmente para verificar la legitimidad del traslado con motivo del citado cacheo policial.

En este sentido, fue la STC 341/1993 la que se pronunció sobre la constitucionalidad del art. 20.2 de la antigua LOPSC. El Tribunal entendió que el traslado a dependencias policiales a efectos de identificación constituye una modalidad de privación de libertad³³¹ que no puede considerarse como una detención a los efectos del art. 17 de la CE.

Señala, además, el TC, que en el supuesto planteado, sí cabía realizar el traslado, siendo objeto de aplicación, al menos, la garantía constitucional previstas en el art. 17.2 cuando dispone que “no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”³³²; así como también resultará de aplicación el art. 17.3 de la CE referente a que toda persona tiene que ser informada inmediatamente del motivo de la detención³³³.

Estas garantías constitucionales, aludidas en la sentencia, han sido también incorporadas a la nueva LOPSC en atención al precepto que refiere sobre la identificación de las personas (art. 16). En atención a la primera recomendación del apartado anterior expresado por el Constitucional sobre el artículo 17.2 de la CE, el legislador incorporó en el artículo 16.2 de la LOPSC lo siguiente: el traslado a dependencias policiales a efectos de identificación se realizará “por el tiempo estrictamente necesario que en ningún caso podrá superar las seis horas”³³⁴.

³³¹ En el mismo sentido refiere DUART ALBIOL, J.J., “Inspecciones; registros...”, op. cit., 2014, pág. 239.

³³² FJ5º.

³³³ FJ6º lo establece con las siguientes palabras “el requerido a acompañar a la fuerza pública debe ser informado, de modo inmediato y comprensible, de las razones de tal requerimiento es cosa que apenas requiere ser argumentada, aunque la Ley (se exige que conste en el Libro-Registro los "motivos" de las diligencias practicadas) nada dice, de modo expreso, sobre esta información, inexcusable para que el afectado sepa a qué atenerse”.

³³⁴ Consideramos que la anterior regulación en relación a dicho aspecto, era menos contundente (por eso puntualizó el TC en este sentido) ya que utilizaba la expresión “por el tiempo imprescindible”.

Sin embargo, en la segunda recomendación que hace referencia al artículo 17.3 de la CE, puntualiza la nueva LOPSC (también descrito en el artículo 16.2), que la “persona a la que se solicite que se identifique será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de dicha solicitud, así como, en su caso, del requerimiento para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales”.

Entendemos que en estos supuestos son trasladables a la práctica del cacheo en toda su extensión. El sometido tendrá el derecho a ser informado puntualmente de las causas y motivos del cacheo, constituyendo una garantía para el ciudadano conocer sucintamente dichos extremos, para así conocer de antemano si dicho cacheo se ajusta a la legalidad o, si de lo contrario, está basado en la arbitrariedad e ilegalidad, o en meras conjeturas, en cuyo caso tendrá derecho a negarse a dicha prueba pericial.

CASAL HERNÁNDEZ³³⁵, va más allá, al reconocer, incluso, el derecho del sometido a una identificación –y en nuestro caso al cacheo– a disfrutar plenamente de algunas garantías del art. 520 de la LECR³³⁶, tales como la comunicación a familiares de su situación de retención.

Sin embargo, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, descarta la posibilidad de la asistencia letrada a estos efectos, porque únicamente sería precisa en caso de que estuviera detenido preventivamente; de modo que, no es preceptivo dicho letrado en el traslado de una persona a dependencias policiales. Tampoco lo será para el sometido a la práctica del cacheo por su similitud con la figura de la identificación.

³³⁵ Op. cit., pág. 376. Además BANACLOCHE PALAO, J., “La libertad...”, op. cit., 1996, pág. 430, reconoce que si el tiempo se demora (referente a la identificación), tendrían derecho realizar un comunicado, o aviso a un familiar, e incluso a un reconocimiento médico como así insta el art. 520 de la LECR.

³³⁶ Es preciso recordar que en los derechos de los detenidos ha habido una modificación importante con la nueva Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación. Entre las más importantes aducimos que el detenido tiene derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección.

Ahora bien, existe una línea jurisprudencial extensa³³⁷, señalando que no es perceptible la presencia de un abogado durante el ejercicio del cacheo de ninguno de los modos. Asevera ésta que tampoco son aplicables las garantías inherentes de la detención, de modo que, si las FCS estuvieran interviniendo con una persona privada de libertad por un supuesto delito, y se le practicase un cacheo³³⁸, arguye el Tribunal que “el cacheo es una medida inmediata sobre el detenido que no exige asistencia letrada por las siguientes razones: 1) por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los agentes de la autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia; 2) porque la presencia de letrado no supone un “plus” de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios; y no cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia”³³⁹.

La jurisprudencia, por tanto, es unánime al establecer que durante la materialización del cacheo policial no es perceptible la asistencia de abogado porque únicamente cumple “una finalidad preventiva de seguridad”, y, por ello, “la presencia de letrado no supone un plus de garantía” en la referida modalidad pericial. De este modo la defensa de los letrados estaría encuadrada únicamente para los supuestos de detenciones en sentido estricto³⁴⁰. Abundando en dicha

³³⁷ STS 525/2000, de 31 de marzo y STS 156/2013, de 7 de marzo.

³³⁸ En el mismo sentido se expresa LOMBARDERO EXPÓSITO, L.M., “Conflicto entre...”, op. cit., 2012, pág. 16. También se expresan en similares términos FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.A., “Cuestiones actuales...”, op. cit., 2015, pág. 143, ya que no cabe entender que el sometido al cacheo esté autorizando una autoincriminación, siendo comparable a las pruebas de alcoholemia, sobre el que existe abundante jurisprudencia. Así lo entiende también MAGRO SERVET, V., “La intervención...”, op. cit., 2012, pág. 23.

³³⁹ STS 156/2013, de 7 de marzo (FJ1º).

³⁴⁰ Han sido varias las sentencias que se han pronunciado sobre dichos aspectos. Véase la STS 2061/2005, de 5 de octubre, FJ1º, la ATS 33/2007, de 11 de enero, FJ1º, y la SAP de Cádiz 7/2001, de 17 de enero. Señala la Audiencia Provincial (FJ1º) que no procede exigir la presencia de letrado en el cacheo entre otras razones porque “la propia exigencia de inmediatez, hace imposible su vigencia”.

argumentación también se ha pronunciado la doctrina. GÓMARA HERNÁNDEZ y AGORRETA RUIZ, también opinan que no es obligatorio un abogado para la práctica del cacheo, porque dicho periodo de inmovilización no se considera una mera detención³⁴¹.

En cuanto a la solicitud del habeas corpus³⁴² por parte de la persona que esté siendo sometida al cacheo policial, opinamos que dicha pretensión sería factible en los supuestos de una retención, esto es, aquellos en los que la persona sea trasladada a dependencias policiales, o a otro lugar idóneo a efectos de identificación y cacheo; y no en los casos que conlleve una mera inmovilización de libertad, dada la escasa incidencia que este tipo de actuaciones suponen para ésta.

Por último, hemos de señalar que el interrogatorio que los agentes pudieran realizar mientras practican el cacheo al requerido, no supone una actuación susceptible de indefensión alguna con motivo de la ausencia de abogado. De hecho, consideramos que es una táctica policial tan vital como legítima, útil y necesaria para la investigación, que servirá incluso para descartar o incorporar indicios³⁴³. Además, el art. 7.2 de la LOPSC considera que es lícita la colaboración y ayuda prestada por parte de los particulares en el cumplimiento de las funciones que encomienda la presente Ley referidas a la seguridad ciudadana³⁴⁴. Aunque, asimismo, tendrá el derecho a no colaborar ni contestar cuando los agentes les pregunten, en virtud de su derecho a no auto incriminarse, como así lo dispone la LECR³⁴⁵.

³⁴¹ GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L., y AGORRETA RUIZ, D., "Prontuario de...", op. cit., 2007, pág. 488.

³⁴² Incluido en el art. 17.4 de la CE, y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, 24 de mayo reguladora del procedimiento Habeas Corpus.

³⁴³ Como indica GARCÍA MORILLO, J., "El derecho...", op. cit., 1995, pág. 200, que "la policía puede interrogar para extraer datos útiles o información general, pero no para constituir una acusación".

³⁴⁴ Aunque el precepto se centre más en referenciar que se deben tomar especialmente estos casos, cuando exista una grave calamidad pública, o catástrofe extraordinaria, siempre que ello no requiera un riesgo personal para los mismos.

³⁴⁵ Así lo entiende GARCÍA ARÁN, M., y REBOLLO BARGAS, R., "La Exploración...", op. cit., 1994, pág. 102.

VII.3. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA; BREVE REFERENCIA A LAS EXPLORACIONES RADIOLÓGICAS.

La mencionada STC 207/1996, cuando se refiere a los actos de investigación o medios de prueba recayentes sobre el propio cuerpo de la persona, distingue dos clases de derechos fundamentales afectados, siendo uno de ellos la intimidad personal y el otro la integridad física recogido en el art. 15 de la CE³⁴⁶. La citada sentencia a su vez distingue dos niveles o grados de afectación en el derecho a la integridad física, calificándolos como leves y graves³⁴⁷.

Pero ni siquiera las intervenciones corporales por muy leves que se consideren, se encontrarán enmarcadas en la denominada diligencia del cacheo³⁴⁸; pues, como hemos tenido ocasión de estudiar a lo largo de estas páginas, el ejercicio del cacheo por su leve intensidad, no afectará, en ningún momento, a la integridad física. A no ser que, como consecuencia de unas determinadas circunstancias especiales, o por la complejidad que pudiera conllevar la ejecución, en sí, de un simple cacheo, se derive otra modalidad de registro mediante otros medios técnicos como puedan ser la exploración mediante Rayos X o las resonancias magnéticas.

³⁴⁶ El artículo 15 de la CE expresa que: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Además la STC 207/1996 (FJ3º), refiriéndose al art. 15 establece que “protege la inviolabilidad de la persona, no sólo en aquellos casos en los que existe un riesgo o daño para la salud, sino también –en lo que ahora interesa– contra toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento de su titular, por cuanto lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, a no sufrir menoscabo alguno en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento”.

³⁴⁷ La citada Sentencia expresa que la afectación a la integridad física en las intervenciones corporales serán (FJ2º): “leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada”, refiriéndose en un ejemplo como la extracción de elementos externos del cuerpo como pelos o uñas, haciendo referencia a los análisis de sangre. Sin embargo, con respecto a las graves, expresa dicho Tribunal que serán todas aquellas que no sean leves, poniendo como ejemplo las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc. En este mismo sentido se expresa RUIZ ORTIZ, S.F., “Intervenciones corporales...”, op. cit., 2013, pág. 197.

³⁴⁸ Más bien el cacheo se encuadra en la primera clase de actuaciones denominadas: “inspecciones y registros corporales”.

No obstante, la jurisprudencia ha avalado la teoría por la cual el derecho a la integridad física no se ve afectado por el cacheo³⁴⁹, pues dada “la mínima intervención corporal que el cacheo supone, excluye toda idea de riesgo para la integridad física del interesado”³⁵⁰.

Así lo indica también la doctrina, como GARCÍA VILLA, cuando, respecto a la relación entre este procedimiento policial y el derecho a la integridad física, argumenta que “las diligencias de cacheo como palpación superficial del cuerpo vestido, no suponen un menoscabo de este derecho fundamental ya que inciden mínimamente sobre el cuerpo humano”³⁵¹. Igualmente opina así MAGRO SERVET, cuando arguye que “el derecho a la integridad física no está afectado por el cacheo”³⁵²; o LOMBARDEO EXPÓSITO, que se acoge a la doctrina jurisprudencial para señalar que la práctica del cacheo no afecta al derecho a la integridad física, y que únicamente podría verse comprometido en algunas conductas vinculadas a las indagaciones corporales, como sería, por ejemplo, la extracción de elementos corporales: pelos, sangre, etcétera³⁵³. Por consiguiente, el cacheo supone una intervención corporal tan leve, que carece de sentido la idea de que su realización pueda generar algún riesgo para la integridad física del sometido.

La posibilidad de que legalmente la integridad física pueda resultar afectada por alguna actuación policial, no ha sido recogida concretamente por la Constitución Española. Caso distinto es lo referente al derecho a la intimidad, sobre cuyo asunto la Constitución sí contempla posibles injerencias en el derecho a la inviolabilidad del domicilio o el derecho al secreto de las comunicaciones³⁵⁴.

³⁴⁹ Entre tantas sentencias encontramos la STS 797/2007, de 19 de abril, FJ1º, y la STS 33/2007, de 11 de enero, FJ1º.

³⁵⁰ Amplia y sólida es la doctrina jurisprudencial que avala dicho aspecto, a modo de ejemplo señalamos la STS 156/2013, de 7 de marzo, FJ1º, o el ATS de 25 de noviembre del 2004, FJ1º.

³⁵¹ GARCÍA VILA, M., “Los cacheos...”, op. cit., 2000, pág. 19.

³⁵² MAGRO SERVET, V., “Las intervenciones...”, op. cit., 2012, pág. 22, en el mismo sentido se expresa el autor FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.A., “Cuestiones actuales...”, op. cit., 2015, pág. 143.

³⁵³ LOMBARDEO EXPÓSITO, L.M., “Conflicto entre...”, op. cit., 2012, pp. 11-12.

³⁵⁴ Está regulado en el art. 18.2 de la CE; “el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso

Asimismo, el derecho a la integridad física, como cualquier otro derecho, no posee un carácter absoluto pudiendo ceder ante razones justificadas de interés general³⁵⁵.

Otra figura que comporta una merma superior en cuanto a los derechos se refiere, es el denominado cacheo con desnudo integral, cuyo procedimiento tampoco supone un menoscabo en el derecho a la integridad física, aunque no podamos decir lo mismo respecto al derecho a la intimidad, el cual pudiere verse seriamente afectado durante dicha intervención corporal.³⁵⁶

Entre las actuaciones policiales capaces de quebrantar la integridad física, se encuentran las llevadas a cabo mediante la utilización del uso de radiografías de Rayos X, cuya técnica es empleada habitualmente por las FCS para verificar si hay ocultas sustancias estupefacientes, o drogas tóxicas, en el interior de las cavidades corporales o, incluso, en el mismo estómago.

Las pruebas de Rayos X, son utilizadas frecuentemente por los miembros de las FCS tanto en puertos como en aeropuertos, ya que estos pasos fronterizos son los lugares predilectos para la operativa de las organizaciones criminales, a través de los cuales extienden y materializan sus actividades delictivas, que son tan lucrativas y variopintas como el contrabando, el tránsito ilegal de personas (trata de blancas, tráfico de seres humanos), o la más asidua de todas ellas: el tráfico internacional de sustancias ilícitas y drogas en ingentes cantidades³⁵⁷; constituyendo un espacio idóneo para la perpetración de actos terroristas.

de flagrante delito". Así como el art. 18.3 que "garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

³⁵⁵ En este sentido se pronuncia la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ2º.

También la doctrina se ha hecho eco de la afirmación de que el derecho a la integridad física no es un derecho absoluto. Así lo entiende GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L., y AGORRETA RUIZ, D., "Prontuario de...", op. cit., 2007, pág. 463, al afirmar que dicho derecho "puede ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del ius puniendi".

³⁵⁶ La STS 92/2004, de 30 de enero, consideró que la incautación de droga de los calzoncillos no afectó al derecho de la integridad física del intervenido.

³⁵⁷ PATIÑO URIBE, E., "Controles aeroportuarios, procedimientos necesarios por seguridad pero incómodos por facilitación e intimidación", Ed. Universidad Militar Nueva Granada, Especialización en administración aeronáutica, noviembre 2013, pp. 4-5.

La utilización de los Rayos X, se convierte en una medida excepcional utilizada ante la sospecha fehaciente de que el sometido porta algún tipo de objeto o sustancia prohibida, pese a no haberse detectado ninguna anomalía tras el cacheo inicial. Incluso la Convención de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1988, en el art.18 faculta e insta a los Estados a proveer de medios o instrumentos capaces de erradicar o disminuir el tráfico de drogas en dichas zonas, e, incluso, avala el registro de la tripulación así como el de los pasajeros de los barcos y de las aeronaves. Sin embargo, no hace mención alguna sobre qué medios han de establecer legalmente para combatir las transacciones de droga.

Los aparatos que hoy en día se utilizan más frecuentemente en puertos, aeropuertos, edificios públicos, etcétera, son los detectores de metales; los cuales alertan mediante un sonido cualquier objeto sospechoso detectado en el cuerpo del sometido. Hemos de señalar que dichos aparatos no afectan a la integridad física porque no existe ninguna radiación que afecte al cuerpo.

Asimismo, las nuevas tecnologías han creado aparatos avanzados de procesamiento de imágenes que permiten visualizar el contorno del cuerpo humano, es decir, sirven principalmente para buscar objetos que puedan hallarse escondidos entre las prendas de los viajeros, evitando el contacto físico entre los miembros de las FCS y las personas inspeccionadas³⁵⁸.

Nos estamos refiriendo al escáner corporal, cuyo procedimiento consiste en que los usuarios deben situarse en el interior o en frente de un arco o portal, donde han de permanecer inmóviles, con el fin de lograr, a través de las ondas electromagnéticas, la visualización de su imagen anatómica en una pantalla.

Siguiendo el estudio realizado por FIGUERAS TUGAS³⁵⁹ relativo a los escáneres corporales; cuya tecnología pionera está siendo comercializada en la actualidad en todo el mundo, especialmente en el ámbito de la aviación civil, los escáneres corporales lo clasifica en tres grupos fundamentalmente: escáner de Rayos X³⁶⁰, escáner de onda milimétrica³⁶¹ y escáner de onda sub-milimétrica³⁶².

³⁵⁸ En el mismo sentido se expresa PATIÑO URIBE, E., "Controles aeroportuarios...", op. cit., 2013, pp. 20-21.

³⁵⁹ FIGUERAS TUGAS, J., "Privacidad en los escáneres corporales en los aeropuertos de la U.E.", *novática*, nº 217, 2012, pp, 40-41.

³⁶⁰ *Ibidem*. A su vez nuestro autor diferencia dos modalidades de captación de imagen, por transmisión de rayos X llamados internacionalmente como "transmitted X-Ray", y

Diversos países europeos empezaron hace años (mayoritariamente desde principios del 2010)³⁶³ a utilizar los escáneres corporales en sus propios aeropuertos nacionales a modo de prueba.

Ahora bien, los resultados del sometimiento de las personas a un reconocimiento por escáner corporal, no están exentos de cierta problemática, en cuanto que los resultados obtenidos en buena parte del procedimiento son fruto del reflejo digital de toda la superficie corporal del individuo, tal y como si estuviera desnudo al poder visualizarse todo su contorno. Esta técnica, por ende, tiene un impacto en la sociedad porque vulnera la privacidad y dignidad de los seres humanos, ya que su derecho fundamental a la intimidad quedaría considerablemente afectado por ella³⁶⁴.

PATIÑO URIBE³⁶⁵, en su estudio sobre los diferentes escáneres corporales, resalta un aparato que, según él, solventaría la preocupación sobre la privacidad de las personas sometidas a indagaciones dentro de los aeropuertos de todo el mundo. Sin embargo, no hace mención si este instrumento novedoso sería capaz de causar algún daño o perjuicio por muy leve que sea, para la salud de las personas.

por retrodispersión “backsatter X-Ray”. La diferencia entre ambas radica principalmente en la frecuencia de Rayos X utilizada. La primera que menciona es la que habitualmente utilizan los facultativos de un hospital, mientras que la segunda emite una dosis más baja de Rayos X, penetrando únicamente sus ondas electromagnéticas, en la ropa de las personas, de tal modo que no llegan a introducirse debajo de la piel.

³⁶¹ Actúan por medio de ondas milimétricas que interfieren por radiofrecuencia en la banda de EHF (Extremely High Frequency), y, de igual modo que la anterior, sus ondas pueden traspasar los materiales textiles, pero no la piel. A su vez lo divide en dos categorías: escáneres de onda milimétrica pasiva, donde se obtienen imágenes por contraste con radiación térmica ambiental, y escáneres de onda milimétrica activa, cuyo procedimiento consigue obtener una imagen a gran resolución en forma tridimensional.

³⁶² Denominados también como “TeraHerzScanner”. Estos aparatos utilizan una longitud de onda que está comprendida entre la utilizada por un infrarrojo y las microondas. Al ser de una menor longitud de onda, permite obtener imágenes a buena resolución, pero disminuye su capacidad de penetración en la ropa.

³⁶³ FIGUERAS TUGAS, J., “Privacidad en...”, op. cit., 2012, pp. 42-43, refiere que fueron los países de Italia, Alemania, Reino Unido y Francia, y un poco antes Finlandia y Países Bajos.

³⁶⁴ *Ibíd*em, pág. 43.

³⁶⁵ PATIÑO URIBE, E., “Controles aeroportuarios...”, op. cit., 2013, pp. 21-22.

Se trata del escáner corporal “Pro Visión ATD”, cuya tecnología inherente utiliza la radiofrecuencia de MMW (onda milimétrica) para detectar cualquier objeto escondido ya sea metálico o no. La principal ventaja que disfruta este dispositivo respecto de los otros, en cuando a la intimidad de las personas se refiere, es el hecho de que en la pantalla donde los operarios visualizan los resultados obtenidos, no se representa el contorno de la figura humana en cuestión; sino que, lisa y llanamente, señala las partes del cuerpo en las que están ocultos los objetos sospechosos, representados éstos sobre un dibujo o modelo pre-contituido de la figura de un cuerpo humano, que será siempre utilizado para cada una de las respectivas pruebas que se realicen.

Por el contrario, la utilización de los denominados Rayos X, es una intervención corporal³⁶⁶, cuyos aparatos emiten radiaciones que, de forma leve, perjudican al ser humano, y es, por ello, que el derecho a la integridad física de la persona se verá afectado, así como también el de la protección de su salud³⁶⁷.

Motivos éstos por los cuales el TC³⁶⁸ ha considerado que, sin lugar a dudas, su uso afecta a la integridad física aunque sea de modo muy leve; y, por consiguiente, su utilización debe aplicarse de forma excepcional, no pudiendo ser utilizado de modo rutinario para con todos los ciudadanos que accedan a un aeropuerto, a un barco, o a otro medio de transporte; sino únicamente para aquellas personas de las que se dispongan unos indicios más que suficientes de que lleven a pensar que pudieren portar objetos o drogas en el interior de sus cuerpos.

³⁶⁶ SOTO RODRÍGUEZ, M.L., “Las intervenciones...”, op. cit., 2014, pág. 1, define las intervenciones corporales como “aquellas diligencias de investigación penal que se practican sobre el cuerpo de la persona viva que inciden de modo grave en su derechos fundamentales, especialmente los derechos a la integridad física y a la intimidad”. RUIZ ORTIZ, S.F., “Intervenciones corporales...”, op. cit., 2013, pág. 190, además de definir en el mismo sentido la expresión aportada por el autor anterior, expresa que, la intervención corporal tiene una intensidad tal que sobrepasa la mera inspección, incluyendo en la página 197 que, los Rayos X están inmersos en la definición de la denominada intervención corporal.

³⁶⁷ FIGUERAS TUGAS, J., “Privacidad en...”, op. cit., 2012, pág. 43.

³⁶⁸ STC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ2º), arguye que la exposición a radiaciones tanto de Rayos X, T.A.C., o resonancias magnéticas, incidirá, por regla general, en el derecho a la integridad física, en tanto implique la posible lesión o menoscabo en el cuerpo sometido a estos aparatos.

En otro orden de cosas, la jurisprudencia ha valorado que las exploraciones mediante Rayos X, no afectan a la libertad personal³⁶⁹, ni tampoco a la intimidad³⁷⁰. Así pues, en todo caso, estudiaremos su posible incidencia en la integridad física de los individuos. Previamente, hemos de tener en cuenta que, como en todos los procedimientos que se llevan a cabo durante las actuaciones de las FCS y que puedan injerirse en algún derecho fundamental, debe primar sobremanera el principio de proporcionalidad.

Una vez tenido en cuenta esto, y en relación al uso de los Rayos X, hemos de asegurarnos que este tipo de exploraciones se efectuarán con todas las garantías para el afectado; esto viene a decir, por ejemplo, que en función del procedimiento o las circunstancias concurrentes, tendrá que valorarse con antelación, por ejemplo, la idoneidad de que se practique por personal facultativo, o en un lugar adecuado, etcétera.

¿Afectará por tanto la utilización de esta clase de artefactos tecnológicos a la integridad física del art. 15 de la CE, si se cumple con todos los requisitos favorables expuestos? No existe una respuesta taxativa y clara a esta pregunta, pues dependiendo las circunstancias que concurran, su uso influirá, o no, en el referido derecho fundamental.

³⁶⁹ La STS 1579/2005, de 22 de diciembre (FJ2º) considera que el examen radiológico “no entraña limitación o constricción forzosa de la libre deambulacion, propia de una verdadera detención”, por lo que estamos hablando de aquellos supuestos como la identificación o prueba de alcoholemia. No obstante dicha sentencia únicamente valora el derecho a la libertad, en cuya argumentación no hace mención al derecho a la integridad o al derecho a la intimidad.

³⁷⁰ La AP de Madrid 242/1999, de 5 de junio (FJ1º), en relación a la exploración de Rayos X realizada a una persona en el aeropuerto de Madrid-Barajas. Argumenta el Tribunal que existe una mínima intromisión en la intimidad corporal porque para la obtención de una radiografía se superpone una placa sobre las ropas que recubren el cuerpo del sometido en una escasa duración de tiempo. Además alude el Tribunal que en ningún momento se desnuda para realizar dicha diligencia, por lo que reitera que su afectación es mínima. Sin embargo la STS 18 de enero de 1993 (FJ1º), deja claro que los Rayos X no afectan a la intimidad en los siguientes términos: “la inspección del interior del cuerpo humano mediante Rayos X no afecta a la intimidad de la persona examinada, por la forma y frecuencia con que estas pruebas se realizan, habida cuenta del instrumento utilizado y de la clase de visión que tal reconocimiento médico permite, lo que en nada afecta al pudor al menos en las concepciones dominantes en la sociedad actual, por lo que entendemos que su utilización por la policía no requiere autorización judicial”.

En primer lugar, señalamos la Instrucción 6/1988, de la Fiscalía General del Estado³⁷¹, donde al analizarse la negativa de unos presuntos traficantes a someterse a un reconocimiento, entiende que la exploración de Rayos X no atenta el artículo 15 de la CE. Además, compara esta medida indagatoria con la extracción de sangre en una prueba de alcoholemia en los siguientes términos: “también ha declarado el Tribunal Constitucional que el análisis de sangre, en la alcoholemia, no constituye una injerencia prohibida por el artículo 15 de la Constitución (STC 103/85, de 3 de octubre, FJ3º, que recuerda Decisión de 13 de diciembre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos) lo que conduce con naturalidad a la conclusión de que tampoco es una injerencia prohibida por dicho artículo 15 el examen radiológico y/o médico de nuestro caso, porque la ratio es la misma”.

Asimismo, hay sentencias que equiparan la exploración de Rayos X con el ejercicio del cacheo, por tratarse de una medida de control, aludiendo que no vulnera ningún derecho fundamental. Así lo entiende la STS 2070/2005³⁷², la cual sostiene además que las pruebas radiológicas constituyen “un mero control dentro de las normales actuaciones policiales de prevención delictiva”.

La jurisprudencia es unánime al declarar que no existe injerencia en el derecho a la integridad física siempre que se realice dentro de los límites de lo permisible. Por su parte la STC 35/1996, de 11 de marzo, establece que habrá vulneración del referido derecho siempre que las pruebas de Rayos X no se realicen con “excesiva intensidad, las sesiones fuesen excesivamente frecuentes o no separadas por el tiempo adecuado, se practicasen en forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles (...) utilización de aparatos idóneos, nivel de radiación adecuado y controlado, y con intervalos suficientes”³⁷³.

³⁷¹ Instrucción 6/1988, de 12 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la posibilidad de que exista un delito de desobediencia en relación con la negación de las personas posibles portadoras de droga a ser objeto de reconocimiento.

³⁷² STS 2070/2005, de 05 de noviembre, FJ2º.

³⁷³ STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ3º. La citada sentencia resuelve un recurso de amparo realizado por un interno del Centro Penitenciario de “El Dueso”, por el constante sometimiento a la prueba de Rayos X.

La doctrina también se ha pronunciado sobre los requisitos mínimos para realizar una prueba de Rayos X en condiciones óptimas. En este sentido, ALONSO PÉREZ F.,

Conviene recordar una sentencia llevada a cabo por el TS³⁷⁴ un tanto atípica, y a la vez interesante, habida cuenta de la exploración radiológica de Rayos X efectuada a una mujer embarazada, sobre la que se disponían de unos indicios racionales de que portaba droga en el interior de su cuerpo. A pesar de que procedió a expulsar “mutu propio” un preservativo que contenía droga, las FCS requirieron judicialmente la autorización preceptiva para practicarle una exploración radiológica. Por este motivo, la defensa apeló al Tribunal alegando que esta medida indagatoria además de vulnerar la intimidad de la mujer embarazada suponía un riesgo grave y real para su salud.

Sin embargo el Alto Tribunal, rechazó las alegaciones expuestas por la defensa por cuestiones principalmente de sentido común, dado que “conviene no perder de vista que de haber existido algún riesgo para la salud de la recurrente no habría sido precisamente su exploración radiológica la que lo ocasionó. No deja de ser paradójico que la mujer embarazada que ha aceptado la introducción de cuerpos extraños en su organismo, como medio de transporte clandestino de cocaína, reaccione frente a un acto médico de exploración que, más allá de su significado incriminatorio, tiene también una indudable dimensión terapéutica. La práctica de esa radiografía no sólo permitió constatar que portaba droga — hecho, por otra parte, reconocido por la propia recurrente— sino que sirvió, en términos médicos, para asegurarse de que todos los objetos habían sido expulsados, sin que quedara en el interior del organismo ninguno de ellos que pudiera ocasionar un verdadero peligro para la acusada o para el feto que alojaba en su interior”³⁷⁵.

En cualquier caso, conviene recordar algunas cuestiones expuestas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del régimen jurídico relativo a las exploraciones de Rayos X acordadas durante la fase de investigación, para lo cual seguimos la exposición que realiza MAGRO SERVET³⁷⁶.

En primer lugar, la asistencia letrada no es necesaria ni tampoco condición

“Cacheos y...”, op. cit., 1999, pág. 7, aduce que los reconocimientos radiológicos deben “ser realizados por facultativo con titulación suficiente (...) en defensa de la salud pública”.

³⁷⁴ STS 277/2009, de 13 de abril.

³⁷⁵ FJ1º.

³⁷⁶ MAGRO SERVET, V., “Las intervenciones...”, op. cit., 2012, pp. 17-18.

“sine qua non” para la obtención del consentimiento de los sujetos que van a ser sometidos a tales pruebas³⁷⁷. Y en segundo lugar, el hecho de consentir someterse a ellas, no supone una declaración auto inculpatória³⁷⁸. Ahora bien, para que estos requisitos sean válidos y susceptibles de ser utilizados como pruebas de cargo, deben concretarse, a su vez, dos condiciones. La primera: que la persona intervenida no esté detenida; y la segunda: que preste libremente su consentimiento.

VII.4. LA DIGNIDAD PERSONAL COMO LÍMITE DE ACTUACIÓN.

El artículo 10.1 de la CE establece que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Por tanto, entendemos que la dignidad, al no estar encuadrada dentro de los derechos fundamentales contemplados en la CE, tiene el carácter de un principio constitucional³⁷⁹, a diferencia del sistema alemán, donde la Ley Fundamental de Bonn³⁸⁰ atribuye a la dignidad humana la condición de derecho fundamental.

La dignidad personal tiene un carácter hermenéutico, de modo que se ha concebido como un valor ligado a otros valores superiores como la libertad e igualdad³⁸¹, los cuales llevan intrínseca la protección más absoluta del desarrollo

³⁷⁷ STS 1579/2005, de 22 de diciembre.

³⁷⁸ STS 103/2000, de 2 de febrero.

³⁷⁹ DUART ALBIOL, J.J., “Inspecciones, registros...”, op. cit., 2014, pág. 211, reconoce que la doctrina es unánime en afirmar que la dignidad no es un derecho fundamental “pero se muestra vacilante en su calificación como valor superior, principio general del derecho, principio rector supremo, valor supremo o principio fundamentador”. LOMBARDERO EXPÓSITO, L.M., “Conflicto entre...”, op. cit., 2012, pág. 93, reconoce que la dignidad de la persona no constituye un derecho fundamental sino un “fundamento del orden político y de la paz social”.

³⁸⁰ Art. 1.1. de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, promulgada el 23 de mayo de 1949.

³⁸¹ GARCÍA GARCÍA, C., “Derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional”, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2003, pág. 30, refiere a la dignidad, libertad e igualdad como “una trilogía de valores superiores”.

de la personalidad de la persona³⁸², como refiere el citado art. 10.1 de la CE, constituyéndose en su conjunto como un valor constitucional supremo³⁸³.

La dignidad humana si bien carece entre nosotros de la condición de derecho fundamental, ello no significa que no posea una enorme proyección en otros derechos profundamente arraigados en la propia persona. Así lo ha entendido la doctrina de forma generalizada. Por un lado REDONDO HERMIDA³⁸⁴ defiende que “todos los valores y derechos proclamados por la Constitución pivotan en torno al concepto de dignidad de la persona”. Por otro lado autores como GARCÍA GARCÍA³⁸⁵, CANOSA USERA³⁸⁶ y FERNÁNDEZ GARCÍA³⁸⁷, participan de la opinión de que el derecho a la integridad física guarda una íntima conexión con la dignidad de la persona, y DUART ALBIOL³⁸⁸, sin embargo la vincula íntimamente con los derechos a la integridad física y moral (art.15), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art.18.1) y a la libertad de ideas y creencias (art.16).

La jurisprudencia también ha ponderado en reiteradas ocasiones la vinculación existente entre la dignidad de la persona y otros derechos constitucionalmente reconocidos. En este sentido la STC 207/1996 cuando se refiere a la intimidad personal como una derivación o parte de la dignidad de la persona, la define en su conjunto como “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las

³⁸² AGUILERA PORTALES, R., y GONZÁLEZ CRUZ, J., “Derechos humanos y la dignidad humana como presupuesto de la eutanasia”, Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, nº 69, noviembre 2012, pág. 161, a la hora de definir la dignidad humana, establece que está conexas con el desarrollo integral de la persona humana, es decir, el modo como se realiza personalmente.

³⁸³ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. (coord.), “Diccionario jurídico”, op. cit., 2004, pág. 307.

³⁸⁴ REDONDO HERMIDA, A., “El delito contra la integridad moral por violación de la intimidad corporal de la víctima”, Revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº 57, 2009, pág. 91.

³⁸⁵ GARCÍA GARCÍA, C., “Derecho a...”, op. cit., 2003, pág. 32.

³⁸⁶ CANOSA USERA, R., “El derecho...”, op. cit., 2006, pág. 31.

³⁸⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, E., “Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita”, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 26.

³⁸⁸ DUART ALBIOL, J.J., “Inspecciones, registros...”, op. cit., 2014, pág. 211.

pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”³⁸⁹.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en su denodado intento de delimitar el significado de la cláusula dignidad de la persona, ha realizado una delimitación desde una doble vertiente, por un lado, ha señalado la potencialidad autodeterminadora³⁹⁰ de la persona que posee dicha cláusula y por otro ha apuntado la imposibilidad instrumentalizadora y cosificadora³⁹¹ del ser humano que dicha cláusula lleva implícita.

De este modo la STC 53/1985 ha definido a la dignidad de la persona como “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”³⁹². Dicha sentencia deja en evidencia la vinculación existente entre dignidad humana y libertad dado que aquella implica, sin duda, un básico derecho de autodeterminación de las personas, de modo que estas configuren a su libre albedrío su existencia.

Llevada esta cuestión al tema que nos ocupa ¿qué puede significar el respeto de la dignidad de la persona en la práctica del cacheo? A nuestro entender puede significar, al menos, dos cosas. En primer lugar, si la dignidad de

³⁸⁹ STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ3º. También el TS ha confirmado dicha relevancia, a modo de ejemplo nombramos la STS 97/2015, de 24 de febrero, ya que realiza un estudio de la doctrina jurisprudencial a tal efecto.

³⁹⁰ AGUILERA PORTALES, R., y GONZÁLEZ CRUZ, J., “Derechos humanos...”, op. cit., 2012, pág. 160, relaciona la dignidad humana con la autonomía de la persona, en referencia a la libertad, y en atención a escoger la forma de vida de cada cual.

³⁹¹ La STS 19/2015, de 22 de enero, por el cual dos agentes de la Guardia Civil, al sospechar de que una menor intentaba sustraer un bolso en una playa, le sometieron a un cacheo superficial, no encontrando nada más que sus objetos personales, por lo que uno de ellos le propinó un bofetón en la cara, y le instó a que se desnudara y le obligó a que nadara desde la orilla hasta una boya. A ambos agentes de la autoridad le condena el Alto Tribunal a dos delitos contra la integridad moral, arguyendo en este sentido que: “el núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación que tiene la víctima porque resulta agredida en lo que es más esencial del individuo: su dignidad de ser humano merecedor de respeto por su condición humana” (FJ2º).

³⁹² STC 53/1985, de 11 de abril, FJ8º.

la persona comporta la imposibilidad de instrumentalizar y cosificar al ser humano, ésta implicaría en la práctica del cacheo la exigencia de salvaguardarle frente a cualquier intento de cosificación, de forma que si el individuo se convierte en un medio despojado de su condición de fin, se lesionaría el principio de la dignidad de la persona en el supuesto de que el cacheo se realizase de forma degradante.

De esta forma la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de afectación de la dignidad personal por las FCS mediante la práctica del cacheo. Como ejemplo de ello señala el TS, que existe afectación de la dignidad cuando de forma abusiva funcionarios policiales retengan a una persona para proceder al cacheo, desnudándola ulteriormente durante diez minutos en el interior de un vehículo sin causa justificada³⁹³, así también como obligar a una persona a efectuar flexiones con desnudo después de una comunicación íntima³⁹⁴; e idéntica afectación a la dignidad traerían consigo todas aquellas actuaciones que implicasen un plus de trato inhumano, vejatorio o degradante.

Por tanto será muy importante en el trabajo diario del policía a la hora de proceder a intervenir a cualquier persona aplicar los criterios de idoneidad en cuanto al modo de proceder y medios a utilizar al objeto de evitar cosificar a la persona que se está cacheando³⁹⁵.

En segundo lugar, si la dignidad lleva consigo esa capacidad de autodeterminación de la propia conducta y dado que las intervenciones corporales suponen una importante limitación de dicha capacidad autodeterminadora, hemos de plantearnos necesariamente el papel que juega el consentimiento como requisito legitimador de la actuación policial.

³⁹³ STS 677/2009, de 17 de junio.

³⁹⁴ STC 57/1994, de 28 de febrero. Además dicho Tribunal considera las referidas acciones, como un trato vejatorio y degradante que prohíbe el art. 15 CE en relación con el art. 10 de la CE (FJ11º).

³⁹⁵ Como ejemplo del modo de proceder por parte de las FCS para evitar la afectación de la dignidad podemos citar a la ATS 33/2007, de 11 de enero (FJ 1ºC), en cuanto al cacheo practicado a una mujer, expresa que se respeta tanto el derecho a la intimidad como la dignidad porque el cacheo fue practicado por una agente de la Guardia Civil, afectando únicamente a planos externos del cuerpo de la acusada, sin someterla a ninguna postura que pudiera comportar un trato mínimamente vejatorio anexo a la actuación profesional.

El consentimiento del afectado, es un elemento crucial en todas aquellas intervenciones que afectan a la integridad física. En tales supuestos si el sometido no otorga su consentimiento deberían ser los Jueces los que autoricen dicha intervención, restableciéndose así el justo equilibrio entre el dilema que siempre ha existido, entre la investigación de las conductas delictivas y la debida protección de los derechos fundamentales, definido como “el juicio de proporcionalidad”³⁹⁶.

En este sentido CANOSA USERA, señala que en las intervenciones que afecten a la integridad física será el juez competente el que realice el citado juicio de la proporcionalidad, ponderando dicha medida, de tal forma que para que resulten legítimas, han de ser mayores las ventajas obtenidas que los inconvenientes resultantes³⁹⁷.

Por tanto en este tipo de actuaciones es preceptiva la autorización judicial, a no ser que se tenga que intervenir por urgencia porque pueda peligrar gravemente su salud³⁹⁸, o que dado la inmediatez y precisión de la urgencia a efectos de investigar un delito se proceda siempre que la intervención sea leve y con un juicio razonable³⁹⁹.

³⁹⁶ La STS 707/2008, de 30 de octubre (FJ2º) aduce que “las intervenciones corporales en cuanto pueden afectar a derechos fundamentales como la intimidad, la libertad, o la integridad física, tendrán que considerar el justo equilibrio y ponderarse los límites entre el deber de los poderes públicos de realizar una eficaz investigación de las conductas criminales y la protección de esos derechos fundamentales.” En definitiva, se deberá comprobar si la medida restrictiva del citado derecho, supera el juicio de proporcionalidad necesario para la intervención preceptiva del afectado.

³⁹⁷ CANOSA USERA, R., “El derecho...”, op. cit., 2006, pág. 245.

³⁹⁸ En este sentido se pronuncia ARILLA PLATERO, J., “Intervención corporal en el proceso penal, especial referencia a la extracción y análisis de sangre. Especial referencia a la extracción y análisis de sangre, publicación: sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales 17/2002”, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 4. También NIEVA FENOLL J., “La protección...”, op. cit., 2008, pág. 19, justifica las exploraciones de las cavidades corporales, cuando de forma inminente pueda peligrar seriamente la salud del afectado. Esta autora ilustra el presente supuesto con el ejemplo de que una persona tenga droga en la boca y haya peligro fundado de que se las pueda tragar.

³⁹⁹ Como ejemplo de dicha urgencia se refiere la STC 206/2007, de 24 de septiembre, consistente en un accidente de circulación. El conductor del turismo accidentado queda inconsciente, siendo trasladado al hospital, no obstante miembros de la Guardia Civil que acudieron al lugar de los hechos, se percatan por los signos externos, que presuntamente

Llegados a este punto tenemos que plantearnos la siguiente pregunta, ¿la práctica del cacheo constituye una intervención corporal que afecta a la integridad física? A la vista de lo afirmado en las páginas que nos preceden, hemos de contestar negativamente a esta pregunta y en consecuencia hemos de concluir que la práctica del cacheo no precisa del consentimiento del sometido ni en consecuencia de la autorización judicial en su defecto.

Pero es más, y ahora sí que entramos realmente en la cuestión que antes nos planteábamos, ¿la consagración constitucional de la dignidad de la persona puede comportar para las FCS la necesidad de obtener el consentimiento del afectado o, en su caso, de la autorización judicial para proceder a la práctica del cacheo? La respuesta ha de ser negativa porque si bien el principio de la dignidad conlleva una capacidad autodeterminadora del sujeto, ello no puede suponer un obstáculo absoluto en el interés de la justicia en la persecución de los delitos o en la defensa de cualesquiera otros principios o libertades constitucionalmente reconocidos.

circulaba bajo las influencias de bebidas alcohólicas. La benemérita solicitó por escrito al hospital para que se extrajera sangre a fin de verificar la tasa de alcohol en sangre, ya que el conductor estaba inconsciente, sin la correspondiente autorización judicial. El Tribunal se ha pronunciado alegando que no existía injerencia en la integridad física porque los médicos le habían extraído sangre a efectos terapéuticos, medio por el cual habían aprovechado éstos para realizar la prueba de verificación de alcohol en sangre; por tanto estaba justificada por la salud del afectado. En el fundamento jurídico octavo, el Tribunal se refiere al derecho a la intimidad (también con exacta similitud al derecho a la integridad física) en los siguientes términos: “la regla general es que sólo mediante una resolución judicial motivada se pueden adoptar tales medidas y que, de adoptarse sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, han de acreditarse razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad”. Sin embargo, el Tribunal entiende que existe una intromisión en la intimidad de la persona por el conocimiento del resultado de la prueba, sin el conocimiento del afectado, entendiendo el Tribunal (FJ8º), que se debería de haber puesto inmediatamente en conocimiento del juez para su debida autorización pues en este sentido no cabe dicha celeridad.

VIII. EL CACHEO PENITENCIARIO.

VIII.1. SIGNIFICADO DE LA TEORÍA DE LA RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECCIÓN EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO.

La teoría de la relación especial de sujeción proviene de la dogmática alemana⁴⁰⁰ al objeto de potenciar la primacía del poder ejecutivo y trasladada al ámbito penitenciario pretende justificar cierta devaluación de los derechos fundamentales del recluso frente a la Administración Penitenciaria⁴⁰¹.

La relación interno-administración penitenciaria, comporta una serie de entramados derechos y obligaciones⁴⁰² que dan lugar el surgimiento de una relación jurídica específica y distinta de la mantenida de forma ordinaria entre los ciudadanos y el Estado⁴⁰³. El recluso permanecerá por tanto sujeto al régimen del Centro, y como consecuencia sufrirá una restricción o limitación en sus de

⁴⁰⁰ Aduce REVIRIEGO PICÓN, F., "Multiculturalidad y Centros penitenciarios", Estudios de Deusto, vol. 60/1, Bilbao, 2012, pág. 114, que se sitúa en Alemania por el siglo XIX con Shmitthenner como precursor.

⁴⁰¹ TAMARIT SUMALLA, J.M. y OTROS, "Curso de derecho penitenciario", 2ª Edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 77, CERVELLÓ DONDERIS, V., "Derecho penitenciario", 2ª Edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 104, y JUANATEY DORADO, C., "Los límites al derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario", La Ley penal, nº 49, Ed. La Ley, 2008, pág. 11.

⁴⁰² Así lo afirma DUART ALBIOL, J.J., "Inspecciones, registros...", op. cit., 2014, pág. 48, utilizando como ejemplo la STC 35/1996, de 11 de marzo. Sigue argumentando que la alusión al "entramado de derechos y deberes" recíprocos, está perfectamente reflejado en los artículos 4 y 5 del RP.

⁴⁰³ Véase en este sentido, ARRIBAS LÓPEZ, J.E., "Breves consideraciones sobre la asistencia médica forzosa a los internos en los Centros penitenciarios", Actualidad jurídica Aranzadi, nº 705/2005, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006.

También se pronuncia en términos similares RODRÍGUEZ ALONSO, A., "Lecciones de derecho penitenciario", 3ª Edición, Ed. Colmares, Granada, 2003, pág. 43, quien define esta relación jurídica como aquella situación de poder que comporta cierto predominio de una de las partes sobre la otra.

E igualmente podemos encontrar una abultada jurisprudencia al respecto, véase como ejemplo la STC 120/ 1990, de 27 de junio (FJ6º).

derechos fundamentales⁴⁰⁴, mucho más intensa que el resto de los ciudadanos, restricciones, que posibilita nuestra Constitución en el art. 25.2, cuando alude a los derechos del recluso y advierte que las restricciones de estos no podrán ir más allá de lo estrictamente necesario para el cumplimiento de la finalidad perseguida⁴⁰⁵; afirmación que ha permitido a la doctrina acuñar el principio de proporcionalidad⁴⁰⁶ como instrumento, ya que al ponderar el equilibrio existente entre el fin perseguido y el perjuicio causado va a permitir determinar la legitimidad o no de determinadas medidas restrictivas de derechos.

Por otro lado, esta relación jurídica supone una posición de supremacía de la Administración frente al interno, justificada por la posición de garante de la vida y seguridad de los reclusos que ésta asume⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ REVIRIEGO PICÓN, F., "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los Centros penitenciarios", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 13, 2004, pág. 88, subraya que dicho colectivo "puede ser objeto de limitaciones en sus derechos constitucionales, que no serían de aplicación a ciudadanos comunes". DE DIEGO ARIAS, J.L., "El derecho a la intimidad de las personas privadas de libertad y el principio celular a la luz de la jurisprudencia constitucional", *Revista de Derecho UNED*, nº 8, 2011, pág. 86, argumenta que las sentencias dirimidas por los Tribunales se centran principalmente en el derecho a la intimidad, ya que es uno de los derechos más afectados dentro del ámbito penitenciario.

⁴⁰⁵ Así lo advierte CANOSA USERA, R., cuando afirma que la reclusión en "un Centro penitenciario entraña restricciones de derechos fundamentales, pero según el constituyente, las penas no deben ser más aflictivas de lo necesario", ("El derecho...", op. cit., 2006, pág. 227). En el mismo sentido, LASAGABASTER HERRARTE, I., "Las relaciones de sujeción especial", Ed. Cívitas, Madrid, 1994, pág. 415 y GARCÍA MACHO, R., "Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española", Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 209.

⁴⁰⁶ Se trata de un principio de construcción jurisprudencial que comprende tres criterios; el criterio de necesidad, el criterio de idoneidad, y el criterio de proporcionalidad en sentido estricto, encargado de ponderar los beneficios para el interés general frente a los perjuicios ocasionados en otros bienes o valores en conflicto.

⁴⁰⁷ La situación de garante que asume la propia Administración la mencionan en sus obras, autores como DE VICENTE MARTÍNEZ, R., "La observación de los internos, los recuentos de la población reclusa, los controles e intervenciones como medida de seguridad interior de los establecimientos penitenciarios", *Diario La Ley*, nº 7121, Ed. La Ley, 2009, pág. 1, y ARRIBAS LÓPEZ, J.E., "Breves consideraciones...", op. cit., 2006, pág. 3.

Los referidos extremos –relación jurídica peculiar y posición de garante– son concebidos actualmente como componentes de la “teoría de la relación especial de sujeción”, a pesar de que alguna sentencias lo haya denominado “intenso control público”⁴⁰⁸, de forma que supone una modificación del status libertatis⁴⁰⁹ del ciudadano, y por consiguiente adquiere un status más específico de individuo sujeto a un poder público, donde consecuentemente se deja de aplicar el régimen ordinario correspondiente a los demás ciudadanos⁴¹⁰.

A la hora de fijar un concepto de la teoría especial de sujeción, encontramos diversas posturas. JUANATEY DORADO⁴¹¹ la define como “una relación de dependencia del individuo respecto a un fin específico de la Administración pública, que se añade a la relación de dependencia jurídica en que como súbdito se encuentra frente al Estado”. Por otro lado RODRIGUEZ ALONSO⁴¹², nos la muestra como aquella relación “que se da entre dos sujetos de derechos, cuando la situación de poder en que se encuentra uno de ellos se corresponde con una

⁴⁰⁸ STC 89/2006, de 27 de marzo (FJ2º), al prescribir sobre la definición de domicilio en los Centros penitenciarios afirma que: “el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término”. La jurisprudencia de ámbito menor también ha referido dicho término: AAP de Barcelona 1557/2011, de 27 de Octubre (FJ1º), AAP de Barcelona 1446/2009, de 29 de Julio (FJ2º) o el AAP de Huelva 132/2011, de 28 de Marzo (FJ2º).

⁴⁰⁹ La STC 57/1994, de 28 de febrero (FJ2º) hace referencia a la teoría de la relación especial de sujeción cuando afirma que: “el interno (...) se integra en una Institución preexistente que proyecta su autoridad sobre, quienes al margen de su condición común de ciudadano y como consecuencia de la modificación de su status libertatis, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre los ciudadanos libres”.

⁴¹⁰ LASAGABASTER HERRARTE, I., “Las relaciones...”, op. cit., 1994, pág. 352, reconoce que “el internamiento en un Centro penitenciario puede dar lugar a limitaciones de los derechos fundamentales que no son de aplicación a los ciudadanos comunes”. En el mismo sentido la STC 2/1987, de 21 de enero (FJ2º), subraya que los internos “al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos”.

⁴¹¹ JUANATEY DORADO, C., “Los límites...”, op. cit., 2008, pág. 11.

⁴¹² RODRIGUEZ ALONSO, A., “Lecciones de...”, op. cit., 2003, pág. 43.

situación actualizada del deber de otro". Y PÉREZ CEPEDA⁴¹³, aduce sobre la teoría especial de sujeción que "el interno se encuentra en una situación respecto a la Administración penitenciaria que genera una relación jurídica con recíprocos derechos y deberes para cada una de la partes". Sin embargo para FERREIRA DE ABREU⁴¹⁴, perfila la posición en la importancia de la ejecución penal, el principio resocializador y la esencia de la pena de los reclusos para referirse a dicha teoría.

Por otro lado la doctrina también ha puesto de manifiesto los inconvenientes que dicha teoría comporta para el principio de legalidad con la subsiguiente disminución de la seguridad jurídica⁴¹⁵, y se muestran partidarios de la exigencia constitucional de una Ley Orgánica para tipificar las referidas restricciones de derechos fundamentales que se producen en el ámbito penitenciario⁴¹⁶.

El Tribunal Constitucional también apunta con claridad la repercusión de la teoría de la relación especial de sujeción en los derechos fundamentales. Dicha instancia jurisdiccional, con motivo de la resolución del caso de los miembros del GRAPO⁴¹⁷ en huelga de hambre se planteó la licitud o no de proceder a una alimentación forzosa de dichos huelguistas, llegando a la conclusión de su legitimidad en razón de la relación especial de sujeción en la que aquellos se encontraban inmersos y en atención a la obligación de tutela de la vida, integridad física y salud de los reclusos que el art. 4 de la LOGP atribuía al Centro de reclusión⁴¹⁸.

⁴¹³ PÉREZ CEPEDA, A., "De los derechos y deberes de los internos. La relación jurídico-penitenciaria", Manual de derecho penitenciario, Ed. Colex, Madrid, 2001, pág. 141.

⁴¹⁴ FERREIRA DE ABREU, F., "La pena y su ejecución en la doctrina de la sala constitucional del Tribunal Supremo de justicia", Capítulo Criminológico, vol. 35, nº 3, 2009, pág. 310.

⁴¹⁵ PÉREZ CEPEDA, A., "De los derechos...", op. cit., 2001, pp. 142-143. Además aporta que dificulta el control de la jurisdicción, ya que los reclusos están sometidos a un poder administrativo más intenso que el resto de los ciudadanos.

⁴¹⁶ JUANATEY DORADO, C., "Los límites...", op. cit., 2008, pág. 11.

⁴¹⁷ Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre.

⁴¹⁸ STC 120/1990, de 27 de junio (FJ7º), en la que se declara la no vulneración de ninguno de los derechos proclamados en los artículos 15, 16.1, 17.1, y 18.1 de la CE entre otros, por considerar que la relación especial de sujeción en la que se encuentran los presos justifica dicha intromisión en los derechos de los reclusos, siempre que se realice salvaguardando la dignidad de la persona. El AAP de Madrid 2417/2011, de 2 de junio, desestima un

Dicho pronunciamiento mayoritario se acompañó de dos votos particulares. Uno, suscrito por el Magistrado Rodríguez-Piñero que expresa su discrepancia con la opinión mayoritaria del pleno por entender que la obligación de la Administración penitenciaria de velar por la vida y salud de los internos, no puede ser entendida como justificativa de un límite adicional a los derechos fundamentales del penado, el cual, en relación a su vida y salud y como enfermo goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano en libertad, y por ello ha de reconocerse el mismo grado de voluntad en relación con la asistencia médica. El otro formulado por Jesús Leguina, expresa idéntica discrepancia por entender que ninguna relación de especial sujeción puede justificar la coacción de alimentación forzosa.

La doctrina también se ha pronunciado sobre la alimentación forzosa de los reclusos y encontramos al respecto opiniones favorables y contrarias. Por un lado CANOSA USERA, se declara favorable a la alimentación forzosa al considerarla un límite legítimo al derecho a la integridad, que encuentra su justificación en el mantenimiento del orden en las prisiones y la preservación de la vida y salud de los internos⁴¹⁹.

De igual modo CERVELLÓ DONDERIS⁴²⁰, expresa que la alimentación forzosa tiene cabida en el ámbito estrictamente penitenciario, avalando las posturas doctrinales que afirman que la Administración tiene el deber de intervención en este sentido cuando el sujeto se encuentre en extrema debilidad, pierda la conciencia o haya un peligro grave del recluso. Aduce además que, el derecho al suicidio (refiriéndose al derecho de huelga de hambre) de cualquier

recurso a un interno declarado en huelga de hambre, valorando el Tribunal, lo que en un principio había valorado el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid, que ante cualquier agravación de su estado de salud, se procediera a la alimentación forzosa del recluso. También destacamos la STS 233/2009, de 3 de marzo, cuando recuerda que el TC sobre materia especialmente relativas a personas reclusas en establecimientos penitenciarios ha dirimido a favor de la alimentación forzosa en presos que se declaran en huelga de hambre (FJ3º).

⁴¹⁹ CANOSA USERA, R., "El derecho...", op. cit., 2006, pág. 234.

⁴²⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., "La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa", Estudios Penales y Criminólogos, vol. XIX, Cursos e congresos, nº 95, Ed. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 2012, pág. 137.

ciudadano libre, ni mucho menos se puede equiparar y trasladar a la situación del recluso huelguista, ya que la custodia estatal sobre un interno y el deber de asistencia conlleva una especial intensidad en el mismo momento en el que el recluso pueda peligrar su vida o su salud por la no ingesta de alimentos⁴²¹.

Por el contrario JUANATEY DORADO, se manifiesta contraria a dicha administración forzosa de alimentos por considerar que supondría “una manifiesta extralimitación en el uso de esta Institución de la relación especial de sujeción que limita el derecho a la autonomía de los internos, sin que existan razones de seguridad o tratamiento que la justifiquen”⁴²².

En conclusión, podemos considerar que esa relación especial de sujeción también se proyecta sobre la práctica del cacheo que en el ámbito penitenciario operaría con una mayor intensidad y frecuencia que en las relaciones ordinarias. Sería precisamente el necesario mantenimiento del orden y seguridad del Centro⁴²³ el que justificaría esa mayor incidencia de la práctica del cacheo en los derechos del recluso, dentro de los límites establecidos por el principio de proporcionalidad que impediría la afirmación de que ese interés público serviría sin más, para justificar cualquier sacrificio de los derechos del penado⁴²⁴.

VIII.2. SEGURIDAD DEL CENTRO FRENTE AL EXTERIOR Y DERECHOS DE TERCEROS AJENOS A LA INSTITUCIÓN PENITENCIARIA.

La seguridad en los Centros de internamiento constituye uno de los objetivos primordiales de la política penitenciaria con el fin de asegurar la retención y custodia del interno⁴²⁵, así como el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad tanto de los penados como de los preventivos.

⁴²¹ *Ibidem*, pág. 138.

⁴²² JUANATEY DORADO, C., “Los límites...”, *op. cit.*, 2008, pág. 11.

⁴²³ La STC 218/2002, de 25 de noviembre (FJ4º), vincula el marco de la relación de sujeción especial con la seguridad y el buen orden del Centro, “deber que le viene impuesto por la Ley Orgánica General Penitenciaria, que la ley a la que se remite el art. 25.2 CE como habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos”.

⁴²⁴ Véase en este sentido la STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ6º.

⁴²⁵ Afirma PEITEADO MARISCAL, P., “Las competencias de los juzgados de vigilancia penitenciaria (II). Control de la Administración penitenciaria y amparo de los derechos de los reclusos. La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad”, Ed. De

El Tribunal Constitucional afirma sobre dicho aspecto que “ la retención y custodia de los internos constituye, por lo tanto, una de las finalidades de la Institución penitenciaria, lo que se traduce en el deber de las autoridades penitenciarias de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos al objeto de garantizar aquella finalidad”⁴²⁶, lo que se reduce en el deber de las autoridades penitencias de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos al objeto de garantizar aquella finalidad.

Es por ello, que la legislación penitenciaria⁴²⁷, concretamente el RP ha dedicado un capítulo íntegro a la seguridad de la cárcel. En el capítulo VIII incluye bajo la rúbrica “de la seguridad de los establecimientos”⁴²⁸, la protección tanto de la seguridad interior como de la exterior, siendo ésta última la que vamos a proceder a estudiar en el siguiente apartado.

Las competencias en la seguridad exterior están atribuidas tanto a la seguridad privada, como a las FCS, concretamente al Cuerpo de la Guardia Civil, que tendrá las funciones de la vigilancia de los establecimientos penitenciarios y las conducciones de los detenidos, presos y penados⁴²⁹.

Derecho Reunidos EDESA, Madrid, 2006, pág. 2, que el instrumento utilizado para garantizar la finalidad de la aludida retención y custodia, aflora en tres vertientes del régimen penitenciario concernientes a: el orden, la seguridad y la disciplina.

⁴²⁶ STC 57/1994, de 28 de febrero (FJ3º). O de ámbito menor señalamos la SAP de Barcelona, de 27 de Junio de 2013 (FJ3º).

⁴²⁷ DELGADO RINCÓN, L., “Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los presos en los Centros penitenciarios”, Teoría Realidad Constitucional, nº 18, 2006, critica a la LOGP porque las cuestiones de orden y de seguridad se encuentran un tanto dispensas y falta de sistematización.

⁴²⁸ Dicho capítulo consta de tres secciones, comprendidas entre la seguridad exterior, interior y los medios coercitivos, que según RODRÍGUEZ ALONSO, A., “Lecciones de...”, op. cit., 2003, pág. 145, no es correcta la inclusión de los medios coercitivos en el citado capítulo, por considerar que dichas medidas necesitan salvo urgencia, la aprobación del Juez de Vigilancia penitenciaria, siendo por ello recomendable su inclusión en el Título X bajo la rúbrica: “Del Régimen disciplinario y de las recompensas”.

⁴²⁹ Véase al respecto la Orden de 6 de junio de 1997 por la que se determinan las funciones de los Órganos de la Dirección General de la Guardia Civil, en desarrollo del artículo 4 del Real Decreto 1885/1996, de 2 de agosto, de estructura básica del Ministerio del Interior.

Similar atribución tienen conferidas los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas que tengan cuerpo propio, como es el caso de la Ertzaintza en el País Vasco y Los Mossos de Escuadra en Cataluña. No obstante, no podemos olvidar lo que la reciente Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada establece, ya que el artículo 41.3, faculta a los vigilantes de seguridad para vigilar y proteger los perímetros de los Centros penitenciarios, siempre y cuando así lo dispongan los órganos competentes, y cumpliendo las órdenes e instrucciones de las FCS, es decir, bajo la supervisión y coordinación de éstos⁴³⁰.

En el exterior del Centro, la seguridad estará confiada a dichos cuerpos policiales o seguridad privada, que verificarán su cometido de forma estática o móvil, esto es, o bien situándose en las llamadas garitas de vigilancia, o bien participando en las patrullas móviles que tendrán por cometido la salvaguarda del perímetro de seguridad penitenciario.

En el interior de la Institución penitenciaria se encontrarán agentes policiales en la puerta principal de información para evitar posibles altercados de familiares o grupos de personas afines o no a la Institución penitenciaria por alguna circunstancia concreta.

Igualmente se encontrarán unidades de control para vigilar a las personas que van a comunicarse con los reclusos, en aquella zona que siendo parte del Centro penitenciario y común a un colectivo de personas no forma parte del espacio al que los reclusos tienen acceso.

Es importante señalar que el Jefe de guardia exterior⁴³¹, deberá dar cuenta al Director de las incidencias del servicio y de todos aquellos hechos que por su importancia sean necesarios comunicarlos para que adopte las medidas que estime oportunas.

⁴³⁰ Incluso el artículo 40.d) de la LSP, establece que la seguridad privada podrá utilizar armas de fuego en los Centros penitenciarios, cuando por sus características y circunstancias así lo requieran.

⁴³¹ Normalmente estará compuesto por un miembro de superior jerarquía con respecto al conjunto que forman parte del Centro penitenciario en cuestión. Según ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, J., y RODRIGUEZ RAMÍREZ, V., "Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación", 5ª Edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, el Jefe de guardia exterior es una figura por la cual se convierte en un nexo de unión entre la seguridad exterior e interior.

El servicio de seguridad en el Centro corresponden a los funcionarios penitenciarios quienes según el art. 69 del RP poseen la facultad de realizar los controles pertinentes para evitar cualquier peligro que altere la convivencia penitenciaria. El citado artículo afirma: “los registros y controles de las personas autorizadas a comunicar con los internos, así como de quienes tengan acceso al interior de los establecimientos para realizar algún trabajo o gestión dentro de los mismos (...) se efectuarán un registro y control de los vehículos que entren o salgan del Establecimiento y de los paquetes y encargos que reciban o remitan los internos”.

Excepcionalmente, por razones de seguridad pública, la Disposición Final 1ª de la LOGP, autoriza a las FCS a asumir la dirección del Establecimiento penitenciario en cuanto a la vigilancia, custodia y restauración del orden, con la preceptiva comunicación a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados⁴³².

La inexistencia o insuficiencia de normas legales que puedan regular dichos aspectos ha originado que surjan normas internas paralelas a la legislación penitenciaria que complementan la forma de actuación en dichos controles, mediante Instrucciones emitidas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Por ello las Instrucciones 21/96⁴³³ y 4/2005⁴³⁴ se refieren a aspectos que nos interesan, en cuyo contenido, se encuentran que en dichos controles estará emplazado un arco detector de metales, asistido por un escáner para enseres y objetos, provistos también de detectores de metales más pequeños denominados “raquetas”, para realizar un minucioso registro en el supuesto de que el aparato principal emita un sonido alertador.

⁴³² La asunción excepcional de la dirección del establecimiento por las FCS vienen motivadas por distintos supuestos tales como motines, revueltas, evasiones masivas y todas aquellas circunstancias graves de seguridad que los funcionarios penitenciarios no hayan podido solucionar con los medios de los que disponen.

⁴³³ Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 21/96, con fecha 16 de diciembre; Régimen y Seguridad.

⁴³⁴ Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 4/2005, con fecha de 16 de septiembre del 2005; Comunicaciones Internos.

Dichos aparatos, asegurarán con más certeza la posibilidad de portar algún objeto prohibido que ponga en peligro el funcionamiento y el orden de los Centros penitenciarios. Dichas restricciones afectan también a los familiares que entren en la cárcel para la correspondiente comunicación con el interno, los cuales no podrán ser portadores de bolsos, objetos, comida, bebida, etc., (ni a la entrada ni a la salida), y no se les permitirá la entrada si se oponen a dichos controles⁴³⁵.

Todo ello supone una considerable reducción de la intimidad de los visitantes, en su gran mayoría familiares del interno que están interesados en realizar una comunicación, que sin ser reclusos y por lo tanto ajenos a la relación especial de sujeción⁴³⁶. Por tanto, existe nuevamente un conflicto entre seguridad y privacidad o intimidad, pero esta vez sujeto a una consideración especial; evitar que los ciudadanos libres puedan introducir objetos o sustancias perjudiciales para la convivencia de los internos.

Sin embargo, ello no tiene por qué comportar una hipotética fuerza expansiva de la relación especial de sujeción capaz de afectar sin más a todo aquel que se acerque al Centro. Una vez más el principio de proporcionalidad acude en nuestro auxilio para indicarnos la necesaria ponderación entre el fin perseguido y el daño causado.

De esta forma atendiendo al justo equilibrio entre el derecho del visitante a obtener privacidad⁴³⁷ y los intereses del Centro a mantener cierta seguridad, podemos considerar pertinente la existencia de detectores de metales emplazados

⁴³⁵ Según la Instrucción 21/96, estarán exentos de realizar dichos controles los Magistrados, Jueces y Funcionarios del Ministerio Fiscal, así como los Funcionarios y Personal Laboral adscritos al Centro, autoridades que vengán acompañadas por algún mando del Establecimiento y las FCS que sean conductoras de detenidos y presos, o que hayan de efectuar los traslados de los mismos.

⁴³⁶ En este sentido la SAP de Álava 257/2015, de 16 de Julio, estimaba por válido el cacheo realizado por los agentes de la Ertzaintza, a un visitante que iba a tener una comunicación "vis a vis" con un interno, y que se negó a ser cacheado por los funcionarios penitenciarios. En el cacheo se le intervino sustancias prohibidas. También la SAP de Baleares 112/2015, de 7 de Julio, permitió el cacheo a un familiar de un interno que iba a tener una comunicación "vis a vis" en el que encontraron sustancias estupefacientes. En este caso, sin embargo si habían sospechas de que pudiera portar droga.

⁴³⁷ Véase en este sentido COYLE A., "La Administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos, en manual para el personal penitenciario" Ed. Centro internacional de estudios penitenciarios, Londres, 2002, pág. 64.

en el acceso a la Institución, dada su leve incidencia en la intimidad de los visitantes; se trataría en suma y pese a las molestias ocasionadas a un sometimiento legítimo a las normas del Centro al que se accede.

En relación con el tema que nos ocupa, el cacheo a los visitantes conocería de mayores limitaciones que con respecto a los internos, dado que, aunque nada impidiera dicha práctica si concurriera sospechas o indicios fundados que la fundamentaran, no cabría en ningún caso la práctica generalizada de dichos cacheos por los funcionarios, ni que decir tiene, la modalidad del cacheo con desnudo integral, que en esta oportunidad exigiría, en ausencia del consentimiento del sometido, la existencia de una autorización judicial.

El RP prescribe sobre dicho aspecto en el artículo 45.7, ya que prevé la posibilidad de realizar un cacheo con desnudo integral para los visitantes que vayan a disfrutar una comunicación íntima, familiar o de convivencia, únicamente cuando se tengan motivos racionales, en atención a razones individuales y contrastadas de que el visitante pudiera llevar consigo algún objeto peligrosos o sustancias susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas⁴³⁸. En el supuesto de que el visitante niegue ser sometido a tal medida, la comunicación no se llevará a cabo como así prevé el RP⁴³⁹.

Por todo lo expuesto, consideramos recomendable que realicen dichos controles las unidades de FCS en lugar de los propios funcionarios o el servicio de vigilancia privada, como viene siendo la práctica habitual, dado que la condición de agentes de la autoridad de aquellos, les habilitaría para realizar con mayor legitimidad dichos cacheos superficiales y registros a todas aquellas personas ajenas a la relación especial de sujeción que pretendieran acceder al Centro.

Es una utopía, pero solucionaría muchos casos conflictivos como el que expresamos, la creación y descubrimiento de un aparato sofisticado que pudiera señalar mediante un pitido el emplazamiento corporal donde se encuentra un

⁴³⁸ PEITEADO MARISCAL, P., "Las competencias...", op. cit., 2006, pág. 14, reflexiona sobre dicha modalidad indagatoria sobre los visitantes, concluyendo que es una medida "inadmisible", ya que para nuestro autor, no estaría legitimado, que una decisión de un funcionario penitenciario pueda ordenar dichas prácticas.

⁴³⁹ El artículo 45.7 continúa aludiendo que "sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito".

objeto o sustancia prohibida, sin la necesidad de recurrir a escáner, cacheo y desnudo integral, pero como hemos apuntado, es todavía una quimera.

VIII.3. SEGURIDAD INTERIOR PENITENCIARIA Y DERECHOS DEL RECLUSO.

El art. 25.2 de la CE señala que tanto las penas privativas de libertad como las medidas de seguridad estarán enfocadas hacia una reeducación y reinserción social de los penados. En desarrollo de dicho objetivo constitucionalmente marcado, la legislación penitenciaria ha incluido como fines de su actividad dicha reeducación y reinserción de los penados junto con la genuina obligación de custodia y retención del interno⁴⁴⁰.

De esta forma podemos considerar que el fin prioritario de la pena es la reeducación y la reinserción del penado al que se espera convertir en “una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como subvenir a sus necesidades”⁴⁴¹. Su retención y custodia constituirían de esta forma una finalidad perseguida a través del cumplimiento íntegro de la pena privativa de libertad.

Tanto el tratamiento como el régimen penitenciario tienen una diferencia considerable referida a la voluntariedad del interno, es decir, en el tratamiento para conseguir la reeducación y reinserción social, debe de haber una intención y pretensión del penado porque no es obligatorio, sin embargo el régimen penitenciario, tiene como fin primordial, alcanzar una efectiva retención y custodia, de modo que los internos acatarán con el mayor rigor posible, las

⁴⁴⁰ El art. 1º de la LOGP afirma que: “las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social (...) así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.”. Y el art. 2 del RP es del siguiente tenor: “la actividad penitenciaria tiene como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados (...) así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados y la asistencia social de los internos, liberados y de sus familiares”. REVIRIEGO PICÓN, F., “Multiculturalidad y...”, op. cit., 2012, pág. 119, establece que “debe velarse por la seguridad y buen orden regimental del Centro penitenciario, al corresponder a la Administración penitenciaria la retención y custodia de los reclusos”.

⁴⁴¹ Art. 59 de la LOGP.

normas regimentales del Centro, considerado constitucionalmente como obligatorio⁴⁴².

El mantenimiento de la seguridad y el orden tendrán como justificación garantizar la retención y custodia de los penados y preventivos, así como velar por la vida, integridad física y salud de los internos, posicionándose la Administración penitenciaria como garante de tales bienes jurídicos⁴⁴³, valiéndose de la relación especial de sujeción como instrumento para la salvaguarda de los mismos.

En este sentido subrayan TAMARIT SUMALLA y OTROS, que el mantenimiento de la seguridad en los Centros “constituye además una exigencia insoslayable como consecuencia de la posición de garante que asume la propia Administración penitenciaria respecto de la integridad física y moral de los internos –custodia–, así como de la finalidad de retención”⁴⁴⁴.

La seguridad en los Centros penitenciarios es, pues una cuestión prioritaria y de extrema importancia, lo que ha originado que el RP disponga de un capítulo dedicado a la seguridad penitenciaria. A título de ejemplo podemos mencionar que el art. 4 de la LOGP establece el deber de los internos a acatar las normas del régimen interior, así como de mantener una actitud de respeto y consideración, y guardar una conducta correcta con sus compañeros.

En un intento de aproximación conceptual al término de seguridad penitenciaria, FERNÁNDEZ GARCÍA, la define como “aquel conjunto de medidas preventivas que la Administración penitenciaria dispone, al objeto de

⁴⁴² FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Medidas de seguridad y vigilancia”, Manual de derecho penitenciario, Ed. Colex, Madrid, 2001, pág. 243, entiende que la custodia y retención no es un fin en sí mismo, sino un medio para la consecución de los fines resocializadores previstos en la ejecución penitenciaria, argumento que es discutible y no comparto, porque al ser éstos últimos voluntarios para el interno, frente a la obligatoriedad de la retención, entiendo que la custodia constituiría otro fin legislativo.

⁴⁴³ Así lo refleja el art. 3.4 de la LOGP cuando afirma que “la Administración velará por la vida, integridad y salud de los internos”. En el mismo sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Registros y cacheos en el ámbito penitenciario”, Revista de derecho y proceso penal, Ed. Aranzadi, 2009, pág. 88, señala como deber de las autoridades penitenciarias articular adecuados sistemas de vigilancia y seguridad al objeto de garantizar la retención y custodia de los presos.

⁴⁴⁴ TAMARIT SUMALLA, J.M., y OTROS, “Curso de...”, op. cit., 2005, pág. 201.

asegurar la presencia física del interno en el Centro, evitando tanto las fugas como la evasión o puesta en peligro de sus bienes jurídicos fundamentales en el interior de los establecimientos, asegurando el buen orden regimental y la convivencia ordenada dentro de los mismos y garantizar la incolumidad física de la prisión de potenciales ataques dirigidos desde el exterior”⁴⁴⁵.

Entre tales medidas tendentes a garantizar el orden y la seguridad penitenciaria, nos encontramos con el cacheo⁴⁴⁶, el desnudo integral⁴⁴⁷ o el registro en celda, medidas todas ellas que pueden entrar en contraposición con el derecho a la intimidad de los internos⁴⁴⁸.

Por todo lo expuesto anteriormente llegamos a la conclusión de que la Administración penitenciaria está obligada a asegurar la efectiva convivencia, orden y seguridad en el Centro⁴⁴⁹, aún cuando quede afectada la intimidad del

⁴⁴⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Medidas de...”, op. cit., 2001, pág. 243.

⁴⁴⁶ STEDH, Caso Guidi contra Italia expresa en su apartado 35 que “los cacheos e incluso los integrales, pueden a veces resultar necesarios para asegurar la seguridad en una prisión”.

⁴⁴⁷ La STS 677/2009, de 17 de junio (FJ1º), cuando se plantea la legalidad de un cacheo integral en ámbito penitenciario señala que este “puede estar justificado excepcionalmente en función de las circunstancias del caso, lo que generalmente puede presentarse en relación con el mantenimiento de la seguridad en el ámbito de establecimientos penitenciarios”.

⁴⁴⁸ La SAP de Lérida 119/2001, de 12 de marzo (FJ único), señala la existencia en el ámbito penitenciario de “un conflicto de intereses entre la seguridad del Centro penitenciario y el derecho a la intimidad de los internos”. Además la STC 106/2012, de 21 de mayo (antecedentes), reconoce el conflicto creado con las medidas de seguridad y los derechos del interno. En el mismo sentido se manifiesta CORBELLA IDUCH, J., “El derecho a la intimidad personal en el ámbito penitenciario”, Diario La Ley, Sección Doctrina, Ed. La Ley, 1999, pág. 9, reconociendo la existencia de una tensión dialéctica entre los derechos fundamentales de los internos y la aplicación de las medidas de seguridad del Centro.

⁴⁴⁹ Dicha posición de garante ha motivado la declaración por los Órganos jurisdiccionales de la responsabilidad patrimonial de la Administración en aquellos supuestos en que no había sido efectiva. Como prueba de ello la STS 316/1996, de 20 de abril, declaró dicha responsabilidad como consecuencia del homicidio de un recluso por otro interno, que portaba una navaja de considerables dimensiones que no había sido debidamente incautada. En sentido contrario, la Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso Administrativo del 16 de diciembre de 2004, no declaró responsable al Hospital psiquiátrico penitenciario de Alicante al no ser capaz de evitar el suicidio de un interno como consecuencia de una ingesta de pastillas.

recluso siempre y cuando dicha interferencia no vaya más allá de lo que la ordenada vida en prisión exija.

Afectación de la intimidad del recluso que por lo demás ha sido puesta de manifiesto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Así lo indica la STC 196/2006 cuando afirma que una “de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas”⁴⁵⁰.

Además la doctrina señala al derecho a la intimidad, como uno de los derechos más afectados por la privación de libertad⁴⁵¹. A mayor abundamiento las normas legales también se hacen eco de dicha merma. Como ejemplo de ello, el art. 18 del RP, contempla toda una serie de medidas que han de adoptarse a la llegada del interno al Centro y que inevitablemente van a repercutir en su intimidad, tales como la verificación de su identidad, la toma de huellas y fotográfica, el cacheo, el registro, etc.

A continuación vamos a desarrollar aquellas actuaciones que desarrollan los funcionarios penitenciarios para salvaguardar la seguridad y el orden penitenciario y que pueden afectar a la intimidad del recluso:

VIII.3.1. Registros en celda.

Como ya hemos señalado, la vida en los Centros penitenciarios comporta inevitablemente una minoración del derecho a la intimidad de los internos, empero la Administración penitenciaria tiene la obligación de evitar ataques arbitrarios e innecesarios a los reclusos, y debe proporcionar a los mismos, una vida saludable acorde a su dignidad. Es por ello que el principio celular o de alojamiento en celda individual tiene como objeto, garantizar la vida más íntima

⁴⁵⁰ STC 196/2006, de 3 de julio, FJ5^a.

⁴⁵¹ En esta línea JUANATEY DORADO, C., “Los límites...”, op. cit., 2008, pág. 1, señala que por razones obvias, la intimidad es uno de los derechos más afectados por la ejecución de las penas. DELGADO RINCÓN, L., “Algunas consideraciones...”, op. cit., 2006, pág. 93, apunta que la situación de hacinamiento de nuestras cárceles acentúa más la afectación del derecho a la intimidad en dicho ámbito.

del interno al proporcionarle un espacio físico capaz de operar como reducto en el que desarrollen su vida personal.

La previsión legislativa⁴⁵² de alojamiento en celda individual es escasamente viable en la actualidad, dada la situación de hacinamiento existente en nuestras cárceles⁴⁵³, de forma que lo previsto como excepción en la norma ha pasado a ser la regla general.

Por tanto, quedan muy lejos las pretensiones del Gobierno con respecto a la situación actual de los internos, que se ven obligados a compartir celda con otros reclusos con la subsiguiente reducción de su intimidad. No obstante, la jurisprudencia se ha decantado por considerar que las celdas compartidas no

⁴⁵² La LOGP afirma en el art. 19.1 que: “todos los internos se alojarán en celdas individuales. En caso de insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del médico o de los equipos de observación y tratamiento, se podrá recurrir a dependencias colectivas. En estos casos, los internos serán seleccionados adecuadamente”.

El RP también se pronuncia al respecto y en el art. 13.1 y 3 prevé la posibilidad de alojar a más de un interno en una celda entre otras causas por haber mucha población reclusa, posibilidad que contempla en los siguientes términos: “1. El sistema penitenciario estará orientado por el principio celular, de manera que cada interno disponga de una celda, salvo que sus dimensiones y condiciones de habitabilidad permitan, preservando la intimidad, alojar a más de una persona, en cuyo caso se podrá autorizar compartir celda a petición del interno, siempre que no existan razones de tratamiento, médicas, de orden o seguridad que lo desaconsejen. 2. Temporalmente, cuando la población penitenciaria supere el nº de plazas individuales disponibles, se podrá albergar a más de un interno por celda”.

También como novedad a la reforma del RP, operada por el Real Decreto 419/2001, de 25 de marzo, reforma el artículo 65 del citado Reglamento, introduce la posibilidad de realizar cambios de celdas a los internos, en aras de realizar mayores previsiones en función de garantizar la seguridad de los Centros penitenciarios para aquellos que estén considerados como potencialmente peligrosos; particularmente para aquellos internos que pertenezcan a grupos terroristas, delincuencia organizada o de peligrosidad extrema.

⁴⁵³ En el mes de agosto del 2015 hay un total de 64.119 reclusos en las cárceles españolas según el Instituto Nacional de Estadística, www.ine.es/jaxi/tabla.do. (consultado el 05 de noviembre del 2015). La doctrina es unánime en afirmar que existe demasiada población reclusa, en comparación con el espacio existente y el nº de celdas. En este sentido afirma en el estudio de su obra tanto GARCÍA-GUERRERO, J., y MARCO, A., “Sobreocupación en los Centros penitenciarios y su impacto en la salud”. *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, vol. 14, nº 3, 2012, p. 106-113, como MENÉNDEZ SALES, B., “Evaluación de casos en el Centro penitenciario El Acebuche”, Ed. Universidad de Almería, 2012, pág. 4.

constituyen una lesión del derecho a la intimidad consagrado al art. 18.1 de la CE, dado que “una de las consecuencias más dolorosas de la privación de libertad es la reducción de la intimidad de quienes la sufren, de tal manera que sólo podrán ser consideradas lesivas de la intimidad aquellas medidas que la reduzca más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiera”⁴⁵⁴.

Una vez delimitado dicho aspecto y antes de plantearnos la legitimidad del registro de la celda debemos preguntarnos si ésta tiene el carácter de domicilio del interno con todas las garantías previstas para el mismo por el art. 18.2 de la CE.

Nuevamente ha sido la jurisprudencia la que ha negado el carácter domiciliario de la celda y por lo tanto la entrada en ella no requiere autorización judicial alguna que la permita. Como fundamento de tal conclusión se encuentra el hecho de que si “la protección de la inviolabilidad del domicilio es complemento del derecho a la libertad individual, como quiera que precisamente es de este derecho del que se priva al condenado a penas de privación de libertad, es claro que también lo es del correlativo derecho a elegir un espacio limitado para garantizar un ámbito de privacidad, imposible de mantener en Instituciones penitenciarias, donde la privacidad resulta con escasos momentos de excepción imposible”⁴⁵⁵.

Sin embargo la doctrina mantiene criterios dispares a la hora de pronunciarse sobre la cuestión. Por un lado, DE VICENTE MARTÍNEZ⁴⁵⁶ sopesa que al ser la celda parte de un edificio público no es susceptible de ser considerada como domicilio habitual. También se pronuncia al respecto JUANATEY DORADO, al considerar que la celda “no goza del mismo grado de protección que el domicilio”⁴⁵⁷, por tanto no es perceptible solicitar la autorización judicial pertinente. Por el contrario CERVELLÓ DONDERIS, sí que considera preceptiva la orden judicial para proceder el registro de la celda⁴⁵⁸. En la misma línea se expresa RÍOS MARTÍN, quien considera la celda como domicilio habitual

⁴⁵⁴ STC 195/1995, de 19 de diciembre, FJ3º o la SAN, nº recurso 772/2010, de 11 de septiembre de 2013.

⁴⁵⁵ STS 515/1998, de 6 de abril, FJ2º, ATS 1590/2012, de 18 de octubre, FJ1º.

⁴⁵⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Registros y...”, op. cit., 2009, pág. 36.

⁴⁵⁷ JUANATEY DORADO, C., “Los límites...”, op. cit., 2008, pág. 12.

⁴⁵⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Derecho penitenciario”, op. cit., 2006, pág. 177.

del privado de libertad, y en consecuencia se manifiesta partidario de que la misma goce de toda la protección que la Constitución dispensa al domicilio⁴⁵⁹.

Ahora bien, que la celda no se considere domicilio a efectos jurídicos –con todas las garantías que ello supone– no quiere decir que se pueda realizar en ella cualquier registro, que verificado de forma indiscriminada y vejatoria pudiera comportar una lesión de la dignidad de su ocupante⁴⁶⁰.

Una vez delimitada esta cuestión, es el momento de determinar si es legítimo o no el registro de las celdas por los funcionarios penitenciarios encargados de la vigilancia y el orden del Establecimiento. Hemos de señalar al respecto la inexistencia de una regulación específica que legitime el registro periódico de las celdas, a excepción de lo que ocurre para aquellos presos que se encuentran en régimen cerrado y en departamentos especiales. Sin embargo, el art. 93.2 del RP habilita a los funcionarios para registrar la celda y cachear al interno diariamente, sin necesidad de que se produzca la concurrencia de una sospecha o justificación racional, ya que el mero hecho de estar comprendidos entre los internos más peligrosos del Centro justificaría dicha actuación al objeto de asegurar el mantenimiento del orden.

En la celda, el interno lleva consigo ropa o efectos personales; por ello, aún no considerándose la celda como domicilio, no quiere ello decir que se pueda registrar de forma arbitraria, porque al contener los efectos o enseres personales del recluso su inspección repercutiría en la intimidad del recluso.

La normativa prevista por el art. 23 de la LOGP reguladora de los registros y cacheos, presenta cierta ambigüedad que se encarga de concretar, con escaso éxito, el art. 68.1 del RP que al referirse a dichas prácticas de inspección y control no establece con claridad la periodicidad de las mismas, ni el modo de realizarlas, ni tampoco si el interno debe estar en la celda o no, lo que da lugar a importantes dudas interpretativas.

⁴⁵⁹ RIOS MARTÍN, J.C., "Manual de ejecución penitenciaria, defenderse de la cárcel", 2ª Edición, Ed. Colex, Madrid, 2001, pág. 234.

⁴⁶⁰ Según la legislación penitenciaria corresponde a la Administración del Centro velar para que las condiciones en las que los internos desarrollen su vida en la celda sean de lo más adecuadas y dignas posible. El art. 19.2 de la LOGP y el art. 14 del RP, establecen los requisitos mínimo que deben de cumplir las celdas.

Como indica DE VICENTE MARTINEZ⁴⁶¹, el registro de la celda deberá de poseer un carácter excepcional motivado por una causa concreta y específica derivada de la necesidad de preservar el orden y la seguridad, no resultando pertinente al respecto la mera alusión de una generalizada necesidad de preservar el orden.

Por otro lado ante la ambigüedad legal existente al respecto, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, protocolizó las pautas a seguir en dichas actuaciones. En el apartado primero de la Instrucción 21/96, regula, entre otros procedimientos, la facultad que adquieren los funcionarios penitenciarios, para registrar al menos dos veces por semana las celdas de aquellos internos que estén considerados como peligrosos o violentos, y diariamente las de aquellos que por las características de los internos que albergan o por ser puntos más vulnerables se considere necesario.

La Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo⁴⁶², declaró nulo de pleno derecho, el apartado primero de esta Instrucción en una demanda interpuestas por los internos⁴⁶³, ya que se vulneran los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa, porque esta disposición administrativa, contiene normas de carácter general sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos conflictivos, que afectan a los derechos y deberes de los mismos, aduciendo el Alto Tribunal que circulares o instrucciones emitidas por las Instituciones penitenciarias, no son el medio más idóneo para su regulación.

No obstante, consideramos que poco cambia a tal respecto, a sabiendas que el RP, autoriza para registrar la celda una vez al día en departamentos especiales, a sabiendas también que en primera instancia el recurso que se realizó en la Audiencia Nacional se dilucidaban otros aspectos de la Instrucción referida.

⁴⁶¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., "Registros y...", op. cit., 2009, pág. 34.

⁴⁶² STS nº recurso 9576/2004, de 17 de marzo de 2009.

⁴⁶³ Por medio de la asociación "madres unidas contra la droga", principalmente por la discriminación y desigualdad de trato que se estaba produciendo en las Instituciones penitenciarias, por los seguimientos administrativos de los distintos grupos en atención a los delitos cometidos, repercusión social, pertenencia a bandas organizadas y criminales, peligrosidad u otros factores, regulado en el FIES, que significa "Fichero Interno de Especial Seguimiento".

Por este motivo, posteriormente se reformó el RP por el Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, en cuyo artículo 65, introdujo la posibilidad de realizar cambios de celdas en las actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los establecimientos, intensificándose, incluso dicha medida, si es aplicados a internos de potencialmente peligrosos, especialmente si se tratan de internos pertenecientes a grupos terroristas, delincuencia organizada o de peligrosidad extrema.

No es menos importante destacar que, la Instrucción 6/2005⁴⁶⁴, autoriza el registro de las celdas correspondientes a los internos incluidos en FIES⁴⁶⁵, en cualquier oportunidad que comporte cualquier tipo de traslado o movimiento de los mismos que en el transcurso de cada conducción se cuidará que ocupen una celda previamente registrada.

Por último cabe señalar que el registro de la celda se debe realizar en presencia del interno, como así lo ha avalado la jurisprudencia, pudiendo citar como ejemplo la STC 89/2006, de 27 de marzo dictada, como consecuencia de una queja presentada por un recluso cuestionando la legitimidad de un registro efectuado en su celda durante su ausencia.

El Tribunal dio la razón al recurrente fundamentando su decisión en el denominado test de la proporcionalidad consistente en ponderar la necesidad, idoneidad y adecuación de la medida adoptada con la finalidad perseguida. En el FJ5º adujo la desproporción del juicio de necesidad en base a que para alcanzar el fin legítimo invocado (evitar el tráfico de drogas en el Centro penitenciario) existiría una medida menos lesiva para el derecho a la intimidad, consistente en permitir la presencia en el registro de la persona afectada.

Igualmente el Tribunal estima que no existiría vulneración de la intimidad si una vez registrada la celda, se comunica al afectado dicho registro, afirmación no compartida sin embargo por JUANATEY DORADO⁴⁶⁶, quien considera que no

⁴⁶⁴ Instrucción 6/2005, de 23 de mayo, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: Actualización de la Instrucción 23/96, relativa a las conducciones de internos.

⁴⁶⁵ Fichero de Internos de Especial Seguimiento, que comprende las siglas "CD" en las que se encuentran señalados los internos especialmente conflictivos y peligrosos.

⁴⁶⁶ JUANATEY DORADO, C., "Los límites...", op. cit., 2008, pp. 14 y 15.

tiene sentido que la comunicación al afectado sea posterior al registro de la celda, por entender este gesto no resarciría la intimidad del interno.

Sin embargo, en supuestos excepcionales donde son añadidos vicisitudes concurrentes en el registro de las celdas como pueden ser, la peligrosidad del interno que cumplía pena en régimen cerrado, y en aras de proteger la seguridad de los funcionarios penitenciarios que realizan las labores de registros de las celdas⁴⁶⁷, entiende el TC que aún sin notificarle previamente su registro, no estar presente el interno en el momento del mismo, y ni tan siquiera se le informara del resultado obtenido, (ya que no hubo ninguna incidencia relevante), no existe una vulneración al derecho de la intimidad del recurrente; interno del Centro penitenciario.

Por último, hemos de señalar que dado el vacío legal existente respecto de este tipo de intervenciones y en aras de preservar los derechos fundamentales de los internos, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria han confirmado, a los largo de las XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007⁴⁶⁸, la doctrina sentada por la sentencia del TC anteriormente descrita, dejando constancia en su apartado 96, de la necesidad con carácter general de la presencia del interno en el registro de la celda con las excepciones pertinentes que deben de estar previamente justificadas.

VIII.3.2. Observación y recuento.

El art. 66 del RP, está acorde con el modelo panóptico de Bentham de 1797⁴⁶⁹ como modelo inspirador de la prisión moderna⁴⁷⁰, referente a la observación.

⁴⁶⁷ Así consta en el FJ4º de la STC 106/2012, de 21 de mayo, que justifica la ausencia del interno por “evidentes razones de seguridad”, una vez leído el informe del Subdirector de seguridad del Centro penitenciario, que así lo hizo constar.

⁴⁶⁸ Criterios de Actuación, Conclusiones y Acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007.

⁴⁶⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Medidas de...”, op. cit., 2001, pág. 245, y DE VICENTE MARTINEZ, R., “La observación...”, op. cit., 2009, pág. 3.

⁴⁷⁰ NICOLÁS GUARDIOLA, J.J., “Evolución de la política penitenciaria europea”, 1º Edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 154-155, establece que el modelo revolucionario propuesto por Jeremy Bentham, supuso un auténtico hito en la materia. Fue instaurado en las Cárceles de Madrid en el siglo pasado. Refiere nuestro autor también que este modelo concede a un solo hombre (funcionario penitenciario), un poder de mayor vigilancia.

Ulteriormente destacamos a dos españoles; Concepción Arenal (1820-1893)⁴⁷¹ y Rafael Salillas (1854-1923), en cuyos estudios en ámbito penitenciario revolucionaron los Centros penitenciarios españoles convirtiéndolos en progresivos⁴⁷², lo que llevó a importantes modificaciones en su legislación⁴⁷³ en cuanto al tratamiento del penado y los derechos de los reclusos⁴⁷⁴. Dicho precepto (art. 66 RP), refiere sobre la observación de los internos como medida tendente a obtener una información visual tanto acerca del comportamiento de los reclusos, como de sus actividades y movimientos en sus relaciones con los demás internos.

En un intento de ocasionar al recluso, el menor impacto posible en su intimidad, la observación constituye una medida menos gravosa que el cacheo y los registros, capaz, sin embargo, de proporcionar cierta información sobre el interno que puede resultar de interés para la salvaguarda del orden de la prisión.

Se trata, en suma, de una medida preventiva que permitirá a los funcionarios detectar cualquier comportamiento anormal en el propio

⁴⁷¹ GALIZO LLAMAS, M., "Concepción Arenal y la humanización del sistema penitenciario. Pasado, presente y futuro del reto humanista en las prisiones", *Acción e investigaciones sociales*, nº 32, Ed. Faculta de Ciencia Sociales y del Trabajo, 2012, pp. 51-52. Para dicha autora Concepción Arenal fue una auténtica revolucionaria en ámbitos sociales, donde avanzó en muchas propuestas para profesionalizar a quienes se ocuparan del trato de los internos. En el mismo sentido aduce NICOLAS GUARDIOLA, J.J., "Evolución de...", op. cit., 2011, pág. 159, al referir que Concepción Arenal fue la impulsora de la realización de una reforma radical de las prisiones españolas.

⁴⁷² CRUECES, E., y AQUESOLO, J., (Coor.), "Los años convulsos. 1931-1945. Documentación del Archivo Histórico Provincial de Málaga", Junta de Andalucía, Ed. Consejería de Cultura, Cádiz, 2006, pág. 70.

⁴⁷³ En 1902 se creó el Consejo Superior Penitenciario, donde se contribuyó a la elaboración del Real Decreto clasificando las prisiones para los efectos del cumplimiento de condenas de 10 de marzo, entre otros.

⁴⁷⁴ No es ocioso considerar la importancia que ha tenido para la consolidación de las actuales Leyes penitenciarias españolas, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977, en cuyas reglas tienen por objeto establecer los "principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos" (observaciones preliminares).

establecimiento, y que una vez detectado permitirá a través del preceptivo informe, la adopción de medidas más adecuadas a las circunstancias concretas⁴⁷⁵.

Pero la seguridad, no es la única finalidad perseguida por dicha actuación ya que, según se deduce del propio art. 66 del RP, la observación también permite calibrar el alcance de la labor reinsertadora del Centro en relación con cada interno en concreto⁴⁷⁶.

En conclusión, la observación, es una medida de toma de contacto visual que constituye un importante instrumento de obtención de información, capaz de operar como filtro del cacheo, ya que la información obtenida por este medio, permitirá determinar qué internos han de ser cacheados y cuáles no, impidiendo de esta forma la verificación indiscriminada del mismo⁴⁷⁷. No obstante la situación actual de extrema masificación de los Centros, impide que dicha medida preventiva produzca en la práctica los efectos beneficiosos que apuntábamos

Los recuentos en el Centro penitenciario son reflejo de la obligación de custodia y retención de los privados de libertad que gravita sobre la Institución penitenciaria⁴⁷⁸. Por ello, se realizará diariamente un control de la población reclusa a través de los correspondientes recuentos, que podrán tener un carácter ordinario, en el caso que se produzcan de forma confidente con los relevos del personal de vigilancia, o bien un carácter extraordinario, cuando tengan lugar en cualquier momento que estime oportuno el Jefe de servicio.

⁴⁷⁵ DE VICENTE MARTINEZ, R., "La observación...", op. cit., 2009, pág. 3, aduce que dicha observación juega un papel primordial en las tareas de control preventivo y es un elemento fundamental de la seguridad activa. Además, RODRÍGUEZ ALONSO, A., "Lecciones de...", op. cit., 2003, pág. 147, también considera a la observación como una medida de seguridad preventiva.

⁴⁷⁶ En el mismo sentido CORBELLA I DUCH, J., entiende que la observación además de tener una finalidad aseguradora del Centro, tiene la virtualidad de determinar el nivel de adaptación alcanzado por el recluso como consecuencia del tratamiento penitenciario, ("El derecho...", op. cit., 1999, pág. 10).

⁴⁷⁷ RODRÍGUEZ ROMÁN, F.J., "Defensa integral penitenciaria", Revista de Artes Marciales Asiáticas, vol. 4, nº 4, 2012, pág. 88, expresa que el cacheo junto con la observación, el recuento, registros y controles, son los procedimientos más idóneos para mantener la seguridad en los Centros penitenciarios.

⁴⁷⁸ Véase en este sentido, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, J., y RODRIGUEZ RAMÍREZ, V., "Reglamento penitenciario...", op. cit., 2006, pág. 175.

Los recuentos ordinarios aparecen regulados en el art. 67.1 del RP, y son definidos por FERNÁNDEZ GARCÍA⁴⁷⁹, como “aquella actividad regimental que consiste en realizar la comprobación visual y directa del número de internos que existen en una determinada dependencia donde se realiza, y la comprobación del estado físico de los mismos”. E igualmente, el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 1 de diciembre de 2005, cuando señala que la finalidad del mismo es la de “facilitar la comprobación de la presencia del interno y de la normalidad de su estado físico”⁴⁸⁰.

La segunda opción, los denominados recuentos extraordinarios, son instados como regla general por el Jefe de Servicio, que debe comunicarlo al Director del Centro, al objeto de comprobar en cualquier momento el número exacto de internos.

La práctica de los mismos puede venir determinada por circunstancias diversas que la justifiquen, tales como la celebración de un espectáculo que concentre un número considerable de reclusos en un punto específico, la existencia de sospechas de evasión o revuelta, la realización de actividades que comporten traslados de internos de un lugar a otro, etc.

En cuanto a las formalidades requeridas para llevarlo a cabo, el art. 67.3 del RP, prescribe la necesidad de que éste se realice de forma rápida y fiable, obviando más concreciones al respecto, lo que nos sitúa en presencia de un instrumento de control muy flexible a la hora de su práctica, pero que en todo caso ha de realizarse de forma acorde a la dignidad de la persona, y no comportar en ningún caso un trato inhumano o degradante⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Medidas de...”, op. cit., 2001, pág. 246.

⁴⁸⁰ Referencia tomada de DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “La observación...”, op. cit., 2009, pág. 5.

⁴⁸¹ Véase en el mismo sentido FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Medidas de...”, op. cit., 2001, pág. 246. Además CERVELLÓ DONDERIS, V., “Derecho penitenciario”, op. cit., 2006, pág. 177, entiende que dada la ambigüedad del texto no existen formalidades estrictas al respecto.

VIII.3.3. El cacheo en la cárcel.

VIII.3.3.1. Las distintas modalidades del cacheo en la prisión.

En el ámbito penitenciario la doctrina ha definido el cacheo de forma similar al practicado en la vía pública. Así, DELGADO RINCÓN, define el cacheo como “un simple examen al tacto de la superficie del cuerpo (brazos, tronco y piernas) e indumentaria del recluso, practicado por funcionarios de Instituciones penitenciarias como medida de control rutinaria y preventiva, con el fin de hallar objetos peligrosos para la vida o integridad física de quienes lo practica o de otros internos, o también con el objeto de encontrar sustancias nocivas para la salud”⁴⁸². Obsérvese como el cacheo así definido se diferencia del registro entendido como la indagación realizada sin palpación alguna en la ropa y enseres del recluso con el objetivo de impedir que éste porte instrumentos u objetos peligrosos.

Además PEITADO MARISCAL, al referirse que la práctica del cacheo afecta a la intimidad de los internos, lo define como “una medida de las que pueden adoptarse con ejercicio de la función de seguridad, que implica la inspección ocular y táctil de la persona del interno, en cuanto supone un registro dirigido a comprobar si la persona oculta objetos prohibidos o peligrosos”⁴⁸³, que debe ser usado en atención a los principios generales de necesidad y proporcionalidad que refiere el artículo del RP.

El cacheo por tanto, constituye un elemento primordial en la seguridad de los Centros penitenciarios⁴⁸⁴, que practicado con una finalidad dispar tiene la virtualidad de lograr la obtención de pruebas con un coste menor a la intimidad

⁴⁸² DELGADO RINCÓN, L., “Algunas consideraciones...”, op. cit., 2006, pág. 201. Puede verse también la definición de FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Medidas de...”, op. cit., 2001, pp. 248 y 249, en el sentido de entender el cacheo como “el registro general y minucioso de la persona del recluso, con el fin de encontrar utensilios, sustancias u objetos prohibidos que el interno puede ocultar en su persona o ropas que viste”.

⁴⁸³ PEITEADO MARISCAL, P., “Las competencias...”, op. cit., 2006, pág. 11.

⁴⁸⁴ En este sentido se pronuncia RODRÍGUEZ ROMÁN, F.J., “Defensa integral penitenciaria”, Revista de Artes Marciales Asiáticas, vol. 4, nº 4, 2012, pág. 88. Además reseña que el cacheo junto a las requisas, son los medios más idóneos para asegurar la seguridad en un Centro de internamiento.

corporal que el desnudo integral⁴⁸⁵, no habiendo disposiciones supranacionales que prohíban los mismos, siempre que se lleven a cabo con motivos de seguridad⁴⁸⁶.

Las finalidades perseguidas por el cacheo practicado por los funcionarios penitenciarios son de diversa índole. En primer lugar cumple una finalidad preventiva que consiste en disuadir a los internos que intenten portar algún objeto o instrumento peligrosos, sustancia prohibida o droga tóxica en el interior. La segunda finalidad perseguida es el descubrimiento de algún objeto o sustancia prohibida para mantener el buen orden y convivencia de los Centros penitenciarios. La tercera finalidad, es referida al interés de que el tratamiento se cumpla con efectividad⁴⁸⁷. Además se dará cuenta al Juzgado de Guardia cuando se detecte o sospeche que el interno porta algún objeto, instrumento o sustancia que pudiera constituir un acto delictivo.

El cacheo está regulado en el Capítulo VIII del RP concretamente en el art. 68⁴⁸⁸. Dicho precepto, si bien establece que el cacheo se llevará a cabo por parte de los funcionarios de Instituciones penitenciarias supervisado por el Jefe de servicio, aunque no es menos cierto que no señala la periodicidad de su práctica. Los apartados segundo y tercero del precepto exigen para la práctica del cacheo con desnudo integral, la elaboración de un informe por escrito dirigido al Jefe de servicio⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ Como la observación, ya que es una técnica de investigación que precede al cacheo y que con frecuencia lo evita, sin embargo, el cacheo puede jugar el mismo papel con respecto al desnudo integral.

⁴⁸⁶ ZARAGOZA HUERTA, J., BARBA ÁLVAREZ, R., y LÓPEZ MARTÍNEZ C.J., "Los derechos humanos en el ámbito carcelario mexicano", Letras jurídicas, nº 10, Ed. Universidad de Guadalajara, México, 2010, pág. 15.

⁴⁸⁷ REVIRIEGO PICÓN, F., "Comunicaciones y Centros penitenciarios", Ley, razón y justicia. Revista de investigación en ciencias jurídicas y sociales, Ed. Alveroni, Córdoba (Argentina), 2010, pág. 129.

⁴⁸⁸ RODRÍGUEZ ROMÁN, F.J., "Defensa integral...", op. cit., 2012, pág. 88. REVIRIEGO PICÓN, F., "Multiculturalidad y...", op. cit., 2012, pág. 123 establece que las cuestiones relativas a los cacheos fue introducida por el RP.

⁴⁸⁹ El Jefe de Servicio de las Instituciones penitenciarias constituye una pieza clave en la organización de los Establecimientos penitenciarios. Así lo expresa CERVELLÓ DONDERIS, V., "Derecho penitenciario", op. cit., 2006, pág. 118, y RODRIGUEZ ALONSO, A., "Lecciones de...", op. cit., 2003, pág. 171.

El cacheo penitenciario conoce cuatro modalidades en su realización práctica por los miembros del personal penitenciario, divide a su vez en cuatro clases distintas⁴⁹⁰ por las cuales miembros del personal penitenciario puede hacer uso de esta práctica de indagación:

Constituye un Órgano unipersonal de la Administración Penitenciaria, cuyas funciones están reguladas en el art. 263 del RP que establece: “El Jefe de Servicio es el encargado de la coordinación de los servicios del área de vigilancia bajo la dirección y supervisión de los mandos del centro y, en consecuencia, adoptará provisionalmente las medidas indispensables para mantener el orden y el buen funcionamiento de los servicios, dando cuenta de ellas al Director”.

Entre otras funciones primordiales ligadas a la seguridad del establecimiento el Jefe de Servicio tiene potestad para autorizar desnudos integrales, para suspender las comunicaciones orales de los mismos, para instar un recuento extraordinario, para intervenir en la incoación de los expedientes disciplinarios. Además de todas ellas, es importante resaltar las que aparecen reguladas en el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General Penitenciario el cual todavía está en vigor, en algunos artículos que afectan al ámbito penitenciario, entre ellos el art. 287.2, por el que se atribuye al Jefe de Servicio las siguientes facultades: “1ª Despachar diariamente con el Director para informarle de la marcha de los servicios y de las novedades que hubiere, y para recibir sus órdenes. 2ª Cuidar de la disciplina general del Establecimiento y de que se realicen los servicios en la forma establecida. 3ª Estimular y orientar a los funcionarios que de él dependan en el cumplimiento de sus deberes, estudiar sus cualidades e informar al Director de su comportamiento. 4ª Procurar conocer personalmente a los internos e informar al Director sobre los mismos, cuando lo soliciten. 5ª Visitar durante el servicio todos los locales del Establecimiento para cerciorarse de su estado de conservación, orden, limpieza y seguridad. 6ª Adoptar provisionalmente las medidas indispensables para mantener el orden y buen funcionamiento de los servicios regimentales, dando cuenta de ellas al Director. 7ª Mantener en lugar adecuado y debidamente controladas durante el día las llaves de los dormitorios y locales que no hayan de ser inmediatamente utilizados, y, durante la noche, las de los departamentos interiores del Establecimiento. 8ª Organizar debidamente todos los actos colectivos y presidirlos cuando no asista un funcionario de superior cometido. 9ª Comprobar que los funcionarios que de él dependan realicen los recuentos, cacheos y requisas, así como las revistas e instalaciones, utensilio, vestuario y aseo de la población reclusa. 10. Dirigir la oficina de la Jefatura de Servicios y activar sus trabajos. 11. Asistir como Vocal miembro de la Junta de Régimen y Administración en el caso de que le corresponda, conforme a lo dispuesto en el art. 262. 12. Cumplir cuantas tareas le encomiende el Director en relación con el servicio que le corresponde conforme a su categoría y cometidos”.

⁴⁹⁰ Otros autores se refieren a las distintas modalidades del cacheo penitenciario utilizando al respecto diversas denominaciones. Así, ARMENTA GONZÁLEZ-

VIII.3.3.1.1. El cacheo extraordinario.

Es aquel que ante la sospechas o indicios racionales⁴⁹¹ de que el interno pudiera portar algún objeto o sustancias prohibida, deba realizarse con premura y de forma inmediata, para evitar así que se puedan eliminar fácilmente las pruebas que evidenciaron las citadas sospechas, y que consecuentemente pongan en peligro inminente el buen desarrollo de la convivencia del Centro, y que constituyan un peligro para la vida e integridad física del portador o de terceros. Además esta tipología indiciaria comprenderá toda práctica del cacheo que sin ser desnudo integral, no esté comprendida en el cacheo ordinario.

La legitimidad de su práctica dependerá del cumplimiento de determinados requisitos, tales como su realización por personas del mismo sexo⁴⁹², y en lugar adecuado respetando la privacidad necesaria concorde con la dignidad de la persona, sin que en ningún caso puedan constituir tratos inhumanos o degradantes.

VIII.3.3.1.2. El cacheo ordinario.

Es el que plantea mayores problemas al tratarse una práctica que pese a no hallarse expresamente definida a niveles legislativos se realiza con cierta asiduidad por los funcionarios, sin otra justificación que la de salvaguardar la seguridad y el buen orden del Centro.

PALENZUELA, J., y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., "Reglamento penitenciario...", op. cit., 2006, pág. 176, y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., "Registros y..." op. cit., 2009, pág. 39, dividen al cacheo en urgente, ordinario e integral.

⁴⁹¹ La STS 560/2015, de 30 de septiembre, valida el cacheo a un interno que se encontraba en el economato, ya que los funcionarios penitenciarios tenían información de que el mismo portaba algún tipo de sustancias prohibidas.

⁴⁹² Tras la aprobación del Real Decreto 1836/2008, de 8 de noviembre, por el que se establecen criterios para la aplicación de la integración de las extintas escalas masculina y femenina del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, la palpación corporal debe realizarse por funcionarios del mismo sexo que el cacheado. Por ello la Instrucción 1/2009, de 29 de enero, sobre criterios para la aplicación de la integración de las extintas escalas masculina y femenina del cuerpo de ayudantes de Instituciones penitenciarias obligó a que la Administración general incluyera personal de ambos sexos para proceder al cacheo, respetando así la intimidad del recluso.

Esta clase de cacheo es el más tenso y problemático de entre los practicados en los Centros penitenciarios, referidos a aquellos cacheos superficiales realizados sin ninguna motivación o concreción aparente que la de salvaguardar la seguridad y el buen orden del Centro, de modo que se realiza de forma ordinaria en diferentes casos, convirtiéndose en una práctica común que no está definida legalmente pero que a sabiendas se realizan de forma asidua por los funcionarios⁴⁹³.

Este tipo de cacheos es el que tiene lugar cuando el interno ha estado en contacto con el exterior ya sea por haber tenido una comunicación íntima, por haber sido objeto de algún traslado⁴⁹⁴, así como por ingresar por primera vez en el Centro⁴⁹⁵.

En este sentido COLEY ANDREW, reconoce que el cacheo es una práctica común al ingresar en las prisiones⁴⁹⁶. Y también podemos encontrar en la misma línea resoluciones jurisprudenciales, como la que tuvo lugar en la Audiencia Provincial de Soria que confirmó la facultad de realizar dichos registros en el ingreso del interno en el Centro⁴⁹⁷.

La jurisprudencia ha sido unánime al reconocer como presupuesto habilitante de dicho control la salvaguarda de la seguridad del Centro, entendida ésta con un carácter genérico, pudiendo operar como causa desencadenante del control la propia peligrosidad del interno, o la mera posibilidad remota de que el interno pudiera llevar efectos prohibidos, sin necesidad, pues, de una causa más concreta que lo justifique.

⁴⁹³ En este sentido la SAP de Córdoba consideró legítimo el cacheo penitenciario realizado sin que se produjera la mínima sospecha, de que el cacheado pudiera portar tales objetos indebidos (SAP de Córdoba 73/2007, de 11 de abril, FJ2º).

⁴⁹⁴ La Instrucción 6/2005, de 23 de mayo de La Dirección General de Instituciones Penitenciaria relativa a los traslados de los presos establece en su apartado segundo el protocolo a seguir por parte de los funcionarios de Instituciones penitenciarias ante cualquier tipo de conducción.

⁴⁹⁵ En el art. 18.1 del RP, afirma con respecto a los reclusos de nuevo ingreso que “se procederá al cacheo de su persona y registro de sus efectos, retirándose los enseres y objetos no autorizados”.

⁴⁹⁶ COYLE A., “La administration...”, op. cit., 2002, pág. 41.

⁴⁹⁷ SAP de Soria 273/2009, de 27 de noviembre.

Así lo entiende la STC 57/1994⁴⁹⁸ cuando señala que “la Administración penitenciaria en correspondencia con su deber de velar por el orden y la seguridad de los establecimientos, puede establecer los oportunos controles para impedir que las comunicaciones íntimas puedan ser ocasión de introducir objetos peligrosos”⁴⁹⁹.

Y en la misma línea, la STC 94/1999, consideró justificado por razones de seguridad el cacheo al que se vio sometido un interno al ingreso en el Centro penitenciario. Por otro lado la STS 1424/1998, de 23 de noviembre, justifica un cacheo sin causa aparente en la propia naturaleza del cacheo ordinario, entendido como aquel que se realiza con cierta asiduidad para salvaguardar la seguridad del Centro y así lo expresa en el FJ3º cuando afirma que: “con mucho más razón puede hablarse ahora de la necesidad del sometimiento de unos presos, penados o reclusos a las normas del cacheo (...) pues ello forma parte de las reglas ordinarias de la Ley y el Reglamento Penitenciario”.

Además la STS 510/2002, señala una diferencia importante entre el cacheo y el desnudo integral, basada en el mayor o menor nivel de concreción del presupuesto habilitante llamado a operar en uno y otro caso, ya que el desnudo integral sólo puede practicarse en circunstancias muy concretas, el cacheo es susceptible de ejecutarse apoyado tan sólo en consideraciones de carácter general que atiendan a la necesidad de preservar la seguridad”⁵⁰⁰.

Es doctrina comúnmente aceptada la posibilidad de realizar el cacheo con carácter ordinario en base a una justificación genérica de preservar el orden del Centro, sobre todo cuando expresamente los internos hayan tenido un contacto con el exterior por las circunstancias que fuere, porque hay que recordar que los reclusos tienen que acatar el régimen penitenciario establecido; pero de ningún modo sería legítimo aquellos cacheos que se realizaran de forma arbitraria o abusiva, o que se hubieran realizado sin premura, o sin causa aparente, o en circunstancias no favorables para el interno.

⁴⁹⁸ STC 94/1999, de 14 de abril.

⁴⁹⁹ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ8º.

⁵⁰⁰ STS 510/2002, de 18 de marzo, FJ1º.

Por tanto que la Ley autorice el cacheo no comporta en todo caso su legitimidad, dado que el principio de idoneidad nos obligaría a utilizar métodos menos gravosos que el cacheo en el caso de que existieran.

También encontramos opiniones doctrinales discrepantes al respecto; autores como CERVELLÓ DONDERIS⁵⁰¹ y RÍOS MARTIN⁵⁰², consideran que los cacheos realizados en el cuerpo de las personas no deben de ser sistemáticos, generales y arbitrarios, de modo que son partidarios de que sólo deben de realizarse por razones y motivos concretos y fundados.

VIII.3.3.1.3. El cacheo especial.

El RP se refiere a la periodicidad del cacheo en el art. 93.2, que posibilita el cacheo y registro de celdas a diario para aquellos internos clasificados en primer grado, por tratarse de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados, con riesgo de fuga, se incluyan en las FIES, o estén cumpliendo una sanción muy grave, etc. En el mismo sentido aduce COLEY⁵⁰³, que aquellos internos calificados como especiales e insertos en un nivel de seguridad máximo deben de ser registrados periódicamente, aconsejando que la periodicidad de los registros se realice en atención a sus circunstancias.

Dicho precepto ha sido objeto de desarrollo por la Administración penitenciaria a través de sus propios protocolos de actuación. En 1996, con la finalidad de refundir las Instrucciones y Circulares dictadas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en materia de régimen y seguridad, se aprobó la Instrucción 21/96⁵⁰⁴ dirigida a los Centros penitenciarios para su debido cumplimiento a fin de regular aún más algunos aspectos complejos.

La Instrucción 21/96 desarrolla y amplía la regulación del precepto reglamentario concerniente al cacheo diario de determinados colectivos penitenciarios, y dispone que todos los reclusos deben ser cacheados por lo menos dos veces al día; una para la salida y otra para la entrada de la celda.

⁵⁰¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., "Derecho penitenciario", op. cit., 2006, pág. 177.

⁵⁰² RÍOS MARTIN, J.C., "Manual de...", op. cit., 2001, pág. 230.

⁵⁰³ COYLE, A., "La administration...", op. cit., 2002, pág. 64.

⁵⁰⁴ Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 21/96, con fecha 16 de diciembre, Régimen y Seguridad.

También exige un cacheo minucioso al entregar o recoger ropa o enseres mínimo necesario, por consiguiente entendemos que sumados los dos supuestos contemplados en dicha Instrucción, incrementaría considerablemente el número de cacheos diarios.

Entre los colectivos aludidos por la citada Instrucción encontramos a los internos incluidos en el grupo de narcotraficantes (FIES-2 NA)⁵⁰⁵, y aquellos otros que son considerados como conflictivos y peligrosos. Para los narcotraficantes únicamente prevé un cacheo más estricto sin especificar el número, o en qué condiciones realizarlo, únicamente afirma que se intensificará para este colectivo.

Sin embargo, para el segundo grupo citado⁵⁰⁶, los Jefes de Servicio les habrán facilitado mediante la Administración datos relevantes de aquellos reclusos que integren dicho grupo, realizando una selección de internos que deberán ser cacheados.

Además, con menos intensidad, la Instrucción también prevé el cacheo para aquellos internos que desarrollen actividades laborales u ocupacionales en talleres o locales destinados a este fin, aunque la intensidad sea menor, e incluye que sean revisados a través de un detector de metales cada vez que salgan o entren a dichas dependencias.

Incluso se debe de realizar de forma meticulosa y exhaustiva, que controlará el Jefe de Servicio ocasionalmente al funcionario en cuestión. Sobre dichas relaciones se deberán de realizar el correspondiente parte donde refleje el procedimiento utilizado, funcionarios intervinientes, si aparece incluido en ficheros de especial seguimiento, etc.

Como se ha tenido ocasión de reseñar en los apartados anteriores, el TS⁵⁰⁷, declaró nula en pleno derecho el apartado primero de la disposición administrativa emitida en la Instrucción 21/96, ya que vulneraban los principios

⁵⁰⁵ En cuanto a los internos incluidos en FIES "CD", la Instrucción 6/2005 sobre las conducciones, exige la realización de un cacheo minucioso en presencia del Jefe de Servicio con ocasión tanto del ingreso como de la salida del Centro de algún interno incluido en este colectivo.

⁵⁰⁶ Se considerarán potencialmente peligrosos, por su clasificación penitenciaria, conflictividad anterior, cuantía de la condena, inclusión en ficheros automatizados establecidos por el Centro Directivo.

⁵⁰⁷ STS nº recurso 9576/2004, de 17 de marzo de 2009.

de reserva de ley y de jerarquía normativa. Consideramos no obstante, que a pesar de la derogación de la Instrucción aludida, no altera, lo que denominamos; “la considerable intensificación del cacheo”⁵⁰⁸ de este colectivo en el Centro, ya que el RP prescribe, que los cacheos se deberán de realizar diariamente⁵⁰⁹, considerando, incluso, como una medida “idónea para el cumplimiento de los fines de interés general del mantenimiento de la seguridad y buen orden en los Centros penitenciarios”⁵¹⁰.

La sentencia recurrida en el órgano jurisdiccional de la AN, defendía la mayor parte de la Instrucción —incluso la intensificación de la práctica del cacheo— arguyendo que “la privación de libertad que conlleva el cumplimiento de una condena, el aislamiento de los presos en celdas, o el cumplimiento de la condena en Centros penitenciarios que no se ajusten a los deseos y expectativas de los internos, son limitaciones que, practicadas con las garantías que para su imposición y aplicación establece la legislación penitenciaria vigente, no pueden considerarse como trato inhumano o degradante”⁵¹¹.

Todas estas circunstancias provocaron, que la Administración Penitenciaria, regulara nuevamente una disposición administrativa para subsanar la ausencia de una ordenación normativa que puntualice con más exactitud, los procedimientos o protocolos legales para preservar la seguridad en los Centros

⁵⁰⁸ MARTÍNEZ CABALLERO, J., “Las funciones del/la trabajador/a social penitenciario/a como miembro del equipo técnico: régimen cerrado, especialmente, departamento especiales”, Universidad de Jaén, Facultad de Trabajo Social, 2014, pág. 11.

⁵⁰⁹ Como prueba de ello nombramos la SAP de Zaragoza 228/2015, de 9 de septiembre, que desestimaba el recurso del interno que fue cacheado por la fuerza cuando iba a ser ingresado en un módulo de aislamiento por un conflicto violento que había tenido el interno con otros de su condición.

⁵¹⁰ Especialmente dirigido cuando se trata de Centros de régimen cerrado o departamentos especiales que se hallan los reclusos, que objetivamente concurren especiales circunstancias de peligrosidad o inadaptación. En el antecedente de hecho sexto de la STC 140/213, de 8 de julio, el Ministerio Fiscal da por válido el artículo 93.1.2º, referidos a los cacheos y registros de este colectivo, y cuyos fundamentos jurídicos de este Tribunal (TC), ni siquiera dilucida estos extremos, ya que desestima la demanda, por lo que de forma tácita, valida las argumentaciones del Ministerio Fiscal. También la STC 106/2012, de 21 de mayo, avala dicho artículo por “evidentes razones de seguridad”, en internos de régimen cerrado especialmente peligrosos (FJ4º).

⁵¹¹ STS nº recurso 9576/2004, de 17 de marzo de 2009, antecedentes de hecho sexto.

correccionales. De este modo se aprobó la Instrucción 12/2011, de 29 de julio, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias⁵¹² sobre los internos de especial seguimiento/medidas de seguridad, cuya regulación es más prudente, a la hora de reglamentar los procedimientos que puedan afectar a los derechos y los deberes de los internos.

La nueva Instrucción, hace referencia en el apartado tercero sobre las medidas de seguridad relativas al control de internos vinculados a grupos terroristas y otras organizaciones, o grupos de delincuencia organizada. Si bien es cierto, que no especifica como en la anterior Instrucción sobre el número de cacheos realizados —la anterior regulación reseñaba dos cacheos al día⁵¹³, y en la nueva Instrucción únicamente nombra el vocablo cacheo para referirse al precepto del RP que detalladamente lo regula—, ya que su normalización, a nuestro entender, es más ambigua y parte de una regulación generalizada, lo que

⁵¹² Esta nueva Instrucción, amplía los supuestos en el fichero de internos de especial seguimiento, concretamente en el colectivo FIES-5 CE (características especiales), reseñados de la siguiente manera: “Se incluyen diversos grupos de internos que dadas sus características criminológicas o penitenciarias, precisan de un especial seguimiento, por razones de seguridad:

- Internos con un historial penitenciario de alta conflictividad, evasiones o violencia grave.
- Autores de delitos graves contra las personas, la libertad sexual o relativa a la corrupción, que hayan generado gran alarma social.
- Pertenecientes o vinculados a colectivos o grupos violentos.
- Internos que sin estar procesado o condenados por terrorismo islamista, destaquen por su fanatismo radical, por su afinidad al ideario terrorista y por liderar o integrar grupos de presión o captación en el Centro penitenciario.
- Condenados por un Tribunal Penal Internacional.
- Colaboradores de la justicia contra bandas terroristas u otras organizaciones criminales”.

⁵¹³ La Instrucción 21/96 en el apartado 1.b.1.a) reseñaba que todos los internos serán cacheados tanto a la entrada como a la salida de sus respectivas celdas, sin embargo el artículo 93.1.2º del RP alude a que “diariamente”, serán cacheados los internos y registras las celdas. Como existe una diferenciación en las expresiones de ambos preceptos, se cuestionó en la STS de 17 de marzo de 2009 dicho aspecto. Únicamente alude, sobre los términos que refería con anterioridad la AN (sentencia recurrida), ya que ésta defendía la instrucción controvertida, porque no contradice la normativa penitenciaria sobre los cacheos. La AN, expresa que el término “diariamente” que utiliza el RP; “no puede identificarse con una vez al día como máximo, sino, en todo caso, con una vez al día como mínimo, por lo que la disposición cuestionada tampoco contraviene la normativa penitenciaria” (antecedente de hecho sexto).

puede generar, incluso, un desconcierto en la protocolarización de la forma de actuar de los funcionarios. Entendemos que ante este nuevo enclave normativo, consecuentemente puede provocar situaciones discriminatorias hacia este colectivo, o de lo contrario, se merme considerablemente la seguridad y el buen funcionamiento de los Centros penitenciarios.

En este sentido, la instrucción alude que “las normas de intervención con internos incluidos en estos grupos se concreta en mayores medidas de precaución o estrategias preventivas”, o bien que se “deberá de mantener una permanente observación y control sobre estos internos”, y cuando se refiere a las salidas al exterior del departamento se deberá de “desarrollar un control más riguroso y una especial observación (...), se tendrán en cuenta las limitaciones y medidas de seguridad y control que prevé la legislación vigente”.

Todas estas expresiones, ponen en evidencia el margen de interpretación a la hora de realizar cacheos, por lo que tenemos que atenernos fundamentalmente, que la práctica del cacheo de estos grupos especiales, vendrán precedidos por actuaciones motivadas principalmente cuando pueda peligrar el fin que protegen los Centros penitenciarios, es decir, en aquellos supuestos que haya una amenaza real, en la preservación de la seguridad y el buen funcionamiento del mismo.

VIII.3.3.2. Especial consideración de la problemática que plantea el cacheo con desnudo integral.

El propio cuerpo humano y sus cavidades son de los pocos reductos privados de los reclusos que las Instituciones penitenciarias no tienen acceso de una forma generalizada y habitual, como así sucede en los registros de celdas, dependencias comunes, los cacheos, etc., lo que provoca que los privados de libertad utilicen su propio cuerpo para ocultar enseres, objetos peligrosos o drogas tóxicas, para pasar más desapercibidos. Por este motivo las Instituciones penitenciarias precisan del cacheo integral como instrumento imprescindible para erradicar o, por lo menos, disminuir la introducción de objetos prohibidos y

peligrosos, así como el consumo y tráfico de drogas tóxicas en los propios Centros⁵¹⁴.

Dicha actividad indagatoria, es una de las formas de control más duras que existen en una prisión⁵¹⁵, que supone la exhibición de las partes más íntimas del recluso a los funcionarios penitenciarios, comportando inevitablemente una injerencia muy intensa en la intimidad corporal, afectando consecuentemente al pudor y recato del interno. Dichos aspectos han supuesto un conflicto dicotómico entre la seguridad del Centro y el respeto de los derechos fundamentales del recluso, y máxime cuando tiempos atrás no existían los medios técnicos que hasta la fecha se conocen, –arco de metales, raquetas, escáner– y que sirven para evitar que el citado cacheo integral se realice de forma frecuente.

La legislación penitenciaria ha dado mucha importancia a la seguridad de los Centros y concretamente al citado cacheo integral. Prueba de ello el RP introdujo una regulación más específica sobre el desnudo de los internos, normalizado con más detalle en el art. 68.2 del RP, referido a su práctica en circunstancias normales; el art. 68.3, prescribe que el desnudo integral se efectuará por funcionario del mismo sexo que el interno⁵¹⁶, en lugar cerrado sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad, el art. 45.7 del RP, concerniente a los visitantes que tienen concedida una comunicación con el recluso, y el art. 93.2 del RP, relativo al cacheo integral para aquellos internos que convivan en régimen cerrado y en departamentos especiales.

Cualquiera de los cuatro artículos del RP requiere como requisito de la legitimidad, la concurrencia de motivos de seguridad concretos y específicos, y la existencia de razones individuales y contrastadas⁵¹⁷ que fundamenten la sospecha

⁵¹⁴ DE DIEGO ARIAS, J.L., “El derecho...”, op. cit., 2011, pág. 126, establece que los cacheos con desnudo integral en las Instituciones penitenciarias, han acaparado mayor número de casos en la jurisprudencia por su habitual práctica.

⁵¹⁵ En el mismo sentido se expresa DEL VAL CID, C., VIEDMA ROJAS, A., y REVIRIEGO PICÓN, F., “Hacia una medida objetiva de la discriminación en la cárcel: indicadores e índice de punición, Revista Criminalidad, vol. 55, nº 2, Bogotá, pág. 42.

⁵¹⁶ En el mismo sentido REVIRIEGO PICÓN, F., “Multiculturalidad y...”, op. cit., 2012, pág. 139.

⁵¹⁷ A modo de ejemplo la SAP de Orense 265/2015, de 14 de Julio, validó un desnudo integral a un interno que regresaba de un permiso de salida. Que según la Sentencia, los

de que el interno o visitante pudieran llevar consigo, objetos peligrosos o sustancias susceptibles de causar daño a la salud y a la seguridad.

No es menos importante señalar que, incluso el RP regula una excepcionalidad en el cacheo con desnudo integral. Se trata de que cuando se practique dicha indagación resultare infructuosa y persistiere la sospecha inicial. En este supuesto, el Director del Centro, podrá solicitar a la autoridad judicial competente, para que autorice otros medios de control idóneo y adecuado para subsanar tal fin⁵¹⁸.

Siguiendo la argumentación de ARMENTA GONZALEZ-PALENZUELA, y RODRÍGUEZ RAMIREZ⁵¹⁹, las cuestiones fundamentales a tratar en relación al tema que nos ocupa son las siguientes:

VIII.3.3.2.1. Proporcionalidad.

La proporcionalidad constituye un elemento de importancia capital importancia en la práctica del cacheo integral⁵²⁰. Se trata de un principio de contenido complejo, ya que comporta, por un lado, la existencia de una finalidad legítima que justifique la medida en cuestión, y por otro, la necesidad de guardar un justo equilibrio entre el mal causado y los beneficios obtenidos por dicha medida.

Y precisamente en el marco de dicha proporcionalidad se encuentra el protocolo señalado por la Dirección General de Instituciones Penitenciaria para la realización de dichos cacheos consistente en, obligar a los funcionarios penitenciarios a prestar batas a los reclusos cuando se les practique el desnudo integral, para evitar ser observados de forma innecesaria por los funcionarios

funcionarios penitenciarios tenían información fehaciente de que el mismo se dedicaba a introducir droga en el Centro penitenciario.

⁵¹⁸ No concreta el RP cuáles son las medidas que se deben utilizar, pero coincidimos con PEITEADO MARISCAL, P., que es fácil deducir que el legislador se refería a las exploraciones radiológicas, ya que hasta el momento se colige como el sistema más adecuado para garantizar un mejor conocimiento en aras de descubrir dentro del cuerpo humano objetos o sustancias ilegales (op. cit., 2006, pág. 11).

⁵¹⁹ ARMENTA GONZALEZ-PALENZUELA, J., y RODRÍGUEZ RAMIREZ, V., "Reglamento penitenciario...", op. cit., 2006, pág. 177.

⁵²⁰ En similares términos se pronuncia DELGADO RINCÓN, L., "Algunas consideraciones...", op. cit., 2006, pp. 98 y 201.

actuantes, debiendo de realizarse en un lugar cerrado y adecuado, de modo que evite la presencia de otros internos o personas que no estén implicados directamente en dicha práctica.

Además se deberá de realizar por funcionarios del mismo sexo, y siempre atendiendo que no haya otra medida menos lesiva que sea efectiva en la finalidad de la prueba y con el tiempo imprescindible para la debida indagación de forma que evite extralimitaciones innecesarias⁵²¹.

La jurisprudencia ha sido unánime en reconocer que la práctica del cacheo con desnudo integral se tiene que realizar atendiendo a criterios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, para que la medida sea legítima. En este sentido y a modo de ejemplo, la SAP de Sevilla 332/2003, declara proporcionada la actuación de los funcionarios consistentes en bajar los “slips” a un recluso por entender que dicha intervención tenía por objeto el mantenimiento del orden en la Institución penitenciaria⁵²².

De igual modo, el RP ha cuidado las actuaciones encaminadas a mantener las medidas de seguridad en los Centros penitenciarios, —cuyas intervenciones se encuentran implícitos los cacheos—, ya que en su artículo 71.1, indica que las medidas de seguridad, deben ser usadas con especial moderación⁵²³, ya que se rigen por los principios de necesidad y proporcionalidad y con absoluto respeto a la dignidad del interno y sus derechos fundamentales.

VIII.3.3.2.2. Motivación individualizada.

La motivación individualizada según el autor que comentamos, es consecuencia inevitable de la justificación racional que debe tener la práctica del desnudo integral cuando se realice a los reclusos en los Centros penitenciarios.

⁵²¹ Dichos aspectos están incluidos en el Protocolo de actuación para la realización de cacheos con desnudo integral con fecha de 09 de Marzo del 2005, de la Dirección General de Instituciones Penitenciaria. Además el artículo 68.3 del RP expresa que el desnudo integral se deberá realizar con funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible la intimidad del mismo.

⁵²² SAP de Sevilla 332/2003, de 29 de octubre.

⁵²³ En los mismos términos se expresa PEITEADO MARISCAL, P., “Las competencias...”, op. cit., 2006, pág. 11.

La jurisprudencia ha sido el elemento primordial que ha marcado los límites de aquellas prácticas que afectan a los derechos fundamentales que no estén tipificados expresamente en ninguna Ley. En este sentido citamos una sentencia del TC pionera, que trata sobre la legitimidad del desnudo integral practicado a los reclusos en los Centros penitenciarios.

Se trata de la STC 57/1994, relativa a un supuesto de cacheo con desnudo integral practicado a un interno después de una comunicación íntima en un Centro, reconociendo el Tribunal que el derecho de la intimidad del interno se había vulnerado por no desprenderse o demostrar “la fundada sospecha o la existencia de indicios serios de que el recluso tratase de introducir en el establecimiento penitenciario objetos o sustancias que pudieran poner en peligro el buen orden y la seguridad del Centro, o la integridad física o la salud de los internos”⁵²⁴.

Dicha sentencia determinó dos años después, que el legislador incluyera en el RP una regulación más exhaustiva de la práctica del cacheo integral. De este modo, el art. 68.2 del RP establece que para realizar un cacheo integral deben de existir razones individuales y concretas, es decir que haya sospechas más que suficientes para adoptar dicha medida, además de ser un medio necesario para la

⁵²⁴ STC 57/1994 de 28 de febrero, FJ6º. Dicho Tribunal resuelve dos recursos de amparo 2302/90 y 1445/91, concretamente contra dos sanciones disciplinarias, como autor de dos faltas graves tipificadas en el RP, concretamente el art. 109.9; por “desobedecer las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones o resistirse pasivamente a cumplirlas”. Dichas órdenes consistían por parte de un funcionario de prisiones, concretamente del Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca, por las cuales obligaba a un interno a desnudarse, así como hacer flexiones para expulsar el objeto u otros instrumentos que pudiera llevar en el interior del orificio corporal del ano, después de una comunicación íntima.

El Tribunal se pronunció estableciendo que el desnudo integral afectó al derecho a la intimidad referido en el art. 18.1 de la CE. Estima además, que está dañado o se ha lesionado la intimidad personal del interno, afectando además su dignidad personal (FJ8º), y más concretamente a la afectación de la intimidad corporal, que aún siendo garante la Administración de velar por la seguridad de los reclusos, y estando los derechos más limitados, no quiere decir que, se puedan vulnerar de forma absoluta sus derechos, sino atendidos a unos criterios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad. No obstante en este supuesto, falta lo más esencial, referido a la justificación racional de la misma.

restauración de la protección de la seguridad y el orden en los Centros penitenciarios⁵²⁵.

Es evidente y así lo ha estimado la jurisprudencia que las razones de seguridad y orden no son suficientes por sí mismas para justificar un desnudo integral en ámbito penitenciario, y máxime cuando van estrechamente vinculadas con posturas embarazosas y registros más íntimos⁵²⁶.

La sentencia citada anteriormente (SAP de Sevilla 332/2003), también resulta ahora sumamente ilustrativa para la cuestión que nos ocupa, ya que nos viene a indicar que ese individuo al que se le había practicado el desnudo integral de forma proporcionada, dio lugar a dicha práctica porque había observado un extraño comportamiento consistente en unas reiteradas entradas y salidas a las duchas del Centro, capaz de inducir la actuación de los miembros del personal penitenciario. El Tribunal consideró finalmente dicha intervención estar debidamente justificada por haber una sospecha evidente.

También citamos la STS 220/2007, por la que se afirma la pertinencia de un desnudo integral realizado a un interno, porque los funcionarios observaron como el abogado le entregaba unos bultos que contenía droga por la rendija del locutorio, y el interno se los introducía en el pantalón⁵²⁷.

Por tanto cuando no existe una motivación individualizada, las Instituciones penitenciarias pueden incurrir en una vulneración a tenor de lo dispuesto en el artículo 18 de la CE, donde se tutela el derecho a la intimidad de las personas. En este sentido se pronuncia el TC, en cuya sentencia estimó un recurso de amparo de un interno que se practicaban desnudos integrales en su derecho de comunicación "vis a vis", sin aparentes indicios que pudieran llevar a cabo de forma legal dicha práctica, ya que "únicamente se hace una referencia genérica a sospechas de ocultación de algún objeto, sin expresar ningún tipo de razón individual y contrastada que permita identificar la justificación de la medida"⁵²⁸.

⁵²⁵ En este sentido se refiere la SAP de Madrid 2520/2002, de 27 de septiembre.

⁵²⁶ La doctrina jurisprudencial refiere dichos extremos. A modo de ejemplo citamos a la STC 204/2000, de 24 de julio, y la STC 218/2002, de 24 de noviembre.

⁵²⁷ STS 220/2007, de 12 de marzo.

⁵²⁸ FJ3º de la STC 171/2013, de 7 de octubre.

El TC reconoce que las indagaciones realizadas a los internos en cuanto a los registros personales consistentes en cacheos con desnudo integral, a pesar de que pueden constituir un medio necesario para velar por el buen funcionamiento y la seguridad de los Centros, sus prácticas deben de estar “asentadas en razones individuales y contrastadas, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la Administración penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental”⁵²⁹.

También el TEDH, se ha pronunciado en este sentido por medio de sentencias que de forma unánime, avalan que para practicar el desnudo integral a internos en Instituciones penitenciarias deben de concurrir una causa concreta que la justifique, independientemente de que la Administración penitenciaria persiga con dicha actuación el mantenimiento del orden y la seguridad del Centro.

Así lo expresa el caso Van der Ven contra Holanda. El alto Tribunal en contra de lo dictado por el Gobierno holandés, dictó sentencia estimando que el registro con desnudo realizado semanalmente a un interno era llevado a cabo como una rutina y no estaba basado en ninguna necesidad concreta para la seguridad, ni tampoco en el comportamiento del demandante, argumentando además que en todos los registros efectuados, nunca se encontró nada al demandante⁵³⁰. Del mismo modo en el caso de Salah contra Países Bajos, el TEDH estimó que hubo vulneración del art. 3 del Convenio Europeo cuando el interno fue obligado a desnudarse semanalmente durante la estancia en una Institución de Máxima Seguridad (IMS)⁵³¹.

⁵²⁹ FJ4º de la STC 171/2013, de 7 de octubre.

⁵³⁰ Caso Van der Ven contra Holanda, de 4 de febrero de 2003. El Tribunal estima la vulneración del art. 3 del Convenio al declarar probado que el interno perteneciente a la prisión de Maastricht, era sometido a unas prácticas inhumanas consistentes en el desnudo integral –incluyendo las inspecciones anales–, aún no teniendo contacto con el exterior, obligándole a realizar posturas no poco embarazosas.

⁵³¹ Caso Salah contra Países Bajos, de 6 de julio de 2006. El demandante era un argelino condenado por asesinato, violación, robo, motivo por el cual se le condujo al IMS, donde se le obligó a desnudarse semanalmente durante su estancia en dicho Centro que duró aproximadamente cinco años.

Además siguiendo con la jurisprudencia sentada por el TEDH, también se refiere al mismo tema el caso *Iwanczuk contra Polonia*, en el que el demandante se queja del trato inhumano recibido en el Centro penitenciario de Wrocław, porque le obligaron a desnudarse en una situación concreta. El Tribunal señaló que dichas prácticas vulneraban los derechos del interno, porque fue sometido a un desnudo integral sin existir una razón concreta justificada por motivos de seguridad, y concluyó afirmando que dichas prácticas deberían realizarse de manera adecuada y por motivos necesarios para garantizar la seguridad de la prisión⁵³².

Sobre dichos extremos deducimos que la excepcionalidad debe de ser incluida a la hora de realizar los cacheos integrales, descartando así la rutina y la generalidad en dichas prácticas. Así lo recuerda la STC 218/2002, que referida a los cacheos con desnudo integral practicados en las comunicaciones íntimas de los internos señala que “no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes; ya que sin entrar a cuestionar la certeza de tal afirmación basta reparar que sólo posee un carácter genérico”⁵³³.

Se nos indica, por tanto, que la citada medida no puede estar fundada en razones de prevención general, de forma que se convierta en un instrumento de disuasión frente a determinados grupos de internos, o se utilice como instrumento de represión contra los reclusos.

La doctrina es unánime en reconocer dicho criterio como fundamental para validar su práctica. Autores como DE VICENTE MARTÍNEZ, aducen en sus argumentos como criterio imprescindible; la fundamentación individualizada y la motivación⁵³⁴, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, hace alusión y comparte el carácter excepcional señalado por la jurisprudencia⁵³⁵, DELGADO RINCÓN, afirma que no se debe recurrir a la generalidad de la

⁵³² Caso *Iwanczuk contra Polonia*, de 15 de noviembre de 2001.

⁵³³ STC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ6º.

⁵³⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Registros y...”, op. cit., 2009, pp. 42 y 44.

⁵³⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Medidas de...”, op. cit., 2001, pp. 248 y ss.

seguridad de modo que indudablemente tienen que existir sospechas concretas, para que el cacheo integral sea pertinente⁵³⁶.

VIII.3.3.2.3. Derechos fundamentales.

Especial atención consideramos que tiene la afectación de los derechos fundamentales del interno con dichas prácticas al ser más intenso que el citado cacheo, y que nuevamente ha sido la jurisprudencia la que se ha pronunciado sobre su intromisión, llegando a la conclusión de que el derecho afectado es el referido a la intimidad corporal del interno.

Es importante considerar que dicha práctica se debe realizar con mucho tacto, de modo que se utilizarán todas las herramientas a nuestro alcance para ajustarnos al principio de proporcionalidad, para que dichos derechos no sean afectados potencialmente en el cacheo integral. Como ejemplo significativo la SAP de Jaén 118/2003, argumenta que proveer de una bata cuando se procede a realizar un desnudo integral al interno no resulta ni humillante ni vejatorio, por ello la dignidad de la persona no se ha puesto en peligro, y ni mucho menos se ha vulnerado⁵³⁷.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siendo la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales del ser humano en toda Europa, se ha pronunciado sobre las prácticas del desnudo integral en las Instituciones penitenciarias. Dicho Tribunal cuestiona principalmente la posibilidad de la vulneración del art. 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, por parte de quién realice el cacheo integral de forma ilegal.

El Alto Tribunal se ha pronunciado sobre la afectación de los derechos de los internos en dos casos muy similares que tienen su origen en Italia. Las sentencias refieren que los reclusos se quejan porque después de cada entrevista, al estar en un régimen especial penitenciario por la peligrosidad de los mismos, les sometían a un cacheo integral, a realizar flexiones, también a un registro en la cavidad oral y anal, así como la utilización del detector de metales. El Tribunal no

⁵³⁶ DELGADO RINCÓN, L., "Algunas consideraciones...", op. cit., 2006, pp. 202 y ss.

⁵³⁷ SAP de Jaén 118/2003, de 28 de noviembre. La citada sentencia resuelve un recurso interpuesto por miembros de la organización de ETA.

hace distinción entre una u otras prácticas indagatorias –ya que son desiguales en cuanto a la injerencia de derechos se refiere–, aduciendo que dichas restricciones alcanzaron el umbral de gravedad que exige el art. 3 del Convenio. Afirma finalmente que los cacheos, incluso integrales en un interno, afectarán tanto su derecho a la intimidad como el de su dignidad⁵³⁸.

Toda esta doctrina sentada por las sentencias del Tribunal Europeo, ha dado lugar a que muchos países estén transformando en la actualidad la forma de garantizar la seguridad y el orden de los Centros, mediante la implantación de una serie de medidas tendentes a lograr una mayor y mejor garantía de la libertad.

VIII.3.3.2.4. Dación de cuenta.

En cuanto a los procedimientos legales para la práctica del desnudo integral, el RP incorporó en su art. 68, que cuando los funcionarios penitenciarios por urgencia o motivación individualizada entiendan que deben de realizar un cacheo con desnudo integral, deberán de comunicárselo al Jefe de Servicio para que autorice su debida práctica, dando a conocer datos relevantes como el tiempo empleado, los medios humanos o electrónicos utilizados, la ausencia de otros internos etc., tanto para los desnudos integrales ordinarios, como a los de los reclusos considerados como peligrosos. Ulteriormente será el Jefe de Servicio el que comunique dichos extremos al Director del Centro⁵³⁹.

Ante el silencio legal, respecto al procedimiento a seguir por parte del personal penitenciario a la hora de formalizar las comunicaciones anteriormente señaladas, los Jueces de Vigilancia Penitencia, dictaron las correspondientes Instrucciones para que la información sobre los cacheos integrales practicados les fuera remitido por la Administraciones Penitencias para su debida supervisión⁵⁴⁰.

⁵³⁸ Caso Guidi contra Italia, de 27 de marzo de 2008, y Caso Cavallo contra Italia, de 4 de marzo de 2008.

⁵³⁹ Así lo recoge tanto el protocolo de actuación para la realización de cacheos con desnudo integral con fecha de 09 de Marzo de 2005, y la Instrucción 21/96, con fecha de 16 de diciembre; Régimen y Seguridad.

⁵⁴⁰ Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007.

Por tanto y con posterioridad a dichas conclusiones la Dirección General de Instituciones Penitenciarias dictó las correspondientes Instrucciones sobre dichos extremos, señalando que el Director del Centro deberá comunicar el resultado de la intervención al Juez de Vigilancia Penitenciaria, y se remitirá copia a la oficina de seguridad para registro y archivo de las mismas.

Dicha propuesta es acertada, porque la revisión de las actuaciones llevadas por los funcionarios además de velar por los derechos fundamentales de los internos, tanto en cuanto alertará de aquellas actuaciones que no se corresponden con la legalidad, surtirá un efecto disuasorio respecto de las prácticas ilegales.

IX. EL CACHEO DE LOS VIGILANTES DE SEGURIDAD.

IX.1. LA EXPANSIÓN DE LA SEGURIDAD PRIVADA EN ESPAÑA.

Resulta considerable realizar una reflexión sobre la importancia que tiene la seguridad privada en nuestro entorno, y como consecuencia de ello, dilucidar sobre cual tiene que ser la praxis más adecuada en el cacheo de los vigilantes de seguridad, dado que no podemos dejar en vano, que en la actualidad, tanto la vigilancia, como los registros y la práctica del cacheo forman parte de nuestra vida cotidiana en muchos escenarios sociales. Esta objetividad palpable ha surgido en nuestros días, como consecuencia principalmente de las nuevas realidades sociales suscitadas, entre las que nombramos como más importantes: el acrecentamiento de nuevas formas de criminalidad y de violencia instrumental, los delitos contra la propiedad, las adicciones a la droga, el asentamiento y desarrollo de las empresas privadas, así como la protección derivada de las nuevas políticas criminales en materia de terrorismo y de la piratería. Como prueba de ello, los ataques terroristas perpetrados la noche del 13 de noviembre del 2015 en la capital francesa y en el suburbio de Saint-Denis, tuvieron unas consecuencias en nuestro país, hasta tal punto que el día 22 de noviembre del 2015, en la celebración de la capital española del partido de fútbol entre los equipos del Real Madrid y del Fútbol Club Barcelona, donde se doblegó los efectivos de las FCS, había incluso más personal de la seguridad privada que miembros de las policías nacionales y locales⁵⁴¹.

Las crecientes y expansivas funciones que se estaban desarrollando en el ámbito de la seguridad privada allá por los años 70⁵⁴² en España, hizo resurgir

⁵⁴¹ En el transcurso del partido hubieron 1.200 agentes de la PN, 122 policías locales y 1.195 efectivos de seguridad privada. www.lavanguardia.com/deportes/20151119/30271650403/el-clasico-se-blinda-con-1200-policias-nacionales-6-veces-mas-de-lo-habitual.html (consultado el 23/11/2015).

⁵⁴² LOPEZ-NIETO y MALLO, F., "El modelo policial español", El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2007, pág. 15, arguye que el sector privado empieza a funcionar a principios de los años setenta, y que en poco tiempo alcanza un auge de gran envergadura en cuanto al desarrollo se refiere.

una serie de leyes cuya principal finalidad consistió en ampliar los servicios de vigilancia en las entidades financieras, así como la de abordar aspectos reguladores sobre los vigilantes jurados⁵⁴³. Sin embargo, en el década de los 80 cuando la seguridad privada, “alentado por un movimiento liberal de carácter privatizador que invade también España”⁵⁴⁴, es cuando adquiere un crecimiento notable de la actividad empresarial en un proceso constante de expansión alentados por unos intereses económicos de muy relevante importancia como consecuencia de las nuevas políticas neoliberales impulsadas.

Sin embargo, no fue recogida en nuestra Carta Magna, ni la noción, ni el concepto de seguridad privada, ya que la repercusión de este fenómeno en expansión, ni mucho menos tuvo la misma relevancia, con respecto a la importancia y las dimensiones alcanzadas en nuestra actualidad⁵⁴⁵.

Tanto el desarrollo económico aludido, como la aparición de grandes empresas y superficies, como también por el surgimiento de un crecimiento notable de la delincuencia y la criminalidad en España, provocó en la ciudadanía —gestada por la evidente merma de sensación de la inseguridad ciudadana⁵⁴⁶— la aceptación de una necesidad palpable de una novedosa seguridad privada, que

⁵⁴³ Orden de 28 de marzo de 1973, sobre custodia de metálico o valores por vigilantes jurados bancarios en el exterior de los locales, Decreto 2048/1973, de 26 de julio, sobre servicio de Vigilantes Jurados, y la más reciente en cuando a esa década se refiere, aludimos al Real Decreto 629/1978, de 10 de marzo, por el que se regula la función de los vigilantes jurados de seguridad.

⁵⁴⁴ PACHECO MARTÍN, P., “Régimen jurídico administrativo de la seguridad privada en España”, (Tesis), Ed. Universidad de Málaga, 2006, pág. 119.

⁵⁴⁵ En término parecidos alude AGUADO I CUDOLÀ V., “La seguridad como sistema al servicio de la ciudadanía”, Revista catalana de Seguridad pública: Seguridad pública y privada: el nuevo modelo de protección de la ciudadanía, Barcelona, 2006, pág. 28.

⁵⁴⁶ La gran parte de la doctrina afirman con diferentes teorías el incremento de la sensación de inseguridad en España. Destacamos a ROLDÁN BARBERO, H., “La seguridad privada en la prevención del delito”, Diario la Ley, Sección doctrina, Ed. La Ley, Tomo1, 2001, pág. 6, ya que en su argumentos defiende que la gente ha empezado a sentirse muy insegura por el crecimiento notable de la delincuencia (no sólo oficial, sino también real). Entre los que destaca los delitos contra la propiedad, violencia instrumental o sin ella. El aumento de las adicciones fundamentalmente de drogas. También la televisión, con la programación sobre crónicas del delito, incluso por la propia publicidad que ha realizado las propias empresas de seguridad. Todo ello ha provocado que desde distintas instancias se ha contagiado el sentimiento de inquietud.

fuera capaz de abordar todas y cada una de las demandas de los ciudadanos que, en materia de seguridad jurídica y personal exigían.

El punto de inflexión que marcaría un antes y un después en el fenómeno de la seguridad privada, así como de la seguridad pública, y que provocaría, además, un deterioro sustancial en los derechos de los ciudadanos, en aras de conseguir el justo equilibrio de la dicotomía seguridad-derechos; lo encontramos en los albores del siglo XXI, producidos principalmente, por los acontecimientos dramáticos de los atentados terroristas del 11 de septiembre del 2001 en Estados Unidos⁵⁴⁷ así como los perpetrados con posterioridad en Europa, y en concreto los sufridos por España el 11 de marzo de 2004.

Este fenómeno terrorista mundial provocó en muchos países, la elaboración de leyes más restrictivas para los ciudadanos con objeto de garantizar aún más la seguridad. Además, muchos países de nuestro entorno se esforzaron para añadir el merecido reconocimiento a las funciones de las empresas privadas, consiguiendo un aumento en cuanto a su profesionalización se refiere. Como ejemplo de la repercusión que los actos terroristas tuvieron por el mundo, determinados sectores de transportes colectivos relevantes, como los aeropuertos, las estaciones de metro o de trenes, hemos comprobado que las restricciones de acceso al interior de los mismos han aumentado en detrimento, para obtener una mayor efectividad en la seguridad, ya que se hace indispensable someter a los ciudadanos, si portan consigo objetos u instrumentos susceptibles de peligrar la seguridad en el interior del edificio o en establecimientos y medios de transporte colectivos objeto de inspección.

⁵⁴⁷ En este sentido se expresa FREIXES SAN JUÁN, T., y REMOTTI CARBONELL, J.C., "La configuración constitucional de la seguridad ciudadana", Departament de Ciència Política I de Dret públic, anuari 1992, 1ª Edición, Barcelona, 1994, op. cit., pp. 31 y 32. En parecidos términos UEDA TSUBOYAMA, S. G., "Revista de información general y documental para Ayuntamientos y policía local: Aspectos relevantes del nuevo proyecto de la ley de seguridad privada", nº 117, 2014, pág. 41, argumentando que la seguridad tanto pública como privada a nivel mundial como consecuencia del atentado reformaron su marco jurídico. También refiere en tal sentido la Dirección General de la Policía, Comisaría General de Seguridad Ciudadana UCSP: Boletín informativo nº 25, mayo 2008, pág. 3.

Todas estas consecuencias, desencadenó evidentemente que el Estado⁵⁴⁸ no sea capaz de dotar a la ciudadanía de unos mecanismos de control eficaces que abordasen y solucionasen definitivamente los problemas que acarrearán la seguridad en todos sus ámbitos. Por otro lado, el Estado tampoco estuvo preparado para abordar todas las demandas de la sociedad en materia de seguridad personal, lo que provocó el surgimiento expansivo de un aumento de la seguridad privada.

Es preciso también realizar una reflexión de las consecuencias por las cuales la seguridad privada se ha incrementado de forma espectacular y de una forma armonizadora tanto en los países de nuestro entorno, como en España. Ejemplo de ello son las Comunidades Autónomas que cada vez asumen más competencias específicas en materia de seguridad privada en sus propios Estatutos⁵⁴⁹. También podemos destacar indudable importancia de la labor que los servicios privados de seguridad desempeñan, toda vez que suplen en muchos aspectos, y como posteriormente reseñaremos, a la seguridad pública, competencia exclusiva del Estado.

⁵⁴⁸ ACOSTA GALLO, P., "Derecho de la seguridad, responsabilidad policial y penitenciaria", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 67. En los mismos términos aduce nuestro autor, ya que reconoce que el Estado no puede abordar toda la demanda social de la seguridad privada, considerando que son actividades complementarias y subordinadas al servicio público. También AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., "Las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública y privada. ¿Se opera algún cambio en el nuevo Estatuto para Cataluña?", Revista Catalana de Seguretat Pública, nº 17, 2006, pág. 69, aduce que uno de los factores del auge de la seguridad privada ha sido la incapacidad de las FCSE de realizar esas funciones.

⁵⁴⁹ A modo de ejemplo señalamos la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, cuya referencia a la seguridad privada hace referencia en su artículo 163. La Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, cuyo artículo 67.2; establece que le corresponden competencias ejecutivas en materia de seguridad privada.

La Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León en su artículo 76.13. La Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; artículo 32.19. La Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; artículo 71.58. En la Comunidad Autónoma del País Vasco destaca en su reciente Decreto 207/2014, de 21 de octubre, de regulación del ejercicio de competencias de la Comunidad Autónoma de Euskadi en materia de seguridad privada.

Podemos apuntar en base a todo lo expuesto de modo sintético como apunta ROLDÁN BARBERO; que “la seguridad privada como medio de prevención del delito no es un recurso exclusivo de nuestra época más reciente. No obstante, es ahora cuando ha alcanzado una mayor relevancia como consecuencia del importante proceso de generación de riesgos”⁵⁵⁰.

IX.2. BREVE REFERENCIA DE LA TRILOGÍA DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, DE LA SEGURIDAD CIUDADANA Y DEL ORDEN PÚBLICO COMO PARTE VINCULADA A LA SEGURIDAD PRIVADA.

Para realizar el oportuno estudio no es por ello desdeñable desglosar de una forma sucinta y en términos genéricos el concepto que contiene cada uno de los términos de la seguridad pública, de la seguridad ciudadana y del orden público en un marco jurídico constitucional, e incardinarlo en el contexto de la seguridad privada como un conjunto subordinado y coordinado que forma parte de esta trilogía conceptual referida a la seguridad.

IX.2.1. Orden público.

La denominación de orden público⁵⁵¹ dejó de ser una expresión utilizada en el régimen franquista —de forma muy desfavorable— por la Ley de Orden Público⁵⁵², signo de la negación de las libertades a los ciudadanos por la represión de las fuerzas de seguridad del régimen, para después transformarse, tras la promulgación de la Constitución Española, en un concepto positivo que defiende y limita ciertos derechos y libertades de las personas como así se expresa en determinados artículos constitucionales:

⁵⁵⁰ ROLDÁN BARBERO, H., “La seguridad” op. cit., 2001, pág. 17.

⁵⁵¹ PACHECO MARTÍN, P., “Régimen jurídico...”, op. cit., 2006, pág. 119, arguye con respecto a este concepto que, de forma genérica y amplia se puede equiparar como sinónimo al orden jurídico, es decir, el cumplimiento de las normas jurídicas que los ciudadanos tienen que cumplir. También se expresa de una forma muy genérica el “Diccionario de la Lengua Española”, 21ª Edición, Tomo I, Madrid, 1992, cuando indica que el orden público es la “situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta”.

⁵⁵² Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959.

El artículo 16.1. reseña que “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”, así también el artículo 21.2 indica que “En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

La jurisprudencia se ha inclinado en aceptar que el término de orden público en un contexto constitucional está sumamente relacionado tanto con los derechos fundamentales como también con la seguridad⁵⁵³. Es por ello deseable reseñar, que estimamos oportunos los razonamientos de las sentencias del Tribunal Supremo, cuyos argumentos se limitan a afirmar que el orden público sirve para garantizar los derechos y las libertades públicas. Como ejemplo de ello exponemos varias sentencias, cuyas premisas se circunscriben en expresar que “tras la Constitución, la cláusula de orden público no puede encerrar otro interés que garantizar el orden público de las libertades, ejercicio de modo pacífico y sin armas⁵⁵⁴”, así como, “el orden público se alcanza cuando cada ciudadano puede usar pacíficamente de sus derechos y libertades”⁵⁵⁵.

El Tribunal Constitucional consigue equiparar en numerosas sentencias (respecto a la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio de libertad religiosa, en aras de conseguir una eficaz protección del artículo 16.1 de la CE), los derechos de las personas e incluso la seguridad con el orden público cuando lo expresa en los siguientes términos: “la protección del derecho a los demás y a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral público, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley”⁵⁵⁶. En parecidos términos el TC indica que “la

⁵⁵³ Nos parece adecuado nombrar en cuanto a la doctrina se refiere a LÓPEZ-NIETO y MALLO, F., “Seguridad en lugares públicos”, Edición 3ª, Ed. El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007, pág. 3. Estos autores asumen que el término orden público está asociado a la seguridad, ya que sin ella no puede darse la paz, la tranquilidad, ni la estabilidad.

⁵⁵⁴ STS 421/1987, de 27 de enero.

⁵⁵⁵ STS 191/1989, de 20 de enero.

⁵⁵⁶ STC 154/2002, de 18 de julio. En la sentencia, cuyos argumentos se esgrimían en determinar la calificación de homicidio por omisión de unos padres que negaron una transfusión de sangre a su hijo por creencias religiosas (testigo de Jehová), fue reconocido

salvaguardia preventiva del orden público, en evitación de futuras lesiones a los derechos fundamentales y libertades públicas, debe considerarse naturalmente incluida en el espíritu y finalidad del art. 16.1 de la Constitución⁵⁵⁷.

El concepto objeto de estudio también aparece en el código penal, concretamente en los delitos contra el orden público. Estos preceptos equiparan e igualan en cuanto a su significado el término de orden público con respecto a la paz pública, obviamente cuando concurren conductas tendentes a perjudicar los derechos de las personas como de sus propiedades. Habida cuenta del precepto coercitivo sobre el delito contra el orden público, nuestra autora LORENTE VELASCO, hace una reflexión no menos interesante, ya que expresa que si “toda conducta susceptible de alterar el orden, la paz, la seguridad o tranquilidad de la ciudadanía podría ser constitutiva de considerarse una afectación del orden público”⁵⁵⁸, todo ello nos lleva a reflexionar que el concepto de orden público tiene un significado muy extenso⁵⁵⁹, por lo que nos mostramos favorables a que haya sido sustituido ahora en las leyes constitucionales por los conceptos de seguridad ciudadana y los de seguridad pública.

IX.2.2. Seguridad ciudadana.

Partiendo del concepto amplio que engloba la seguridad ciudadana podemos alegar que fue incorporado por primera vez en el marco constitucional (que sin embargo lo dejó sin definir) que refiere el artículo 104 de la CE, y cuya misión consiste en la de garantizar a los ciudadanos el libre y pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos y libertades individuales que ostentan, y por

el amparo del derecho fundamental de la libertad religiosa que consagra nuestra Constitución española.

⁵⁵⁷ STC 46/2001, de 15 de febrero.

⁵⁵⁸ LORENTE VELASCO, S. M., “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia”, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 26.

⁵⁵⁹ CASARES VILLANUEVA, M.L., “Atentado, resistencia y desobediencia”, Revista del Poder Judicial, nº 45, 1995, pág. 149, expresa en sentido parecido que el “orden público, como bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal es un concepto jurídico indeterminado y que es objeto de transformaciones constantes en cuanto a su interpretación”.

tanto nos estamos refiriendo a “toda actividad del Estado y de otras entidades territoriales, así como a toda exigencia de conducta a personas físicas o jurídicas, encaminadas a mantener un orden público genéricamente considerado y que lleve aparejada la seguridad para las personas y sus bienes”⁵⁶⁰.

Es decir, entendemos que contiene un aspecto material asemejado al orden público, con la consecuente protección de la paz pública y protección de la tranquilidad ciudadana, realizado con la atribución del Estado por medio de las funciones coercitivas de las FCSE. En este sentido también se expresa MORA CHAMORRO⁵⁶¹, al entender que el Estado tiene la obligación de proteger la seguridad ciudadana y como consecuencia garantizar una convivencia pacífica y provechosa; sin embargo ACOSTA GALLO⁵⁶², argumenta que la protección ciudadana se protege en un sentido amplio a través de la elaboración de normas así como en la actuación de las Administraciones Públicas. Aduce también nuestro autor que la protección ciudadana no es una función exclusiva de las FCSE.

Para LORENTE VELASCO, dicho concepto no es tarea fácil de concretar ya que su precisión es dificultosa. No obstante resulta atractiva la definición que realiza la STC 148/200, de 30 de junio, ya que en dicha sentencia la citada autora la interpreta en un intento de perfilar el concepto de seguridad ciudadana partiendo del concepto de seguridad pública, siendo una parcela propia de las FCSE relativas a las actividades policiales o policía de seguridad⁵⁶³.

Para SUAY HERNÁNDEZ, la seguridad ciudadana es referida y está relacionada con el libre ejercicio de los derechos y de las libertades, coincidiendo además con el concepto de orden público, entendido como “subsistema normativo”⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ LÓPEZ-NIETO y MALLO, F., “Seguridad en lugares...”, op. cit., 2007, pág. 2.

⁵⁶¹ MORA CHAMORRO, H., “Manual del vigilante de seguridad”, Tomo I, Ed. Club Universitario, Alicante, 2013, pág. 10.

⁵⁶² ACOSTA GALLO, P., “Derecho de...”, op. cit., pág. 56.

⁵⁶³ LORENTE VELASCO, S. M., “Delitos de atentado...”, op. cit., 2010, pág. 44.

⁵⁶⁴ SUAY HERNÁNDEZ, C., “Intervención de los servicios de seguridad privada en materia de seguridad ciudadana”, Departament de Ciència Política I de Dret públic, anuari 1992, 1^o Edición, Barcelona, 1994, op. cit., pág. 124.

Por tanto, y teniendo en cuenta la doctrina a la que acabamos de referirnos anteriormente, así como el precepto constitucional del artículo 104, concluimos que el punto de coincidencia entre orden público y seguridad ciudadana consistirá en otorgar una mayor seguridad a las personas en aras de proteger sus derechos, tal y como recoge la exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo de Protección de la Seguridad Ciudadana, cuando refiere que “la seguridad ciudadana es una garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones fórmameles carentes de eficacia jurídica. En este sentido, la seguridad ciudadana se confitura como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho”⁵⁶⁵.

Crítica es MAQUEDA ABREU⁵⁶⁶, con la nueva referencia al concepto de seguridad ciudadana que realiza la nueva LOPSC, ya que aduce que parte de un concepto muy genérico e impreciso que puede generar la restricción de derechos tan fundamentales como son los de información o de reunión. La autora cree firmemente que la seguridad ciudadana no está prevista en la Ley para evitar un intervencionismo expansivo a los ciudadanos, ya que está basado por condiciones de máxima discrecionalidad.

IX.2.3. Seguridad pública incardinada a la seguridad privada.

La seguridad es una expresión de contenido complejo y subjetivo, dirigido a la protección de las personas y bienes, que produce en el ser humano “sentirse y estar libre de peligros, riesgos o daños en un lugar determinado”⁵⁶⁷.

Es un concepto tan amplio que incluso en nuestra Constitución Española no ha precisado su contenido, convirtiéndose en un concepto polivalente e indeterminado, ya que nos refiere tanto a la seguridad jurídica, como personal,

⁵⁶⁵ Continúa la exposición de motivos de la LOPSC aduciendo que el Estado dispone de mecanismos para garantizar la seguridad ciudadana concebidos por; un ordenamiento jurídico para dar respuesta a los diversos fenómenos ilícitos que vayan surgiendo en la sociedad; de un Poder Judicial que asegure su aplicación; y de las FCS, cuya misión se centra fundamentalmente en la prevención y en la persecución de infracciones.

⁵⁶⁶ MAQUEDA ABREU, M.L., “La criminalización...”, op. cit., 2015, pp. 38 y 39.

⁵⁶⁷ MORA CHAMORRO, H., “Manual del...”, op. cit., 2013, pág. 9.

como de los consumidores, pasando por los términos objeto de estudio, como son la seguridad ciudadana o la seguridad pública.

Partiendo del artículo 103.1 de la CE, habida cuenta que la Administración Pública genera unas funciones básicas como servicio dirigido a satisfacer los intereses generales regidos por la Ley, podemos deducir que la seguridad garante de esos intereses se convierte, en sentido estricto, en seguridad pública dependiente del Estado⁵⁶⁸. De este modo el art. 149.1.29 de la CE atribuye al Estado la competencia exclusiva de la seguridad pública, entendida por el Tribunal Constitucional como aquellas actuaciones dirigidas principalmente a la “protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas”⁵⁶⁹.

La gran mayoría de la doctrina apunta en señalar que para garantizar una seguridad pública efectiva dependiente del Estado y de la administración pública, es preciso utilizar el brazo ejecutor de las FCSE de forma preventiva en primera instancia, y en su caso más grave, emplear el uso instrumental de la coacción física, con el fin primordial de evitar una perturbación en cuanto a los derechos, las libertades y de la convivencia ciudadana se refiere⁵⁷⁰.

Todo lo cual, naturalmente nos lleva a preguntarnos cuál es el encaje de la seguridad privada en la Administración y en la seguridad pública y por ello debemos reflexionar sobre la ubicación exacta dentro del ordenamiento jurídico y

⁵⁶⁸ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA I., “Las competencias...” op. cit., pág. 75, establece que “el marco jurídico de la seguridad pública está formado por el conjunto de normas destinadas a preservar y restaurar las condiciones que permitan el ejercicio de los derechos y libertades y la convivencia ciudadana, normalmente mediante medidas preventivas, correctoras o represivas, incluyendo actos de inspección o vigilancia, de limitación de derechos o el ejercicio de la coacción administrativa”.

⁵⁶⁹ Existen numerosas sentencias del TC que refiere en este sentido como son la STC 33/1982, de 8 de junio y la STC 117/1984, de 5 de diciembre.

⁵⁷⁰ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA I., “Las competencias...” op. cit., 2006, pág. 64, apunta en este sentido que la defensa del orden y de la seguridad pública está justificado por “el monopolio estatal del ejercicio de la coacción legítima”. Nuestro autor MORA CHAMORRO, H., “Manual del...”, op. cit., 2013, pág. 10, también hace referencia de forma indirecta, la asunción de la fuerza represora para garantizar la seguridad pública cuando alude que el Estado necesita medios y actividades que así lo garanticen. Y por último destacamos a ACOSTA GALLO, P., “Derecho de...”, op. cit., 2014, pág. 56, que define como “peculiar” esa organización de la Administración para el uso de la fuerza.

administrativo, y si verdaderamente aquélla forma parte esencial de estas últimas.

Como hemos apuntado en los apartados anteriores referidos a la seguridad privada en España, tanto en la actualidad como en décadas anteriores, se alcanzó un nivel de desarrollo de gran magnitud. Principalmente para dar respuesta a una adecuada demanda de la sociedad ya que se encontraba muy asentada y reconocida, hasta tal punto que incluso la seguridad privada tiene un importante reconocimiento incluso entre los países de la Unión Europea⁵⁷¹.

Por ello, nos incumbe la obligación de realizar una definición breve sobre la seguridad privada, entendida como un macroconcepto que incluyen todas aquellas actuaciones tendentes por las empresas con entidad propia con el fin de proteger a las personas, así también como sus propiedades, ante cualquier riesgo que pueda acarrear⁵⁷².

Pero al tener la seguridad privada un papel tan trascendente en la sociedad, nos resulta deseable reseñar como consecuencia de ello, que el concepto es ampliado en una magnitud mucho más sólida, ya que es obvio en afirmar que forma parte integrante de la seguridad pública, y que consecuentemente, forma parte de una seguridad disuasoria, ya que tiene por objeto entre otras cosas, la de

⁵⁷¹ Como señala el Boletín Informativo de la Dirección General de la Policía (Comisaría General de Seguridad Ciudadana/ Unidad Central de Seguridad Privada), nº 14, de febrero de 2004. Además PACHECO MARTÍN, P., "Régimen jurídico...", op. cit., 2006, pág. 121, refiere que la seguridad privada está tan asentada que es difícil comprender a la "seguridad pública prestada únicamente y exclusivamente por las FCSE sin la concurrencia de las empresas y personal privado de seguridad". También lo hace la Ley 5/2014, de 4 de abril en el preámbulo cuando reconoce que tanto en España como en Europa "se ha convertido en un verdadero actor de las políticas globales y nacionales de seguridad".

⁵⁷² ROLDÁN BARBERO, H., "La seguridad...", op. cit., 2001, pág. 17. Además de un modo más amplio la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, la define en su artículo 2 como: "el conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad adoptadas, de forma voluntaria u obligatoria, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestados por empresas de seguridad, despachos de detectives privados y personal de seguridad privada para hacer frente a actos deliberados o riesgos accidentales, o para realizar averiguaciones sobre personas y bienes, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades".

prevenir la comisión de hechos delictivos y por tanto contribuir al mantenimiento y al orden de la seguridad pública⁵⁷³.

En términos análogos se ha pronunciado la doctrina de forma unánime, como son, el autor BADOS PÉREZ⁵⁷⁴, ya que afirma la existencia entre ambos conceptos de una colaboración público-privada porque contiene un principio de cooperación recíproca, de modo que surge por la necesidad que tiene el sector público en recibir financiación privada. También refiere AGUADO I CUDOLÀ⁵⁷⁵, argumentando que si no hay delitos privados (existe alguna excepción por política criminal), tampoco podemos afirmar que los riesgos generados por las amenazas o las agresiones en el ámbito de la seguridad privada, se puedan tener en cuenta en sentido estricto como delitos privados, ya que es considerado como un auténtico asunto público que compromete tanto al orden como a la paz social. También IZQUIERDO CARRASCO⁵⁷⁶, reconoce que la seguridad privada tiene una naturaleza jurídica ambivalente, y por ello, supone que dicha seguridad se convierte en un ejercicio vigoroso de las funciones públicas. Además tanto ACOSTA GALLO⁵⁷⁷ como ROLDÁN BARBERO⁵⁷⁸, entienden que el sistema público en muchas facetas está delegando por el sistema privado, y además están concebidas incluso como colaboraciones complementarias y subordinadas entre ambas.

⁵⁷³ En términos parecidos refiere MORA CHAMORRO, H., "Manual del...", op. cit., 2013, pág. 10.

⁵⁷⁴ BADOS PÉREZ, B., "Estatutos y posición de los operarios de vigilancia", Diario La Ley, nº 8046, 2013, pág. 6.

⁵⁷⁵ CASINO RUBIO, C., "La denominada seguridad privada ¿es realmente privada?", Revista catalana de Seguridad pública: Seguridad pública y privada: el nuevo modelo de protección de la ciudadanía, Barcelona, 2006, pág. 91.

⁵⁷⁶ IZQUIERDO CARRASCO, M., "La seguridad privada a debate. Algunas cuestiones jurídicas esenciales", Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior, 2005, pág. 1.

⁵⁷⁷ ACOSTA GALLO, P., "Derecho de...", op. cit., 2014, pág. 66.

⁵⁷⁸ ROLDÁN BARBERO, H., "La seguridad...", op. cit., 2001, pág. 13. Dicho autor en cuanto a los modelos preventivos de la seguridad pública y privada, arguye que son dos posiciones bien distintas. Alega nuestro autor que la seguridad pública tiene una función generalizada y en principio no discriminatoria, en contraposición de la seguridad privada la cual está basada en "concreción y la discriminación de las personas y de los bienes protegidos".

Recuérdese la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo⁵⁷⁹, por la que declara nulos algunos preceptos de la Ley y del Reglamento de seguridad privada. En dicha sentencia el Gobierno Español alegaba y así justificaba que “la seguridad privada está íntimamente vinculada a la seguridad pública de la que constituye una prolongación”⁵⁸⁰, argumento que si bien reconoce el Tribunal de Justicia, empero, no le sirvió al Estado para justificar su defensa.

Una vez reseñados dichos aspectos, debemos asumir que la materia en cuanto a la seguridad privada se refiere, no está recogido en el artículo 149.1.29 de la CE. Dicho artículo reseña que la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado, es decir, la seguridad pública está ejercida por el monopolio del poder público, pero no por ello podemos afirmar que la seguridad privada no forme parte de ella, o no esté vinculada significativamente.

En cualquier caso y como se ha tenido ocasión de comprobar, podemos sostener que la seguridad privada tiene una aproximación funcional y de naturaleza jurídica con respecto a la seguridad pública, hasta tal punto, que forma parte de ella. Además constituye una actividad que consigue complementar a la seguridad pública bajo su subordinación, y de forma indirecta asumen funciones de anticipación al delito, obviamente siempre y cuando se realicen todas aquellas actividades en el ejercicio de las funciones que les son encomendadas.

No puede reputarse meras funciones privadas, para aquellas actividades tradicionales tan importantes como son la protección de las mujeres, la vigilancia en edificios públicos como sucede en los Centros penitenciarios, en los palacios de justicia, en los Centros sanitarios o en los parques públicos de las ciudades, así también como en el transporte de dinero u objetos valiosos en la vía pública, incluso en la autorización del porte de armas de fuego por parte del personal de seguridad privada.

Todas estas actividades con entidad propia son solo un ejemplo de la acepción como parte integrante en el escenario de la seguridad, y también como pieza “indispensable del conjunto de medidas destinadas a la protección de la

⁵⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 26 de enero del 2006, asunto C-514/03.

⁵⁸⁰ Párrafo 21. La pretensión fundamental en este párrafo del Gobierno consistió en sostener una aproximación entre la seguridad privada y la seguridad pública.

sociedad y la defensa de los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos”, como afortunadamente alude la nueva Ley de Seguridad Privada⁵⁸¹ en su preámbulo.

IX.3. ESTADO ACTUAL Y MARCO LEGAL QUE LO REGULA.

En el sector de la seguridad privada ha crecido y cambiado de forma muy apresurada primordialmente por el auge paulatino y evidente de la gran inseguridad, que incluso ha afectado al uso de las fuerzas armadas⁵⁸² en un escenario internacional. En el caso que nos ocupa, las empresas de seguridad privada en España propiciaron numerosos problemas como el intrusismo en esta profesión⁵⁸³, la falta de criterios de homologación, así como las deficiencias en la formación de los empleados de la seguridad privada. Por ello, después de 20 años parcheando con Reales Decretos y Ordenanzas Ministeriales la ya derogada Ley 23/1992, de 23 de julio de Seguridad Privada, la cual quedó obsoleta tanto a nivel operativo como jurídico, se aprobó la vigente y nueva Ley 5/2014, de 4 de abril de

⁵⁸¹ Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

⁵⁸² Como señala un autor GÜELL PERIS, S., (Coor.), “La privatización del uso de la Fuerza Armada: Política y Derecho ante el fenómenos de las empresas militares y de seguridad privadas”, Ed. J. M. Boch, Barcelona, 2009. En el libro se reseña que con motivo de la transformación en los escenarios de los conflictos armados mundiales y en aras de ofrecer una cobertura más efectiva a los riesgos internacionales de consecuencia fatales, son cada vez más indispensables la ejecución de servicios asignados a las empresas militares y de seguridad privadas (lo que podríamos referir a la privatización del uso de la fuerza armada como tal), en la prestación de servicios de asistencia, y logística como medidas principales. Como ejemplo de ello podríamos nombrar a países que importan dichos servicios como Iraq, Afganistán o Sierra Leona entre otros.

⁵⁸³ La revista de la Dirección General de la Policía, Comisaría General de Seguridad Ciudadana UCSP: Boletín informativo nº 8, septiembre 2001, pág. 9, reflejaba con un caso real el intrusismo tan extendido en España que se estaba produciendo por el año 2001. Consistió en la sanción que se interpuso a la comunidad de propietarios Montepíncipe, porque se argumentaba en el escrito de la demanda, que los servicios privados prestados no eran realmente de seguridad, porque estaban registrados como de conservación y mantenimiento. Las funciones que hacía el personal de vigilancia estaba uniformado, e incluso se encontraban emplazados dos garitas de vigilancia con barrera.

2014 de Seguridad Privada que junto al Reglamento de 1994⁵⁸⁴, hacen un marco legal jurídico más firme de los servicios privados.

La transformación más importantes de la novedosa Ley, podemos destacar como más relevantes, la consolidación en el ámbito de aplicación y de los principios rectores, además se plasmaron las ideas más importantes en cuanto a la coordinación y colaboración entre las FCSE, se mejoró la seguridad pública mediante el intercambio de información, como también se implantó la vigilancia externa y perimetral de los Centros penitenciarios.

El artículo 26 de la nueva Ley refiere que el personal de seguridad privada está integrado por los vigilantes de seguridad y su especialidad de vigilantes de explosivos, los escoltas privados⁵⁸⁵, los guardas rurales, los jefes de seguridad, los detectives privados y los directores de seguridad.

Nos parece más acertado realizar el estudio del cacheo sobre la figura de los vigilantes de seguridad, fundamentalmente por la trascendencia más asidua que tiene dicha actividad en la sociedad actual.

IX.4. PROTECCIÓN JURÍDICA ANÁLOGA A LA DE AGENTE DE LA AUTORIDAD.

IX.4.1. Breve aproximación conceptual al término de autoridad y al de agente de la autoridad.

Según la RAE refiere el término autoridad para aquellas personas que tienen atribuidas algún poder o están facultados para mandar sobre otros. El concepto y la definición que realiza el artículo 24 del Código Penal sobre la autoridad, están dirigidos en unos términos muy genéricos, reputando de tal

⁵⁸⁴ Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada.

⁵⁸⁵ POZO MOREIRA, F.J., "La categoría profesional ficticia de escolta reconocida jurisprudencialmente", Diario La Ley, nº 7030, 2008, pág. 5, nos resulta interesante que nuestro autor equipara y asemeja en ciertos aspectos funcionales el escolta privado con respecto al vigilante de seguridad. Al respecto reseña que el escolta privado "tiene como característica una tendencia a la unificación de funciones en una categoría profesional enriquecida y común de vigilante de seguridad, que se reagrupa por la propia esencia de las funciones en un mismo grado de profesionalidad en una misma área funcional".

carácter para los que tengan mando o ejerzan jurisdicción propia. Dentro de la función pública refiere RUBIO LARA que la actividad de la autoridad se va a “limitar a la idoneidad y aptitud de éstos en cuanto a sus posibilidades de resolver asuntos”⁵⁸⁶.

En otro orden de cosas, y conforme al otro término en cuestión, es importante destacar que no podemos hacer referencia a un concepto concreto de agente de la autoridad, porque en realidad no existe como tal en el ordenamiento jurídico. El Código Penal únicamente se refiere a ellos en algunos artículos para tipificar varias figuras delictivas, pero ni tan siquiera el artículo 24 referido a las autoridades y funcionarios públicos lo definen como tal.

Sin embargo encontramos una definición del Tribunal Supremo que define a los agentes de la autoridad como “aquellas personas que por nombramiento de autoridad competente o por disposición inmediata de la Ley, tienen como misión la de mantener el orden público, proteger la seguridad de las personas y de las propiedades y cumplir y hacer cumplir los mandatos emanados de las autoridades competentes ejecutando sus órdenes, decisiones o decretos”⁵⁸⁷.

De acuerdo con la posición doctrinal mayoritaria, y en el mismo sentido lo refieren LORENTE VELASCO⁵⁸⁸ y SUAY HERNÁNDEZ⁵⁸⁹ cuando arguyen que los agentes de la autoridad son una especie de funcionarios públicos que actuando a las órdenes de la autoridad se encargan de ejecutar y hacer cumplir sus decisiones.

Asimismo, la STS 12574/1993, de 22 de enero, expresa una definición construida por un sector de la doctrina científica⁵⁹⁰, argumentando en este sentido, que los agentes de la autoridad tienen esa cualidad “por disposición inmediata de la Ley o por nombramiento de la autoridad competente”, y, como

⁵⁸⁶ RUBIO LARA, P.A., “Denegación de auxilio por funcionario público”, Ed. CECEJ, Madrid, 2006, pág. 117.

⁵⁸⁷ STS 4366/1979, de 29 de octubre.

⁵⁸⁸ LORENTE VELASCO, S. M., “Delitos de atentado...”, op. cit., 2010, pág. 98.

⁵⁸⁹ SUAY HERNÁNDEZ, C., “Intervención de los servicios de seguridad privada en materia de seguridad ciudadana”, Departament de Ciència Política I de Dret públic, Barcelona, 1994, pág. 27 y s.

⁵⁹⁰ Entre los que se encuentran RUBIO LARA, P.A., “Denegación...”, op. cit., 2006, pág. 113, cuyo concepto es en términos parecidos al que refiere la sentencia.

consecuencia de ello, nombra los fines perseguidos por la autoridad, proyectado en aquéllos cuando refiere que “tienen por encargo mantener el orden público y proteger la seguridad de las personas y de las propiedades”.

Podemos apuntar en base a todo lo expuesto, y de una forma sucinta, que la condición de mandato y de poder que conlleva en sí mismo el ejercicio de la autoridad, ostenta una proyección principalmente dirigida a conseguir el justo equilibrio del mantenimiento de la paz y del orden público como pilares básicos de la convivencia ciudadana. Para conseguir este normal desarrollo de la estructura democrática⁵⁹¹, la autoridad tiene la capacidad de restringir tanto la libertad, como los derechos fundamentales de los ciudadanos, siempre y cuando no se actúe al margen de la ley, es decir, extralimitándose con notorio abuso de su cometido, porque en este caso perdería su condición de autoridad

IX.4.2. La condición de agente de la autoridad en la figura del vigilante de seguridad.

La transcendencia que tiene hasta a día de hoy el cacheo en el contexto de la seguridad privada es palpable, y por ello suscita cierta incertidumbre por parte de la ciudadanía, al cuestionarse si los vigilantes ostentan la condición de agentes de la autoridad y, por ende, si están facultados, en definitiva, para la realización de dicha actividad indagatoria.

La oscilación a lo largo del tiempo del Poder Ejecutivo y Legislativo respecto a las distintas leyes aprobadas en materia de seguridad, que, en unas ocasiones sí, y en otras no, han considerado dentro del ordenamiento jurídico como agentes de la autoridad a los vigilantes de seguridad, ha propiciado que la jurisprudencia se haya pronunciado en dos corrientes dispares.

Con el fin de desarrollar y constatar la idea contenida en el párrafo anterior, debemos referirnos al Real Decreto 629/1978, de 10 de marzo, por el que se regulaba la función de los Vigilantes Jurados⁵⁹² de Seguridad, en cuyo artículo 18

⁵⁹¹ LORENTE VELASCO, S. M., “Delitos de atentado...”, op. cit., 2010, pág. 86, analiza el concepto de la autoridad con una deducción general, arguyendo que el mantenimiento de la democracia y su normal desarrollo conducen al equilibrio de la protección del sistema constitucional.

⁵⁹² En la nueva Ley de Seguridad Privada se define como vigilante de seguridad.

incluía que “los vigilantes jurados de seguridad en el ejercicio de su cargo tendrán la cualidad de agentes de la autoridad”.

A partir de la promulgación de la Constitución Española de 1.978, la jurisprudencia mantuvo una línea jurisprudencial que preservaba la figura jurídica de agentes de la autoridad de aquéllos, tal y como bien expresaba el Real Decreto que acabamos de comentar.

Como prueba de ello, señalamos la STS 9442/1990, de 18 de diciembre o la STS 729/1984, de 8 de noviembre, cuyos principales argumentos consistían en dirimir dicha cuestión, tanto en cuanto se cumplieran coetáneamente dos premisas fundamentales: la primera de ellas, se refería a que el vigilante jurado se halle ejerciendo su cargo, es decir, que el desempeño de sus funciones estuviera recogido dentro del marco jurídico establecido por el Real Decreto 629/1978; y, la segunda premisa, consistía en que los vigilantes debían estar plenamente identificados como miembros de la seguridad privada, provistos además del uniforme correspondiente.

No obstante a comienzos de los años 90, los Tribunales⁵⁹³ comenzaron a denegarles la condición de agentes de la autoridad, fundamentalmente en virtud del principio de “reserva de ley” introducido por la Constitución Española de 1.978, y que, en términos generales, viene a señalar las materias que, según la Carta Magna, han de ser reguladas por una norma con rango de Ley que haya sido aprobada por los representantes del pueblo en las Cortes Generales; y por ende, el Poder Ejecutivo carecería de la capacidad legislativa suficiente para legislar sobre aquéllas. Así pues, partiendo como base de esta idea, los Tribunales de Justicia interpretaron, en definitiva, que el Real Decreto, por el cual se atribuía a los vigilantes de seguridad la cualidad de agente de la autoridad, era, a todas luces, de rango inferior al concepto de autoridad referido en el artículo 119 del Código Penal⁵⁹⁴, y por ello, consideraron que no podía ser de aplicación dicho concepto para el colectivo de profesionales de la seguridad privada.

⁵⁹³ El punto de partida en esta corriente jurisprudencial corre a cargo de la STS 168381/1991, de 25 de noviembre, la cual nombra además la STS de 29 de octubre de 1979, ya que de forma tímida no reconoció la condición de agente de la autoridad a los vigilantes jurados cuando se hallaren de servicio.

⁵⁹⁴ Actualmente está regulado por el artículo 24 del Código Penal de 1995.

Ulteriormente, el legislador les despojó definitivamente del carácter de agente de la autoridad al no incluirlo en los preceptos de la Ley 23/1992, del 30 de julio, de Seguridad Privada⁵⁹⁵ ni en el Reglamento que la desarrollaba⁵⁹⁶. La promulgación de esta Ley omitiendo tal condición, apoyó a la nueva línea jurisprudencial que la utilizó en sus argumentaciones y como base más sólida para sus veredictos. En sus aludidos argumentos, como premisa fundamental, se hacía mención, asimismo, al principio de Reserva de Ley al referir que: “el Poder Legislativo puede decidir la extensión de la seguridad privada, pero si por las razones que fuere no lo hace así, lo que no se puede es suplir tal omisión a través de actividad reglamentaria de la Administración”⁵⁹⁷, dado que la no derogación del Real Decreto de 1.978 había suscitado la incógnita, de si la condición de agente de la autoridad había sido anulada tácitamente⁵⁹⁸.

Lo que nos parece incuestionable, sin embargo, es el carácter de agente de la autoridad que las FCS poseen a todos los efectos en el ejercicio de sus funciones; tal y como consta regulado por la Ley Orgánica en su artículo 7 de la LOFCSE 2/86, de 13 de marzo.

Ante las dudas suscitadas, por la controvertida situación legal que acabamos de explicar, la Fiscalía General del Estado se pronunció ante la Consulta 3/1993, de 20 de octubre, acerca de que si los vigilantes de seguridad privada durante el ejercicio de sus funciones ostentan el carácter de agentes de la autoridad.

Al parecer, las conclusiones pudieron acarrear cierta alarma entre los partidarios de la doctrina mayoritaria, puesto que la Fiscalía aducía que si los vigilantes de seguridad realizaban, en virtud de su marco jurídico, y en colaboración con las FCS, funciones propias que a estos últimos se les encomienda, participando, de tal modo, así, de determinadas funciones públicas;

⁵⁹⁵ Actualmente dicha Ley está derogada por la vigente Ley de Seguridad Privada 5/2014, de 4 de abril.

⁵⁹⁶ Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada.

⁵⁹⁷ STS 13785/1992, de 18 de noviembre y la STS 3587/1992, de 06 de mayo, entre otras.

⁵⁹⁸ En parecidos términos refiere PACHECO MARTÍN, P., “Régimen jurídico...”, op. cit., 2006, pág. 724.

aquéllos deberían de disfrutar, por tanto, de la misma protección penal que un agente de la autoridad.

Aun así, entendemos que la respuesta de la Fiscalía a la consulta referida no aportó aspectos novedosos, tanto en cuanto sus conclusiones respecto a la idoneidad de proteger penalmente a los vigilantes de seguridad, eran los mismos que ya expresara el artículo 236 del antiguo Código Penal —como también hace, así, en parecidos términos, el artículo 555 del CP actualmente en vigor—, y cuyo precepto consiste en dotar de protección jurídica al sujeto que sea víctima de una agresión o acometimiento cuando, en el caso que nos concierne por ejemplo, hubiese acudido en auxilio de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Hasta la aprobación de la actual Ley de Seguridad Privada, la doctrina⁵⁹⁹ se ha venido pronunciando de forma mayoritaria, en afirmar que los vigilantes de seguridad no pueden revestirse de la cualidad de agente de la autoridad, ni siquiera para el personal que desempeñe tareas propias de las FCS, sin embargo a BADOS PÉREZ, cuando reflexiona sobre el mercado interior entre los distintos Estados de la Unión Europea, le parece lógico que aumente la especialización y la profesionalidad de la seguridad privada. Además, por otro lado, cree conveniente en dotar a los profesionales de este colectivo que se le conceda de una protección jurídica que mejore su status reglamentario, con el fin de eliminar aquellas barreras que puedan obstaculizar dichas actividades y consecuentemente conseguir un crecimiento económico del mercado Europeo mucho más fuerte⁶⁰⁰.

La actual Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada, ha introducido mediante su artículo 31⁶⁰¹, con unos límites taxativos, la legitimación de la figura

⁵⁹⁹ Como ejemplo de ello nombramos a GARCÍA ARÁN, M., y REBOLLO BARGAS, R., “La Exploración del cuerpo del sospechoso, el deber de colaborar y la sanción de su infracción”, Departament de Ciència Política I de Dret públic, Barcelona, 1994, pág. 127, también a LORENTE VELASCO, S. M., “Delitos de atentado...”, op. cit., 2010, pág. 111, y a DE VICENTE PACHÉS, F., “Naturaleza jurídica de las funciones de los guardias jurados de seguridad privada: ¿suponen sus actividades ejercicio del poder público?”, Revista doctrinal Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 6.

⁶⁰⁰ BADOS PÉREZ, B., “Estatutos...”, op. cit., 2013, pp. 3 y 6. Las conclusiones que aduce nuestro autor, es referida según la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

⁶⁰¹ Se considerarán agresiones y desobediencias a agentes de la autoridad las que se

jurídica análoga a la de agente de la autoridad, dirigido al personal de este sector, cuando concurren cuatro circunstancias simultáneas: a) que un sujeto desobedezca o agreda a algún vigilante de seguridad, b) que el mismo se encuentre debidamente identificado como tal, c) que estén realizando las funciones propias del cargo y d) que las actividades encomendadas se encuentren bajo el mando, la supervisión y cooperación con las FCS.

El acotamiento que el legislador propone en el artículo 31 de esta Ley, nos parece atrevida y lógica, pues entendemos que no en toda actividad desarrollada por personal de la seguridad privada puede atribuírsele la condición de agente de la autoridad, sino solo en aquellas intervenciones que mantengan relación directa con la función pública; y sirva a modo de ilustración, en aquellas supuestas injerencias que por parte de los profesionales de este sector pudieran haber significado, en otro contexto distinto, una agresión de los derechos fundamentales, o una invasión de las esferas privadas de las personas; encuentran su amparo jurídico en este artículo, considerándoseles agentes de la autoridad, cuando, entre las circunstancias ya citadas, aquéllos estén desarrollando su actividad “bajo el mando” y la supervisión de las FCS — dentro siempre de su función pública—. Cuyos miembros, recordemos, tienen la misión constitucional de proteger los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, así también como garantizar su seguridad. De este modo, y con esta redacción del artículo 31, el legislador evita ambigüedades que generen interpretaciones arbitrarias que dieran pie a personal privado a extralimitarse en sus funciones.

En cualquier caso, y como se ha tenido ocasión de comprobar mediante la jurisprudencia, pero, ya de un modo mucho más concreto, mediante la nueva Ley de Seguridad Privada, el revestimiento del carácter de agente de la autoridad está proyectado exclusivamente con fin de proteger una figura jurídica estrictamente penal; expresado de otro modo, lo que se pretende proteger jurídicamente es al personal de seguridad privada ante aquellos acometimientos y agresiones

cometan contra el personal de seguridad privada, debidamente identificado, cuando desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

violentas, llevadas a cabo por particulares, que pudieren sufrir durante el desempeño de sus funciones en colaboración con las FCS.

En este sentido, y al estar ahora tipificado por Ley, la norma referida servirá como instrumento normativo para que jueces y magistrados puedan calificar hechos de esta índole, en caso de resultar así acreditados, como un delito contra el orden público.

Ahora bien, más entereza tiene, en atención a nuestra valoración, es referente a la nueva regulación del actual Código Penal, dado que en el artículo 556 expresa que será castigado con pena de prisión al que acometa, resistiere o desobedezca gravemente al personal de seguridad privada, que esté debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada, ahora bien, sólo en los supuestos de cooperación y bajo el mando de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

IX.5. EL DEBER GENÉRICO DE LA CONSTANTE COLABORACIÓN Y AUXILIO DE LA SEGURIDAD PRIVADA A LAS FCS.

La misión de las FCS se centra fundamentalmente en la protección del libre ejercicio de los derechos y de las libertades de los ciudadanos, así también como la de proteger la seguridad ciudadana como alude nuestro precepto constitucional⁶⁰².

Compartimos la opinión de IZQUIERDO CARRASCO, cuando justifica que el núcleo esencial de la seguridad ciudadana no tiene porqué estar formado exclusivamente por las FCS, viniendo a referir con ello que los servicios de seguridad privada podrían asumir un papel preponderante en las actividades complementarias de las mencionadas atribuciones, ya que no existe ningún obstáculo constitucional para que “ciertas funciones que hoy están atribuidas a las FCS dejen mañana de estarlo”⁶⁰³.

⁶⁰² Expresado en el artículo 104 de la Constitución Española.

⁶⁰³ IZQUIERDO CARRASCO, M., “La seguridad privada...”, op. cit., 2005, pág. 4.

Como prueba de ello, el ordenamiento jurídico⁶⁰⁴ incluso ha tipificado mediante Leyes Orgánicas, la obligación y el deber por parte de los trabajadores de la seguridad privada de cooperar con las fuerzas del orden público. Como así lo indica el artículo 4.2 de la LOFCS cuando reseña que “las personas y entidades que ejerzan funciones de vigilancia, seguridad o custodia referidas a personal y bienes o servicios de titularidad pública o privada tienen especial obligación de auxiliar o colaborar en todo momento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

De igual modo, el legislador al aprobar la nueva LOPSC, no ha querido olvidar el dinamismo colaborador que actualmente tienen los vigilantes de seguridad con las FCS. Por ello ha regulado en su artículo 7.3, los siguientes términos: “las empresas de seguridad privada, los despachos de detectives privados y el personal de seguridad privada tienen un especial deber de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, prestarles la colaboración que precisen y seguir sus instrucciones, en los términos previstos en la normativa de seguridad privada”⁶⁰⁵.

Según todo lo cual, naturalmente, nos lleva a concluir que el papel principal desempeñado por la seguridad privada en cuanto a la referida colaboración con la seguridad pública, es el de la prevención y disuasión del delito, como así ya se expresa en el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de Seguridad Privada, cuando refiere en su artículo 71 que entre las funciones de los vigilantes de seguridad está la de “evitar la comisión de actos delictivos o infracciones en relación con el objeto de su protección”, poniendo

⁶⁰⁴ Incluso normas de rango inferior se hacen eco de la colaboración y auxilio con las FCS. Como ejemplo destacamos la Orden INT/314/2011, de 1 de febrero, sobre empresas de seguridad privada, así también en el informe del Ministerio del Interior bajo la rúbrica “Informe sobre interpretación de algunos aspectos de la normativa de Seguridad Privada”, contenido íntegro en LLOP ANELO, E., “Régimen jurídico de la Seguridad Privada”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Instituto de estudios de la gobernabilidad y la seguridad, 2002, pág. 881.

⁶⁰⁵ Se amplía los términos de colaboración de la seguridad privada con respecto a las FCS con respecto a la derogada LOPSC de 1992, ya que sólo establecía, en su artículo 17.3 que: “los empleados de empresas privadas de vigilancia y seguridad, si los hubiere, deberán colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, respecto del interior de los locales o establecimientos en que prestaren servicio”.

inmediatamente a disposición de las FCS de aquellos instrumentos, objetos y pruebas del delito.

Por tanto, la imperativa obligación que acarrea a los vigilantes de este sector a dar cuenta de un delito, así también como de evitarlo, se va a circunscribir en función del ámbito de protección que se le esté encomendado; es decir, si un vigilante desempeña sus funciones de vigilancia y protección en el interior de un inmueble, estará obligado a actuar e informar a las fuerzas del orden cuando se produzca cualquier hecho que pudiese revestir carácter de delito en el interior del mismo, sin perjuicio del deber general de detener, como cualquier ciudadano, al sujeto que intentare cometer un delito, o al delincuente que hubiera sido sorprendido in fraganti, como bien indica el artículo 490 de la LECR, y que estaría referido para aquellas actuaciones circunscritas fuera de su ámbito de actuación. Por ejemplo, para que el vigilante aludido en el supuesto anterior pueda actuar amparado en la Ley, en caso de que observase, en la vía pública, la comisión de un ilícito penal durante la realización de las funciones propias de su cargo en la puerta del inmueble.

Pero la nueva regulación de la Ley de Seguridad Privada, va más allá del mero carácter colaborador, ya que estos empleados, durante los servicios que vayan a prestar dentro de su ámbito competencial, vendrán obligados a comunicar, con el rigor que se le exige, toda información de que tuvieren conocimiento y que pudiese afectar a la seguridad. En este sentido, la actual Ley de Seguridad Privada lo expresa en diversos artículos, obligando a los directores de seguridad a realizar la correspondiente comunicación a las FCS, tanto lo referente a información relevante que afectase a la seguridad ciudadana, así como respecto a la perpetración de cualquier hecho delictivo del que tuvieran conocimiento.

Sacando a colación lo anterior, reseñamos que la jurisprudencia se ha hecho eco de ese carácter de colaboración e información. En este sentido y como ejemplo de ello reseñamos a la Audiencia Nacional⁶⁰⁶, que en una sentencia, argumentaba la desestimación del recurso realizado por una empresa privada, la cual había sido condenada por una infracción a la Ley de Seguridad Privada, al no colaborar con las FCS. Se reconoce en la sentencia que la empresa recibió un disco compacto

⁶⁰⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional, nº recurso 1686/2009, de 1 de febrero del 2012.

(CD) con imágenes en las que se reproducía una agresión perpetrada por alguno de sus empleados, omitiendo deliberadamente tal comunicación a las FCSE.

No es ocioso considerar que los particulares podrán ser requeridos por parte de las FCS para colaborar con ellos, en caso de necesidad y siempre que no existan riesgos para aquéllos, como así lo establece el artículo 5.2 de la LOPSC. Sin embargo la LOFCS no hace distinción de quién debe o quien no debe prestar auxilio a las FCS en la investigación y persecución de los delitos, sino que engloba a toda la ciudadanía de manera genérica.

Al respecto, nuestro autor SUAY HERNÁNDEZ⁶⁰⁷, realiza una distinción tajante aludida a la mayor capacidad que tiene un vigilante de seguridad con respecto a cualquier persona de a pie, dado que, por razones obvias, el personal de la seguridad privada tiene un mayor nivel de preparación y cualificación profesional en aras de prestar un mayor y eficiente servicio de auxilio y colaboración con las FCS.

Sin embargo para PACHECO MARTÍN⁶⁰⁸ las funciones de los servicios de seguridad privada en el auxilio a las FCS, durante el ejercicio de sus competencias, no se circunscriben en un derecho, sino más bien en una obligación, o un deber, que encuentra su fundamento en el carácter complementario y subordinado, como también en el seguir sus instrucciones con respecto a la labor de vigilancia y protección del objeto que estuvieren encomendados. En este sentido, la jurisprudencia también se ha pronunciado en la misma línea, cuando expresa el TS que los miembros de los servicios de seguridad privada “son auxiliares de aquellas Fuerzas y han de prestarle colaboración y seguir sus instrucciones”⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ SUAY HERNÁNDEZ, C., “Intervención...”, op. cit.1994, pág. 146.

⁶⁰⁸ PACHECO MARTÍN, P., “Régimen jurídico...”, op. cit., 2006, pág. 737, en términos muy parecidos también refiere ACOSTA GALLO, P., “Derecho de...”, op. cit., 2014, pág. 67.

⁶⁰⁹ STS 13785/1992, de 18 de noviembre.

IX.6. EL CACHEO DEL VIGILANTE DE SEGURIDAD.

IX.6.1. Marco legal que lo regula.

El cacheo referido en el ámbito de la seguridad privada y más concretamente circunscrito en lo que atañe a las funciones de los vigilantes de seguridad, viene recogido principalmente en la actual Ley de Seguridad Privada y en el Reglamento que lo desarrolla.

Las Leyes Orgánicas⁶¹⁰ que regulan las funciones de las FCS, especialmente cuando refieren en aquellos aspectos concernientes a los registros a los viandantes en la vía pública, —tal y como se ha podido comprobar en su estudio en capítulos anteriores— han omitido el término “cacheo”. De igual modo, el legislador en materia de la seguridad privada, prescindió de incluir tal concepto en sus propias Leyes, ya que en este sentido, utiliza expresiones muy ambiguas y poco específicas, tales como; las “comprobaciones”, los “registros”, así también como los “controles de objetos personales”.

Estos términos que, a priori parecen discernir o estar dentro de la esfera en la práctica del cacheo entre otras actividades indagatorias; son, a nuestro modo de ver, expresiones poco acertadas para referirse a aquél, toda vez que entendemos que estas expresiones están más bien dirigidas para todas aquellas prácticas de inspección de objetos personales del sometido que no comprendan la palpación superficial de la silueta corporal⁶¹¹, es decir el concepto del cacheo.

A juicio del que suscribe, con la actual regulación de la Ley de Seguridad Privada, el legislador debería haber incluido el término del cacheo, y consideramos —incluso—, que hubiera sido acertado por parte del legislador, asumir el compromiso para desarrollar cuáles deberían ser las circunstancias por

⁶¹⁰ Como la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o la derogada Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre la Protección de la Seguridad Ciudadana.

⁶¹¹ En el Boletín Informativo de la Dirección General de la Policía (Comisaría General de Seguridad Ciudadana/ Unidad Central de Seguridad Privada), nº 25 de Mayo del 2008, incluso usa el término de “registro manual de personas o sus efectos”, para referirse al cacheo.

las cuales un vigilante de seguridad estaría legitimado para realizar un cacheo dado la habitualidad de su práctica tan extendida entre este colectivo.

La ya derogada Ley 23/1992 de 30 de julio de Seguridad Privada, de forma liviana incorporó en su artículo 11 dentro de las funciones que debieren desempeñar los vigilantes de seguridad, la de “ejercer la vigilancia y protección de bienes muebles e inmuebles”, términos muy imprecisos incluso para referirse a la práctica de los registros de objetos personales⁶¹².

Cuando en el articulado de la citada Ley⁶¹³ se refiere a la aprehensión por parte de los vigilantes de seguridad de todos aquellos instrumentos, efectos y pruebas del delito para evitar, o bien la comisión de actos delictivos o infracciones en relación con el objeto de su protección, para ponerlos inmediatamente a disposición de las FCS, es obvio que, en determinadas circunstancias se deberá emplear o utilizar la práctica del cacheo para conseguir el fin perseguido.

Ulteriormente se elaboró el Reglamento de la Seguridad Privada que desarrollaba la susodicha Ley, y que actualmente continúa en vigor. En esta ocasión incluía, e incluye los términos de “comprobación, registros y prevención” necesarios para el cumplimiento de la misión que son encomendadas; en el ejercicio de la protección de los bienes inmuebles y la integridad de las personas. Sin embargo, el citado Reglamento amplía aún más las funciones de los vigilantes de seguridad en materia de represión del tráfico de estupefacientes, ya que el articulado expresa contundentemente que el sector de la seguridad privada deberá “impedir el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en el interior de los locales o establecimientos o instalaciones”⁶¹⁴.

En la actual Ley de Seguridad Privada —además de englobar cada una de las funciones que acabamos de reseñar al referirnos a los registros—, refuerza aún

⁶¹² Para SUAY HERNÁNDEZ, C., “Intervención...”, op. cit., 1994, pág. 136, la palabra prevención que alude la exposición de motivos es un tanto ambigua, ya que podría darse múltiples actuaciones policiales y no policiales.

⁶¹³ Está reflejado en el artículo 11.d): “poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, no pudiendo acceder al interrogatorio de aquéllos”.

⁶¹⁴ Artículo 78 del Real Decreto 2364/1994, 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada.

más su eficacia con respecto al control de la seguridad, tanto en cuanto amplía de forma significativa, el abanico de protección en el control de acceso⁶¹⁵ a cualquier inmueble o propiedad, como así lo indica el artículo 32, cuando indica que el vigilante de seguridad efectuará “controles de identidad, de objetos personales, paquetería, mercancías o a vehículos, incluido el interior de éstos, en acceso o en el interior de inmueble o propiedades donde presten servicio”.

Según lo dicho, la actual Ley, es mucho más realista, ya que incluye actividades indagatorias muy usuales. Nos referimos a todos aquellos controles derivados de la inspección de mercancías y paquetería. Sorprende la incorporación de la norma que habilita a los vigilantes de seguridad a realizar registros de los vehículos, incluso en el interior de los mismos, para el acceso a zonas restringidas. Como nota significativa no es menos importante destacar que la jurisprudencia —como hemos tenido ocasión de ver en capítulos anteriores— ha considerado de una forma generalizada que los vehículos no constituyen parte de la morada del propietario.

Dicho artículo refleja además que se podrá impedirse el acceso al interior del inmueble o propiedad, cuando el sometido no permita el control de sus objetos personales, de la paquetería o mercancías que portase consigo, o de su propio vehículo. En este sentido el precepto es más contundente y riguroso, ya que podríamos estar inmersos, ante una situación de coacción pasiva al impedir el paso al inmueble a aquellas personas que se negaren a ser sometido al control de sus objetos personales. Dicho sometimiento atendiendo a las circunstancias del hecho, podrían afectar a la práctica del cacheo, ya que a modo de ejemplo el sometido podría llevar un bulto sospechoso en los bolsillos. En cualquier caso podemos apuntar en atención a la reflexión anterior, que la Ley deja al margen cuáles tienen que ser las circunstancias y requisitos mínimos imprescindibles al sometimiento imperioso del registro o cacheo para acceder al lugar restringido, para evitar así actuaciones arbitrarias, aleatorias y fundamentadas en simples conjeturas.

⁶¹⁵ Estamos de acuerdo con la postura del autor MORA CHAMORRO, H., “Manual del...”, op. cit., 2013, pág. 155, cuando refiere que el control de acceso refleja y sin ningún tipo de duda una de las tareas más importantes del vigilante de seguridad, y consecuentemente estaría incluido como un elemento de básica transcendencia para la protección de cualquier instalación.

También nos parece trascendental hacer mención a leyes que si bien no forman parte del núcleo de la seguridad privada, sin embargo las complementan, ya que las funciones de los vigilantes de seguridad, engloban ciertas esferas sociales y numerosos contextos.

En cuanto al deporte o juegos de competición y en su lucha contra la violencia y la intolerancia respecto al deporte u otros juegos de competición, en aras de impedir la introducción de objetos o instrumentos que puedan ser peligrosos para la integridad física, alterar los espectáculos deportivos, o bien puedan incitar a la violencia, el odio o la xenofobia, se introdujeron artículos muy implícitos en la Ley 19/2007⁶¹⁶, con objeto de impedir la introducción de todos esos objetos en los inmuebles deportivos. Por ello introduce la Ley que se podrá promover la realización de aquellos registros en los espectadores, que con ocasión del espectáculo deportivo, procedan a acceder al interior de lugar donde se esté celebrando. En aquellas competiciones deportivas que puedan generar un riesgo elevado, establece la Ley como medida especial la posibilidad de realizar “registros personales, aleatorios o sistemáticos en todos los accesos al recinto o en aquéllos que franqueen la entrada o zonas del aforo”⁶¹⁷.

De gran importancia consideramos el incremento de la seguridad del espacio aéreo que ha afectado a los aeródromos españoles, como consecuencia primordial de los gravísimos acontecimientos terroristas que se han ido sucediendo en todo el mundo a principio del siglo XXI⁶¹⁸. Por ello se determinó

⁶¹⁶ Nos referimos a la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Expone en su primer artículo uno de los objetivos importantes como es el de “mantener la seguridad ciudadana y el orden público en los espectáculos deportivos con ocasión de la celebración de competiciones y espectáculos deportivos”.

⁶¹⁷ Artículo 12 de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

⁶¹⁸ La doctrina es unánime en apreciar dicho aspecto, entre ellos destacamos a PALACIOS VALENCIA, Y., “Una excusa para la protección de los derechos humanos en la sociedad del riesgo”, Ed. Dikaion 22-1, 2013, pág. 144, argumentando en el mismo sentido; que debido entre otras cosas, a los acontecimientos del 11 de septiembre del 2001, sucedió que a nivel mundial se realizaran medidas de política de seguridad contra el terrorismo muy intensas, que a día de hoy existe una “vigilancia extralimitada en el ejercicio del control social”. Así como a LÓPEZ AGUILAR J.F., “El legislador europeo en materia de seguridad y justicia tras el tratado de Lisboa: avances hacia la cooperación judicial penal

unos planes comunes de seguridad que afectan a toda Europa, con el fin de proteger a los usuarios y las mercancías contra aquellos actos de interferencia ilícita. Nos referimos concretamente al Reglamento (UE) nº 185/2010 de la Comisión de 4 de marzo de 2010 por el que se establecen medidas detalladas en la aplicación de las normas básicas comunes de seguridad aérea, ya que licita aquellas medidas para asegurar el efectivo control y comprobación para que la seguridad en las aeronaves sea infalible. Concretamente en su anexo, establece los controles preceptivos para evitar que se introduzcan aquellos artículos prohibidos que pudieran afectar a la seguridad del tránsito aéreo, no sólo para los pasajeros y sus equipajes de los vuelos iniciales o de tránsito, sino también para aquellas personas que no sean pasajeros pero que estén vinculados con las zonas restringidas de los aeropuertos⁶¹⁹.

El cumplimiento para su debida gestión le corresponde al Ente público de Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea, correspondiendo a las FCS llevar a efecto su ejecución, como así indica el Convenio de Colaboración suscrito el 29 de junio de 1999, entre la Secretaria de Estado de Seguridad y AENA⁶²⁰, por el cual faculta a los vigilantes de seguridad para prestar apoyo a las FCS en las actuaciones comprendidas en el interior del aeropuerto tanto en los filtros a pasajeros y los equipajes, como también al personal laboral y a la tripulación; y en aquellas otras llevadas a cabo en los accesos a las salas de espera y retirada de equipajes, funciones que acompañan con la vigilancia de plataformas y

en la UE”, UNED, Teoría y Realidad Constitucional, nº 32, 2013, pág. 191, aduciendo que la lucha antiterrorista y la criminalidad grave transfronteriza, han supuesto que existan acuerdos entre la Unión Europea y Estados Unidos sobre el control de los pasajeros en los aeropuertos.

⁶¹⁹ Consideramos de especial relevancia cuando refiere, además que dichas comprobaciones podrán ser aleatorias para aquellas personas que no sean pasajeros con el fin de impedir que se introduzcan artículos prohibidos en las zonas restringidas de seguridad. Existe una lista extensa de estos artículos que puedan poner en riesgo la seguridad.

⁶²⁰ Dicho convenio, fue prorrogado mediante un Acuerdo de 29 de Junio de 2001, por el cual fue modificado con fecha 1 de Junio del 2007, en su Estipulación Séptima, a tenor de lo previsto en el Reglamento CE 2320/2002 sobre los Programas Nacionales de Formación de Seguridad en la Aviación Civil, y del Programa Nacional aprobado por España, que incluye a los vigilantes de seguridad que realicen tareas en los aeropuertos con esa formación.

perímetros.

Merece también nuestra atención lo que establece la Ley en ámbito laboral, dada la gran asiduidad de supuestos a los que, por ocasión del servicio, pueden enfrentarse los vigilantes de seguridad, y que, consecuentemente, afectan a la intimidad y la dignidad de los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra empresa.

Nos referimos concretamente al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores cuyo artículo 18 establece que “podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo”.

IX.6.2. Otras conductas afines: el registro de los vigilantes de seguridad.

Para comprender la legitimidad del cacheo por parte de los servicios de la seguridad privada, nos parece conveniente realizar un efímero estudio sobre el tratamiento jurídico del registro de aquellos artículos, efectos, objetos personales así como del equipaje de bodega⁶²¹ que porte el sujeto, dado a su gran similitud con el concepto de cacheo; pero que, desde una perspectiva jurídica contiene un significado bien distinto, principalmente por el procedimiento llevado a cabo, pues mientras el cacheo está proyectado para realizarse sobre el cuerpo de la persona, el registro fundamentalmente está concebido para los objetos personales anexos.

Si bien no es menos cierto considerar que ambas actividades inciden en el derecho a la intimidad personal reconocido por el artículo 18 de la CE, pero no obstante — como ya se ha tenido ocasión de reseñar — no es un derecho absoluto, pues en determinados casos y por exigencias públicas pueden ser interferidos⁶²².

⁶²¹ En materia de transporte aéreo y de seguridad, el equipaje de bodega acompañado es aquel equipaje de un pasajero que, no volando en la cabina como equipaje de mano por razones de seguridad o tamaño viaja en la bodega del avión.

⁶²² En términos similares se pronuncia la STC 37/1989, de 15 de febrero, aduciendo que el control de los efectos personales perjudica al derecho constitucionalmente reconocido de

De los cometidos más habituales por antonomasia que efectúan los vigilantes de seguridad en muchos de las esferas sociales en las cuales realizan la actividad propia encomendada por la Ley de Seguridad Privada, es el referido al registro o al control de los efectos personales de los ciudadanos objeto de inspección; si bien aunque la injerencia en la intimidad de la persona no afecta ni mucho menos al nivel que lo hace el referido cacheo personal, por el mero hecho de que este último se realiza mediante el procedimiento del contacto de la silueta humana; el registro de ningún modo puede ser arbitrario ni estar motivado por una finalidad discriminatoria, debiendo tener siempre un motivo aparente⁶²³ que lo justifique.

La antigua Ley de Seguridad Privada derogada, así como el Reglamento⁶²⁴ que la desarrolla, no regularon de forma específica el procedimiento legítimo del registro a seguir por los vigilantes del sector de la seguridad privada, dirigido a la inspección de aquellos efectos u objetos personales del sometido. Ante la ausencia y desconocimiento de la legitimidad de dicha actividad, el Ministerio del Interior emitió un informe, cuyo objetivo principal consistía en asentar las bases sustanciales sobre la licitud, o no, de la exigencia impuesta por algunos establecimientos comerciales para que los usuarios muestren el contenido de sus bolsos⁶²⁵; informe que nos permitirá aplicar, de forma generalizada, dichas directrices en cuantos lugares los servicios de vigilancia, en el ámbito de sus

la intimidad personal. Dicho derecho no es absoluto y tiene unas limitaciones por las exigencias públicas. El Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior recogido por LLOP ANELO, E., "Régimen...", op. cit., 2002, pp. 899 y 900, indica que enseñar bolsos de forma indiscriminada puede inferir en circunstancias lesivas a la dignidad de la persona.

⁶²³ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid 755/2011, de 29 de septiembre.

⁶²⁴ En la actual Ley de Seguridad Privada tampoco refiere puntualmente sobre el procedimiento a seguir.

⁶²⁵ El referido Informe se emitió por parte de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior. Está recogido por nuestro autor LLOP ANELO, E., "Régimen...", op. cit., 2002, pág. 890. El referido informe se elevó por una consulta realizada por la Consejería de Sanidad Consumo y Bienestar Social del Gobierno de una determinada Comunidad Autónoma. También se pronunció en términos similares, ante el vacío legal en el registro de bolsos o similares, el gabinete jurídico de la Confederación de Consumidores y Usuarios.

competencias, tengan ocasión de llevar a efecto sus labores.

Las conclusiones aportadas por el informe son contundentes y, a nuestro juicio, acertadas cuando indica que, para obligar legítimamente a cualquier persona a mostrar su bolso en un establecimiento, es requisito indispensable que se posea algún tipo de indicio concreto que induzca a creer que se está cometiendo un ilícito penal, o concurren sospechas racionales de tal comisión, pues de lo contrario entendemos que se convertiría en una práctica abusiva que incidiría en la intimidad de las personas. Es decir, un vigilante de seguridad no está legitimado para registrar o someter a los usuarios de un establecimiento comercial para que éstos muestren sus bolsos de forma espontánea o aleatoria en aplicación al principio de proporcionalidad.

A modo de ejemplo señalamos la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid 108/2008, de 13 de febrero, por el cual refiere que el registro de una bolsa de basura no habitual que portaba una trabajadora de una empresa al salir del inmueble, no constituye una intromisión a la intimidad, ya que el vigilante de seguridad tenía sospechas fundadas de que pudiera sustraer objetos del patrimonio de la empresa.

También la Sentencia de la AP de Castellón 3/2014, de 3 de enero, avala el registro de un bolso en los probadores de un local, que despertó las sospechas del responsable de seguridad al observar al acusado introduciendo prendas de ropa en una bolsa forrada con papel de aluminio.

Sin embargo, no compartimos la SAP 1322/2005, de 18 de febrero, cuyos argumentos indican que debido a la obligación por parte de los trabajadores de exhibir a los vigilantes de seguridad, toda clase de bolsas, carteras o paquetes, el registro se puede realizar de forma aleatoria, constituyéndose como una norma habitual de procedimiento. En dicha resolución el vigilante de seguridad registró la bolsa de tela a un trabajador cuando se disponía éste a salir de la empresa, encontrando en ella unos destornilladores pertenecientes a la misma. Las sospechas o indicios en el presente supuesto, a juicio del que suscribe conforma un aspecto confuso y dubitativo, ya que el registro efectuado, se encaminó una vez que palpó la bolsa de tela, una acción propiciada por la carencia absoluta de indicio alguno.

Ante la asiduidad de este tipo de registros, cuanto menos, la doctrina

jurisprudencial debería ser más contundente para fijar unos criterios mínimos que marquen de forma más sólida la legitimidad de un vigilante de seguridad en el registro de los bolsos o análogos, sin embargo, en las conclusiones de las sentencias divagan en muchas ocasiones al respecto, dejando al margen el núcleo esencial de su estudio y su afectación de los derechos fundamentales.

IX.6.3. Tipología.

Podríamos reseñar que, según la legislación que regula el marco legal de las funciones de los vigilantes de seguridad encargados de la vigilancia y protección de la custodia de los bienes inmuebles y de las personas, distinguimos varias modalidades clasificatorias del cacheo en atención al lugar donde se produce, así también como a la finalidad de protección que se persigue.

IX.6.3.1. Lugar donde se produce el cacheo.

IX.6.3.1.1. Cacheo en el interior de edificios, instalaciones o propiedades.

El cacheo llevado a cabo en el interior de aquellas instalaciones, edificios u propiedades objeto de protección, es el más común y el que con más frecuencia realiza los vigilantes de seguridad en el marco de su actuación⁶²⁶. En la actualidad somos testigos en distintos escenarios sociales de la gran labor que realizan, cuyo objetivo principal es el de garantizar la seguridad en instalaciones tan importantes y de relevancia social como son los aeropuertos, los Juzgados, las Entidades Públicas, los lugares donde se desarrollen eventos deportivos de especial relevancia, en los establecimientos comerciales, etc.

Para llevar a cabo con eficacia tal fin, los servicios de la seguridad privada realizarán las comprobaciones y los registros en los puntos de acceso a la zona restringida donde presten servicio, para evitar que puedan introducirse en el interior de la misma aquellos objetos o instrumentos susceptibles de poner en peligro la seguridad del inmueble, y consecuentemente, se evite o reduzcan las posibilidades de atentar contra sus bienes —tanto la destrucción como la

⁶²⁶ IZQUIERDO CARRASCO, M. “La noción y los servicios de seguridad privada”, Revista Catalana de Seguretat Pública, nº 17, 2006, pág. 119, alega que dichas funciones quedan exclusivamente reservadas al personal de seguridad.

sustracción de los mismos— contra el normal desarrollo de un evento deportivo, así como la de garantizar la vida e integridad física de todas aquellas personas que se encuentren en su interior.

Entre las medidas de seguridad que realizan en el control de entrada, existen ciertos sistemas de seguridad tales como arcos fijos y portátiles de detectores de metales, sistema de detección de explosivos, equipos de rayos X, entre otros. Dichas funciones están recogidas principalmente en los artículos 32 y 41 de la Ley de Seguridad Privada, cuyo objetivo principal consiste en garantizar que las actividades contempladas en su artículo 5, se puedan garantizar de forma efectiva⁶²⁷.

IX.6.3.1.2. Cacheo en vías o espacios públicos o de uso común.

Es mayor la problemática que presenta el hecho de la realización del cacheo en la vía o espacios públicos, ya que puede entrar en conflicto con las funciones de los agentes de la autoridad, es decir, con funciones meramente atendidas al servicio público sin excepción⁶²⁸, toda vez que afectan a los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos. En este sentido, la actual Ley de Seguridad Privada estima como función excepcional de los vigilantes de seguridad la vigilancia y protección de:

- Los polígonos industriales y urbanizaciones delimitados, incluidas sus vías o espacios de uso común.
- Los complejos o parques comerciales y de ocio que se encuentren delimitados.
- Acontecimientos culturales, deportivos o cualquier otro evento de relevancia social que se desarrolle en vías o espacios públicos o de uso común, en

⁶²⁷ Dicho artículo señala todas y cada una de las funciones que les son encomendadas a la seguridad privada de forma genérica, encontrando en su apartado a): “la vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto públicos como privados, así como de las personas que pudieran encontrarse en los mismos”.

⁶²⁸ IZQUIERDO CARRASCO, M., “La seguridad...” op. cit., 2005, pág. 5, cuando dilucida sobre las funciones de los vigilantes de seguridad en la vía pública, aduce en este sentido que la Ley va encajando de forma progresiva la presencia de la seguridad privada en la vía pública, y como consecuencia de ello conlleva una ruptura en una de las líneas básicas de delimitación del papel que realiza las FCS con respecto a la seguridad privada.

coordinación.

- Zona perimetral de los Centros penitenciarios.
- Zona perimetral de los Centros de internamiento de extranjeros.

El Reglamento de 1994 todavía en vigor que desarrollaba la derogada Ley de Seguridad Privada, también hace mención a las actuaciones que puedan incumbir a los vigilantes de seguridad en el exterior del inmueble, tales como:

- En situaciones en que ello viniera exigido por razones humanitarias relacionadas con dichas personas o bienes⁶²⁹.
- En los supuestos de persecución a delincuentes sorprendidos en flagrante delito como consecuencia del cumplimiento de sus funciones en relación con las personas o bienes objeto de su vigilancia y protección.
- En aquellos espacios excepcionales al exterior de los inmuebles objeto de protección para la realización de actividades directamente relacionadas con las funciones de vigilancia y seguridad.
- Servicio en polígonos industriales o urbanizaciones⁶³⁰.

⁶²⁹ PACHECO MARTÍN, P., "Régimen jurídico...", op, cit., 2006, pág. 703, en relación a las actuaciones por razones humanitarias, aduce que carece de significación por el hecho que arguya el artículo que sólo pueden actuar cuando sea objeto de sus funciones relacionadas con las personas y bienes En este sentido defiende nuestro autor que es irrelevante ya que es una obviedad actuar por tales motivos en cualquier circunstancia en el deber de auxilio y de socorro por parte de los vigilantes de seguridad.

⁶³⁰ El presente Reglamento reseña en su artículo referente a la vigilancia y la protección de los polígonos industriales o las urbanizaciones: "1. El servicio de seguridad en vías de uso común pertenecientes a polígonos industriales o urbanizaciones aisladas será prestado por una sola empresa de seguridad y habrá de realizarse, durante el horario nocturno, por medio de dos vigilantes, al menos, debiendo estar conectados entre sí y con la empresa de seguridad por radiocomunicación y disponer de medios de desplazamiento adecuados a la extensión del polígono o urbanización. 2. La prestación del servicio en los polígonos industriales o urbanizaciones habrá de estar autorizada por el Gobernador civil de la provincia, previa comprobación, mediante informe de las unidades competentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de que concurren los siguientes requisitos:

a) Que los polígonos o urbanizaciones estén netamente delimitados y separados de los núcleos poblados. b) Que no se produzca solución de continuidad, entre distintas partes del polígono o urbanización, por vías de comunicación ajenas a los mismos, o por otros factores. En caso de que exista o se produzca solución de continuidad, cada parte deberá ser considerada un polígono o urbanización autónomo a efectos de aplicación del presente artículo. c) Que no se efectúe un uso público de las calles del polígono o

Todos estos lugares o espacios públicos tienen que estar acotados rigurosamente a las funciones de protección específicas que les sean encomendadas a los vigilantes de seguridad, aun así no deja de ser problemática dicha práctica, ya que se asemeja a la función pública que puedan ejercer las FCS.

Por ello la Ley de Seguridad Privada autoriza únicamente la vigilancia para aquellos espacios en vía pública que aun estando acotados puedan afectar a las funciones encomendadas, no obstante se requerirá imperiosamente la autorización previa por parte del órgano competente, todo ello en coordinación siempre con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Al omitir la Ley de Seguridad Privada el término “protección” cuando desarrolla las funciones que afectan a los espacios o vías públicas, entendemos que los vigilantes únicamente podrán realizar el cacheo, al objeto de realizar una detención de privación momentánea de libertad, en aras de poner inmediatamente a disposición de las FCS tanto a los delincuentes como los instrumentos, efectos o pruebas del delito, es decir, que la práctica de la prueba indiciaria sea de extrema necesidad para evitar la destrucción o eliminación de la misma, o con el fin de proteger la integridad del vigilante de seguridad actuante hasta la llegada de las FCS.

No obstante, el artículo 41.2.d), deja abierta la posibilidad para que los vigilantes de seguridad, ejerzan tanto la vigilancia como la protección de aquellos recintos y espacios abiertos que se hallen delimitados. Este artículo no deja de ser aún más dificultoso en cuanto a la interpretación de la legalidad del cacheo, ya que en este caso sí incluye el término “protección”, y abarcaría toda actividad concerniente a evitar posibles actos que puedan poner en peligro la seguridad del espacio protegido, entre la que incluimos la práctica del cacheo.

Mayor dudas origina el artículo 79.g) cuando expresa como función de los vigilantes de seguridad para el exterior del inmueble aquellos “desplazamientos excepcionales al exterior de los inmuebles objeto de protección para la realización

urbanización por tráfico o circulación frecuente de vehículos ajenos a los mismos. d) Que la administración municipal no se haya hecho cargo de la gestión de los elementos comunes y de la prestación de los servicios municipales. e) Que el polígono o urbanización cuente con administración específica y global que permita la adopción de decisiones comunes”.

de actividades directamente relacionadas con las funciones de vigilancia y seguridad". La vaguedad e inexactitud por la que se desarrolla este artículo, da a entender que están autorizadas las rondas al exterior del inmueble donde aquéllos realizan su actividad. Por ello la Unidad Central de Seguridad Privada (Comisaría General de la Seguridad Ciudadana)⁶³¹, estableció unos requisitos mínimos de actuación para descartar aquellas rondas habituales o rutinarias en el exterior del inmueble:

1. La causa, o el motivo de los desplazamientos al exterior del inmueble, ha de estar "directamente" relacionada con la función de vigilancia de éste; es decir, debe basarse en indicios razonables de riesgo provenientes del exterior contra el inmueble objeto de protección y/o contra las personas que puedan encontrarse en los mismos.

2. Salvo en los casos de "flagrante delito", los desplazamientos al exterior de los inmuebles deben llevarse a cabo siguiendo, en su caso, las instrucciones recibidas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

3. Los desplazamientos al exterior de los inmuebles serán "excepcionales", particularidad que vendrá dada por la existencia de supuestos y circunstancias específicas (riesgos de acciones terroristas, valor de los bienes vigilados, nocturnidad, riesgo para los particulares, etc.).

IX.6.3.2. Cacheo atendido a la finalidad de protección.

IX.6.3.2.1. Cacheo genérico o de protección.

El carácter general que habilita la práctica del cacheo por parte de la seguridad privada necesario para el cumplimiento de su misión, se circunscribe especialmente en la vigilancia⁶³² y protección de los bienes, establecimientos,

⁶³¹ Boletín Informativo de la Dirección General de la Policía (Comisaría General de Seguridad Ciudadana/ Unidad Central de Seguridad Privada), nº 17, de diciembre de 2004.

⁶³² El artículo 32 de la Ley de Seguridad Privada alude los términos de vigilancia y de protección como parte de las funciones de los vigilantes de seguridad. Entendemos que la vigilancia forma parte de la antesala a la práctica del cacheo. Una vez realizada la vigilancia y la observación de las personas, es cuando procede a realizar la protección del vigilante de seguridad, es decir, realizar la indagación del cacheo. Según, IZQUIERDO

lugares y eventos ya sean privados como públicos, así también como en la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos. Esta esfera de protección implica también la posibilidad de realizar controles de identidad a las personas que quieran acceder al interior del inmueble o de sus propiedades, así también como el control de los objetos personales, paquetería, y hasta el registro de los propios vehículos que quieran introducir al interior de la zona restringida.

IX.6.3.2.2. Cacheo en prevención del delito.

La prevención del delito y su persecución constituye un elemento básico de actuación de los vigilantes de seguridad que tiene relevancia directa con la seguridad pública, por esta razón la nueva Ley de Seguridad Privada se ha hecho eco de ello incluyendo entre sus funciones, la de evitar la comisión de actos delictivos en relación con el objeto de su protección, así como la de detener y poner inmediatamente a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tanto a los delincuentes como los instrumentos, efectos y pruebas del delito.

La cuestión que puede aparecer en este sentido y consecuentemente generar una situación controvertida⁶³³, dimana del planteamiento jurídico referente a si un vigilante de seguridad, puede actuar, bien para evitar un delito flagrante, o bien cuando se intente cometer en aquellas circunstancias concurridas fuera del objeto de protección específica; es decir, si un vigilante de seguridad prestando servicio a la entrada de un centro comercial a fin de evitar que en el interior se produzcan sustracciones, estaría amparado jurídicamente, o no, para actuar, si hubiera sido testigo de una transacción de droga entre dos individuos (delito contra la salud pública) en el interior del local, y lo cual no sería en principio objeto de protección del vigilante.

CARRASCO, M., "La noción...", op. cit., pág. 101, establece que la vigilancia tiene "relación con la observación, atención y cuidado del bien o actividad sobre la que recae, por el contrario el término protección "conlleva una actividad externa del propio agente para defender o resguardar el bien o actividad objeto de su protección". Para SUAY HERNÁNDEZ, C., "Intervención...", op. cit., 1994, pág. 138, entiende la vigilancia como la "presencia, física o técnica del vigilante de seguridad, con distintivos, defensas y medios técnicos autorizados, y prestando atención a la aparición de riesgos que requieran protección".

⁶³³ En el mismo sentido BADOS PÉREZ, B., "Estatutos...", op. cit., 2013, pág. 2.

Tanto la reseñada Ley de Seguridad Privada como la Ley de Enjuiciamiento Criminal amparan para cualquier persona, la facultad de detener “al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo” y “al delincuente in fraganti”⁶³⁴.

Nos parecen acertadas las argumentaciones que realiza LOMBARDERO EXPÓSITO⁶³⁵ cuando dirime la cuestión de proceder o no en el cacheo de un particular (con la misma condición que se encuentra un vigilante de seguridad) a una persona que recientemente ha detenido, por estar inmersa en los supuestos que anteriormente se reseñan. Nuestro autor afirma que la respuesta, nos la va a responder el sentido común, ya que no hay que entrar en mayores disquisiciones cuando se intervenga bajo los criterios de necesidad y proporcionalidad, y cuando no se vulneren sus derechos fundamentales. No podemos olvidar que el particular adquiere una posición de garante⁶³⁶ sobre el detenido, lo que supone, por ejemplo, que si ha utilizado instrumentos u objetos peligrosos, como es un arma de fuego, y cuando se está procediendo a las labores de contención hasta la llegada de las FCS, se observa que el detenido no porta consigo el arma, se convierte de mera lógica, que el particular proceda a un cacheo superficial y de sus ropas a fin de buscar el arma de fuego, ya que es de razonamiento sensato, que si ha utilizado un arma de fuego y no la lleva consigo, la pudiera llevar escondida, ya que consecuentemente supondría un peligro a la vida e integridad física de los que allí se encuentren.

En este sentido, apoyamos la teoría, de que los vigilantes de seguridad asumen, por su condición profesional, la obligación⁶³⁷ de perseguir el delito, más que por la otorgación legal de un derecho, como a cualquier otro ciudadano, por

⁶³⁴ Artículo 490 de la LECR, y artículo 41.f) de la LSP.

⁶³⁵ LOMBARDERO EXPÓSITO, L.M., “Conflicto entre...”, op. cit., 2012, pág. 10.

⁶³⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “La comisión por omisión: presupuestos y vigencia”, *Ciencias Jurídicas y Victimológicas. Derechos Humanos en el contexto de la victimología y la marginación*, Año II, nº 2, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 51, establece que la posición de garante de un particular, pasa de ser un simple individuo a tener una posición de garante del bien jurídico en cuestión. Tiene la obligación, por tanto, de tratar de impedir una producción de resultado de los deberes que ha asumido.

⁶³⁷ PACHECO MARTÍN, P., “Régimen jurídico...”, op. cit., 2006, pág. 703, en el mismo sentido establece que es “un presupuesto lógico del cumplimiento de las funciones encomendadas”.

el hecho dimanante de hallarse tipificado en su propia Ley. Para IZQUIERDO CARRASCO⁶³⁸, la evitación de actos delictivos, no deja de ser un “mero carácter instrumental”, reservado con carácter exclusivo al personal del sector privado en el ejercicio de sus funciones.

Si llegamos a esta conclusión, también estamos en disposición de deducir, que los vigilantes de seguridad, estarán amparados para realizar un cacheo a aquellas personas que hubieran detenido sobre la base de los requisitos anteriormente aducidos, si hasta la llegada de las FCS, existiere la posibilidad manifiesta de destrucción o evasión de la prueba objeto del delito, o si peligrare la integridad física de los actuantes.

Asevera dicha deducción la STS 613/2002, ya que argumenta que el cacheo superficial de un vigilante de seguridad a un sujeto que halló nueve pastillas de éxtasis en un bolsillo del pantalón una vez detenido “trata desde luego de actuaciones a prevención pero que sin duda alcanzan las medidas necesarias y proporcionadas para asegurar la puesta a disposición de la autoridad o de sus agentes del delincuente, así como de los efectos, instrumentos y pruebas de los hechos presuntamente delictivos, por lo que no puede sostenerse la existencia de la extralimitación que se denuncia en la medida que la misma se desarrolla dentro del marco de la habilitación legal mencionada anteriormente, donde incluso es posible la detención a disposición de las FCS”⁶³⁹.

La Ley de Seguridad Privada en su artículo 32 y en el artículo 79 del Reglamento deja claro que se podrán “detener y poner inmediatamente a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes a los delincuentes y los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos (...)”, recordamos, empero, que la Ley refiere que estará dirigida a la atención del objeto de su protección.

La STS 1112/2001, 12 de junio, dilucida sobre la legalidad del registro de un vehículo en el parking de un centro comercial realizado por un vigilante de seguridad, en cuyo interior descubrió tal cantidad de droga que fue considerado un delito contra la salud pública. En un principio el vigilante de seguridad tenía sospechas fundadas de que, en su vehículo, había dejado una mochila llena de

⁶³⁸ IZQUIERDO CARRASCO, M., “La noción...”, op. cit., 2006, pág. 119.

⁶³⁹ STS 613/2002, de 8 de abril, FJ1º.

objetos sustraídos procedentes de un hipermercado. Una vez el sometido accedió voluntariamente a que el vigilante registrase su vehículo, éste encontró dentro de una bolsa, una cantidad notoria de droga. En la sentencia se defiende la legalidad del registro del vehículo, toda vez que se trata de actuaciones de prevención que alcanzan las medidas necesarias y proporcionadas con el fin de asegurar la puesta a disposición de la autoridad o de sus agentes de los delincuentes, así como de los efectos, instrumentos y pruebas de los hechos presuntamente delictivos tal y como indica la Ley de Seguridad Privada, como también la LECR⁶⁴⁰.

Sin embargo, en una sentencia de entidad menor, la SAP de Murcia, 163/2013, de 2 de julio, en un caso similar al del asunto anterior, el Tribunal no aceptó el registro en el vehículo en plena vía pública ya que arguye que los vigilantes de seguridad no son Policía Judicial, y por ende, la “defensa de la seguridad no puede ser ocasión de agresiones, coacciones, desconocimientos de derechos o invasión de las esferas jurídicas y patrimoniales de otras personas”.

IX.6.3.2.3. Cacheo para detectar infracciones administrativas.

El cacheo para el descubrimiento de aquellos objetos o instrumentos susceptibles de ser considerados como infracciones administrativas, constituye, junto a la prevención de actos delictivos una de las actividades indagatorias más usuales de los vigilantes de seguridad que realizan normalmente en los puntos de acceso de control a determinadas zonas restringidas, y que sin duda alguna esta “función-deber, borraría más la sinuosa línea que separa el ejercicio de funciones públicas con las privadas”⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ Existe abultada jurisprudencia en la línea de avalar las actuaciones de prevención del delito por parte de la seguridad privada. Señalamos el Auto del TS 152/2007, de 25 de enero, por la que defiende las funciones de los vigilantes de seguridad en cuanto a “poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, no pudiendo proceder al interrogatorio de aquéllos” (FJ1º).

⁶⁴¹ PACHECO MARTÍN, P., “Régimen jurídico...”, op. cit., 2006, pág. 246. Para IZQUIERDO CARRASCO, M. “La noción...”, op. cit., 2006, pág. 119, establece que tanto evitar la comisión de actos delictivos como de infracciones tiene un mero carácter instrumental, quedando reservado con carácter exclusivo al personal de la seguridad privada.

El Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, incluye en su artículo 71.c), respecto a las funciones que pueden desempeñar los vigilantes de seguridad, la de evitar infracciones en relación con el objeto de su protección. Ahora bien, en la actual Ley de Seguridad Privada amplía su contenido cuando refiere en su artículo 32.c), que los vigilantes de seguridad evitarán las “infracciones administrativas en relación con el objeto de su protección, realizando las comprobaciones necesarias para prevenirlos o impedir su consumación, debiendo oponerse a los mismos e intervenir cuando presenciaren la comisión de algún tipo de infracción”.

Que la legislación de la seguridad privada haga mención taxativa sobre la legalidad de realizar comprobaciones a fin de evitar una infracción administrativa es evidente; el problema estriba que, aun encuadrándose en las actividades propias de los vigilantes encaminadas a impedir una infracción en relación al objeto de su protección⁶⁴², existe una indeterminación o ambigüedad en cuanto a su regulación, puesto que nos podríamos preguntar a qué tipo de infracciones administrativas se refiere el legislador, teniendo en cuenta que el marco jurídico español, que tipifica las diferentes infracciones administrativas constituye un acopio de legislación que recogen desde aquellas Leyes Orgánicas que afectan a los derechos fundamentales de los ciudadanos hasta las Ordenanzas Municipales de menor entidad.

Más concreto es el artículo 78 del Reglamento de Seguridad Privada, el cual, en represión al tráfico de estupefacientes⁶⁴³, si que regula de forma taxativa la

⁶⁴² SUAY HERNÁNDEZ, C., “Intervención...”, op. cit., 1994, pág. 138, justifica la intervención de los vigilantes de seguridad para evitar las infracciones que tengan relación con las propiedades o inmuebles que protejan. Aún así, establece nuestra autora que cada una de las intervenciones de la seguridad privada ante las infracciones, “ha de ser persuasiva antes que coactiva o agresiva, ya que el supuesto que las motiva no es de los que fundamentan la legítima defensa”.

⁶⁴³ El informe del Ministerio del Interior sobre la interpretación de algunos aspectos de la normativa de seguridad privada que incluye nuestro autor LLOP ANELO, E., “Régimen...”, op. cit., 2002, pág. 886, establece en referencia al artículo 78 del Reglamento de seguridad privada sobre la represión del tráfico de estupefacientes que “la obligación del vigilante de seguridad, en relación con los bienes a proteger, alcanza todo tipo de infracción, sea de naturaleza penal o de carácter administrativo; lo cual, además, es una consecuencia lógica de la consideración de los servicios de seguridad privada como complementarios y subordinados respecto a los de la seguridad pública, y del especial

persecución de una infracción administrativa por parte de los vigilantes de seguridad, cuando alude que deberán de evitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, dado que el consumo o la tenencia ilícita de estas sustancias constituyen una infracción a la LOPSC.

Por ello, interpretamos a tal efecto, que al no especificar la legislación qué tipo de infracciones administrativas son las que deben de impedir y perseguir el sector privado, podemos entender que un sujeto que cometa una conducta susceptible de ser considerada una infracción administrativa, los vigilantes de seguridad podrán repelerla siempre y cuando lo realicen dentro de las funciones que les son encomendadas, en su objeto concreto de protección.

Empero, y bajo el punto de vista del que suscribe, los vigilantes de seguridad tienen la obligación de proteger los bienes tanto de naturaleza penal como administrativa y, como consecuencia de ello, deberán perseguir todas aquellas infracciones del ordenamiento jurídico que pudieren afectar tan sólo a la seguridad, pues de lo contrario, al ser el abanico de infracciones tan amplio, la realización de un cacheo para reprimir una infracción administrativa cualquiera, podría constituir un atropello a los derechos de los ciudadanos.

IX.6.4. Legitimidad del cacheo de los vigilantes de seguridad.

Coincidimos con PACHECO MARTÍN⁶⁴⁴, cuando expresa en sus argumentos, que la concepción de los vigilantes de seguridad en el actual contexto social, se ha transformado sustancialmente, porque ha pasado de la determinación laboral estática y de plantón —poco participativa— que anteriormente se tenía, a proyectarse en una moderna concepción de los servicios de vigilancia mucho más dinámico⁶⁴⁵, polivalente, y con muchas más

deber que incumbe a los vigilantes de seguridad de prestar auxilio y colaboración a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

⁶⁴⁴ PACHECO MARTÍN, P., “Régimen jurídico...”, op. cit., 2006, pág. 224.

⁶⁴⁵ La modernización de los vigilantes de seguridad es evidente, puesto que actualmente están mucho más preparados para el ejercicio de sus funciones, en cuanto que son conocedores de las nuevas tecnologías de control de acceso y de vigilancia en las instalaciones en su conjunto, con objeto de dar una respuesta a las necesidades para detectar y evitar posibles riesgos contra el patrimonio y contra la integridad física, y

competencias laborales, refrendado por la actual Ley de Seguridad Privada.

Como ejemplo de ello nos resulta interesante reseñar que incluso el Reglamento de la Seguridad Privada⁶⁴⁶, regula la facultad de estos profesionales para que puedan contar con el apoyo de perros adecuadamente amaestrados en la detección de sustancias prohibidas o explosivos. Esta evidencia nos permite asumir que la finalidad del legislador no es otra que dotar de medios más técnicos y profesionales al servicio de la seguridad privada.

Esta realidad, ha generado que tengamos que dilucidar sobre la legalidad de los cacheos en el sector de la seguridad privada, ya que esta actividad indagatoria es asumida y usada con mucho más frecuencia por los vigilantes para la efectividad de la seguridad privada en su conjunto. Es por ello que la expansión creciente del ámbito y autonomía de este sector profesional plantea muchos interrogantes.

Que estos profesionales puedan actuar en todos estos ámbitos no puede ni mucho menos significar, en modo alguno, la suplantación de las funciones que no les correspondan, procediendo al margen de la legalidad vigente, y ya no digamos de forma generalizada; más bien, se recomienda que se actúe únicamente en aquellas situaciones que así lo requieran, no sin antes señalar que se deberá atender al principio de proporcionalidad⁶⁴⁷ como límite de actuación, adoptando todas aquellas medidas que pongan de relieve la protección de los derechos de los ciudadanos “mediante procedimientos eficaces, en especial ante

contribuir de este modo a la erradicación del delito y a redundar directamente en el potencial beneficio al resto de la seguridad ciudadana.

⁶⁴⁶ Está regulado en el artículo 75.

⁶⁴⁷ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., “Las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública y privada. ¿Se opera algún cambio en el nuevo Estatuto para Cataluña?, Revista Catalana de Seguretat Pública, nº 17, 2006, pág. 77, define el principio de proporcionalidad atendida a la seguridad de las Administraciones Públicas. Expresa en su contenido que el juicio de proporcionalidad debe cumplir tres requisitos: “a) si es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); b) si, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y c) si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).”

situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión”⁶⁴⁸.

Estos procedimientos eficaces, que pueden afectar a todo tipo de control de accesos a zonas restringidas, están recogidos en la nueva Ley de Seguridad Privada, una vez que amplía considerablemente los principios de actuación del personal de la seguridad privada con respecto a la derogada Ley de Seguridad Privada de 1992, cuando expresa que deberán ajustarse a la congruencia en sus actuaciones, aplicando medidas de seguridad y de investigación proporcionadas y adecuada a los riesgos, así también como a la proporcionalidad en el uso de las técnicas y medios de defensa y de investigación.

Con estos principios deducimos, de forma lógica que las Administraciones tendrán el obligado cumplimiento de adjudicar y dispensar de todos los medios técnicos y tecnológicos, así como de instrumentos sofisticados, a los servicios de vigilancia privada, con el objetivo de evitar desmesurados y desagradables cacheos por parte de este sector, y consecuentemente, eludir la realización, de tal modo, de controles aleatorios y arbitrarios.

Esta afirmación asevera que si los ciudadanos están compelidos al sometimiento de controles intensos para acceder a ciertos espacios públicos o privados, la Administración se verá obligada a poner los medios idóneos y óptimos acordes a las circunstancias, con la finalidad de evitar la restricción de ciertos derechos fundamentales causados principalmente por la práctica del cacheo.

En este sentido, nos estamos refiriendo, a todos aquellos aparatos sofisticados, consistentes en arcos fijos y portátiles de detectores de metales y explosivos, aparatos de rayos X, escáner corporales, dirigidos a la inspección de objetos o mochilas, perros adiestrados, etc.; y los cuales ayuden a la detección de explosivos, sustancias estupefacientes o drogas tóxicas, armas de fuego y armas blancas; en otras palabras, todos aquellos instrumentos u objetos susceptibles de poner en peligro los bienes objeto de protección, así como la vida e integridad de

⁶⁴⁸ En estos términos lo expresa el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Nos parece interesante ya que de un modo símil podemos asemejar la expresión citada a situaciones de registro o cacheo de clientes en establecimientos o locales.

las personas. Según lo antedicho, las Administraciones deberán de hacer un esfuerzo económico a fin de proporcionar estos medios en aquellas zonas muy restringidas, y garantizar, así, mucho más si cabe, los derechos fundamentales de las personas, sin que, con ello, se vea mermada la seguridad.

Los límites que impone todo nuestro ordenamiento jurídico al uso de la fuerza por parte del Estado en razón a la seguridad, deben respetar las libertades. Los registros, cacheos y los controles de acceso a las zonas restringidas, constituyen una lesión o atentado contra la privacidad individual, y más, concretamente, al derecho a la intimidad⁶⁴⁹ y dignidad de la persona. Por ello debemos de encontrar el punto de equilibrio para que el cacheo logre realizarse, con todas las garantías legales en el desempeño de sus tareas, por parte de los servicios de seguridad privada en el desempeño de sus tareas, toda vez que pueden verse “obligado, en casos extremos, a injerirse seriamente en el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos”⁶⁵⁰.

La jurisprudencia ha mantenido de forma unánime que el principio de proporcionalidad es el eje definidor de lo permisible, tal y como se ha podido estudiar en el cacheo de las FCS; si bien son de mención los informes del Ministerio del Interior en cuanto al control de efectos personales de los vigilantes de seguridad, que expresan que es “preciso guardar, siempre, el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y perjuicio o menoscabo que puede sufrir la

⁶⁴⁹ DIAZ RODRÍGUEZ, J.M., “Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial”, *Actualidad Laboral*, nº 7, Ed. La Ley, Tomo I, 2011. Entre los sujetos que figuran en el ámbito legal de la Ley de Seguridad Privada, están los detectives, cuyas funciones (como ocurre con los vigilantes de seguridad) también interfieren de forma frontal al derecho de la intimidad de los investigados, por ello alude nuestro autor que el detective en el ejercicio de sus funciones investigue a un sujeto, éste debe respetar en no invadir los espacios materiales de la intimidad, utilizando los medios materiales y técnicos adecuados para ello. Para PACHECO MARTÍN, P., “Régimen jurídico...”, op. cit., 2006, pág. 729, reseña que los servicios de la seguridad privada pueden significar en muchas ocasiones unas limitaciones de los derechos de libertad deambulatoria e intimidad personal. Para AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., “Las competencias...” op. cit., 2006, pág. 69, es consciente que la autonomía de la seguridad privada puede acarrear posibles afectaciones a los derechos fundamentales como la libertad personal o la intimidad.

⁶⁵⁰ SUAY HERNÁNDEZ, C., “Intervención...”, op. cit., 1994, pág. 130.

dignidad o la intimidad de la persona como consecuencia de tales actuaciones”⁶⁵¹.

Otra de las cuestiones referentes al cacheo de los vigilantes de seguridad es concerniente a la perseverancia de la dignidad de los sometidos, puesto que deben evitarse tajantemente tratos vejatorios innecesarios así como realizarse en lugares óptimos para ello, con el único fin de perseverar en “el derecho a la libertad y a la seguridad, así como al honor y a la intimidad personal del sometido”⁶⁵².

La jurisprudencia se ha posicionado de forma unánime en mantener esta posición, prueba de ello son los Tribunales que han legitimado que los vigilantes de seguridad hayan realizado los cacheos en habitáculos cerrados y privados de centros comerciales⁶⁵³, o, incluso, en cuartos o aseos de discotecas⁶⁵⁴, sin invadir ilegítimamente, la intimidad para la obtención de la prueba, porque de lo contrario quedaría invalidada. Así lo recoge, por ejemplo, la STS 4533/1998, de 7 de julio, al desestimar la prueba recogida por un vigilante de seguridad de una discoteca, quien, realizando las labores propias de mantenimiento, sospechó de una persona que, pudiendo estar traficando con drogas, se introdujo en los aseos públicos. Una vez éste se hallaba dentro, el vigilante observó, a través del agujero de la puerta, el interior del aseo y sorprendió al encartado manipulando unas

⁶⁵¹ Informe del Ministerio del Interior sobre la “licitud o no de la exigencia impuesta por algunos establecimientos comerciales para que los usuarios muestren el contenido de sus bolsos”. Dicho texto está recogido en LLOP ANELO, E., “Régimen...”, op. cit., 2002, pág. 900.

⁶⁵² FJ Único de la STS 571/2012, de 15 de marzo. Alude dicho aspecto cuando se dilucidaba el cacheo de un vigilante de seguridad en una discoteca a una persona por la que se sospechaba que traficaba con droga.

⁶⁵³ Existe sobrada jurisprudencia por la cual los vigilantes de seguridad de los centros comerciales invitan a los sospechosos a realizar un cacheo superficial en lugares cerrados al público, entre los que destacamos a modo de ejemplo la SAP de Madrid 469/2004, de 14 de julio, cuyos argumentos reseñan que no existe una injerencia en el honor de un menor de edad cuando es conducido de forma voluntaria a un “cuarto de seguridad”, para realizar un cacheo ante las sospechas del sometido. La SAP de Soria, 64/2003, de 12 de noviembre, también subraya la legalidad del cacheo que se realiza junto a los agentes de policía nacional en un “cuarto de cacheo del local comercial”.

⁶⁵⁴ La STS 613/2002, de 8 de abril, reseña que el vigilante de seguridad de una discoteca al tener como misión específica la de evitar el consumo y venta de drogas dentro del local invitó a un sospechoso a que le acompañara a una habitación para ser cacheado.

pastillas prohibidas de origen ilícito. Pues bien, debido a que los aseos públicos son considerados un lugar privado, la prueba que aquél obtuvo de allí, en virtud de un delito contra la salud pública, se invalidó por las causas expuestas reseñadas anteriormente.

En otro orden de cosas, nos parece acertada la realización del estudio con fin de conocer en qué circunstancias, y cuáles son los requisitos mínimos por los cuales los vigilantes de seguridad del sector privado estarían habilitados para la realización de los cacheos de forma legítima.

En primer lugar, recordemos que los vigilantes de seguridad no son agentes de la autoridad, —como en ocasión anterior se ha dilucidado—; por ello es asumible que no están facultados o capacitados “por sí solos” para ejecutar legítimamente el cacheo corporal del sometido.

De acuerdo con lo antedicho, es preciso señalar que en aquellas zonas donde existe un aumento de peligrosidad o de riesgo como son las celebraciones de competiciones deportivas de relevancia, los accesos a los aeropuertos, e incluso en otros edificios o inmuebles donde el sector privado tiene un protagonismo notable, somos testigos de la presión en los filtros de acceso que realizan los vigilantes de seguridad, utilizando, en muchas ocasiones la práctica del cacheo como algo común y usual en el ejercicio de sus funciones.

Si inferimos que los vigilantes de seguridad no pueden cachear a ninguna persona por carecer de la condición de agente de la autoridad, entonces podríamos cuestionarnos si en realidad se estarían vulnerando, de forma sistemática, en todo el territorio español, los derechos fundamentales de los ciudadanos, por parte del sector de la seguridad privada. No es fácil poder concluir con una simple respuesta afirmativa o negativa, sino que se argumentará o refutará, en un sentido o en otro, según sean las circunstancias en cada caso en particular.

IX.6.4.1. Requisitos.

Cada uno de los registros superficiales y con palpamiento de las vestimentas al que se ven sometidos los usuarios al introducirse en un filtro de control de la seguridad privada, hace que, en la mayoría de los casos, la ciudadanía lo acepte como algo normal y necesario, y, sumado a eso el

desconocimiento de su legitimidad, se convierta, a la vez, en un desagradable trámite que garantiza, al fin y al cabo, la seguridad común, siendo aceptado por ello sin rechistar.

Esta sumisión de los ciudadanos al cacheo, marca el límite de su legitimidad, ya que la voluntad de las personas a someterse de una forma libre y consciente, con ausencia de fuerza externa que oprima mediante coacciones su libre albedrío, lo convierte en una práctica legítima⁶⁵⁵. Dicho de otro modo, nada priva a un vigilante de seguridad de cachear a una persona cuando ésta, de forma implícita, no se opone a ello, por lo que la dignidad de ella no se ve vería afectada, siempre y cuando no se la presione o coaccione a esta persona a ser impelida a esta práctica.

Por ello, al mismo tiempo, también valoramos que sería ilegítimo el cacheo a un menor de edad en esas circunstancias, pues éstos no tienen la capacidad para discernir por ellos mismos, y, por este motivo, es más que recomendable que se realice siempre junto a la persona que posea su tutela⁶⁵⁶.

En consecuencia entendemos que el ciudadano pueda negarse a ser sometido a dichas prácticas por parte de los vigilantes de seguridad, y, en su caso, considerar que esta actividad se realiza al margen de la legalidad con el subsiguiente menoscabo de sus derechos fundamentales, reflexión tras la cual el ciudadano podría iniciar los trámites judiciales al respecto⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ La STS 1696/2005, de 12 de enero, arguye que el sospechoso entregó de forma voluntaria la droga al vigilante de seguridad cuando sospechaba de él, por lo cual no se vio ningún derecho constitucional afectado. También la STS 892/2006, de 12 de septiembre, no valora si el cacheo es válido porque el sospechoso ante la petición de exhibir unos bultos, accede a mostrar la cartera que contenía droga.

⁶⁵⁶ Tanto la Sala de la Audiencia Provincial como el Juzgado de Primera Instancia que dilucidó sobre el cacheo a un menor por un vigilante de seguridad, estimó que no atentó contra su honor ya que además de que el menor acompañó de forma voluntaria al vigilante a una zona privada para realizar el cacheo, la madre del menor que en ese momento estaba junto a él, pese a “ser la obligada a acompañarlo en todo momento y protegerlo de todo acto” externo, no acompaña al menor cuando éste iba a ser cacheado. Por lo que se desprende que existe una aceptación tácita de la madre. SAP de Madrid 469/2004, de 4 de julio.

⁶⁵⁷ Esta duda que suscitó al colectivo de la seguridad privada, principalmente en los cacheos en masa que se realizan en los aeropuertos fue resuelta en el mismo sentido por el

Por tanto, en aquellos supuestos en que alguna persona se niegue a ser cacheado por el sector privado cuando sea requerido para ello, el vigilante de seguridad deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento de las FCS que, después de sopesar detenidamente las circunstancias concurrentes del hecho en cuestión, decidirán si estiman oportuno realizar, o no, el cacheo.

Como se ha tenido ocasión de comprobar en el estudio de la coordinación entre las FCS y los servicios de la seguridad privada, existe una estrecha colaboración tal y como establece el Reglamento de la Seguridad Privada y la actual Ley de la Seguridad Privada, fundamentándose estrictamente en una severa coordinación en relación al cumplimiento por parte de éstos de las órdenes e instrucciones que indiquen las FCS.

Las citadas expresiones por las que refiere la nueva Ley de Seguridad Privada, tanto “las órdenes” como “las instrucciones”, son términos que dejan un vacío legal, o más bien adolecen de cierta ambigüedad en cuanto a su aplicación práctica se refiere, pues a pesar de los protocolos de actuación que se puedan elaborar a tal efecto, dado que, resulta difícil acreditar si para la ejecución de las citadas “órdenes o instrucciones”, por parte de estos profesionales, deben estar presentes físicamente miembros de las FCS; o, por el contrario, bastaría con la simple instrucción de unas pautas de actuación que proporcione unos conocimientos lo suficientemente aptos con la finalidad de realizar dichas funciones por sí solos con total garantías.

Parece incongruente, que cada miembro de las FCS visualice y examine a cada vigilante de seguridad que se encuentre bajo su supervisión, ya que se necesitaría el mismo número de agentes policiales que de vigilantes de seguridad, lo cual sería absolutamente inviable económicamente para el Estado, pues recordemos que no es menos cierto que la creación del sector privado, entre otras cosas, está sirviendo para contrarrestar la carencia de personal de las FCS, dado que el sector privado ha ido asumiendo progresivamente dichos cometidos para garantizar la seguridad en muchos de los ámbitos sociales a los que hemos aludido con anterioridad.

El Convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior, de la Secretaría

de Estado de Seguridad y el Ente Público de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), en materia de seguridad aeroportuaria de 29 de junio de 1999, presenta una estrecha colaboración de los vigilantes de seguridad del departamento de seguridad de AENA con las FCS. Dichas funciones se centran en la seguridad del interior del aeropuerto en los siguientes lugares:

- Filtros de pasajeros y sus equipajes de mano, al acceder a las zonas restringidas del aeropuerto.
- Filtros de personal laboral y tripulaciones, en las mismas condiciones que las señaladas en el apartado anterior.
- Acceso a las salas de espera y retirada de equipajes.
- Otros accesos a la zona aeroportuaria que, de común acuerdo, se determinen⁶⁵⁸.

Este convenio evidencia sin ningún tipo de duda que los vigilantes de seguridad actúan en todo tipo de registros y controles para evitar la introducción de aquellos efectos prohibidos que pudieren perturbar la seguridad en los aeropuertos. No existe ninguna norma que concrete un protocolo de actuación de los vigilantes en este sentido, ni siquiera cuáles son los cometidos exhaustivos de cómo las FCS tienen que supervisar y controlar a aquéllos.

Como prueba de ello la Secretaría General Técnica, previo informe de la Comisaría General de Seguridad Ciudadana, y en contestación a una consulta de un particular sobre cuestiones referentes a la seguridad privada en los aeropuertos, concluye que, aun considerando con carácter general que los vigilantes de seguridad no efectuarán registros personales, asumen entre sus obligaciones la de realizar registros, así como todas las comprobaciones pertinentes para el cumplimiento de su misión.

Dicho informe también señala que la Guardia Civil deberá impartir unas pautas de actuación, dando por hecho que no es necesario que miembros de esta corporación, o de otras corporaciones policiales, estén allí presente⁶⁵⁹. Sin

⁶⁵⁸ Funciones que están recogidas en el Anexo del presente Convenio en referencia a la tercera estipulación.

⁶⁵⁹ Se puede encontrar en el Boletín Informativo de la Dirección General de la Policía (Comisaría General de Seguridad Ciudadana/ Unidad Central de Seguridad Privada) nº 25, de diciembre de 2008.

embargo, en el informe de la Unidad Central de Seguridad Privada⁶⁶⁰, relativo a los cacheos en aeropuertos, es mucho más restrictivo en sus argumentos, ya que al plantearse el problema de la probable ausencia de ambos sexos entre los profesionales de seguridad para la realización del cacheo a personas de cualquier género, establece que, mostrando el sometido su conformidad, podrá procederse al cacheo aun cuando el sometido se tratara de una persona de distinto sexo. Tomando en cuenta todos estos aspectos, es más que evidente, que los cacheos realizados por los vigilantes de seguridad se conciben como una práctica habitual y fuera del margen de la inspección de las FCS.

Coincidimos con dichos informes en que, si una persona se niega a ser cacheada o registrada por personal del sector privado, deberá avisarse a un miembro de las FCS para que éstos en el ejercicio de sus funciones, realicen las citadas prácticas. Sin perjuicio, obviamente, de que miembros de las FCS comprueben, con asiduidad, la correcta realización del cometido llevado a cabo por los vigilantes de seguridad.

IX.6.4.2. Posicionamiento jurisprudencial.

La jurisprudencia ha dejado, al margen, muchos aspectos jurídicos y sustanciales con respecto al cacheo —principalmente en los aeropuertos—, dado que, o bien por desconocimiento de las acusaciones particulares o bien por la falta de precisión de los Jueces en sus procedimientos judiciales, siguen habiendo lagunas respecto a su legitimidad, puesto que no se ha profundizado con precisión en dos aspectos que, para nuestro estudio nos parecen primordiales.

El primero es el referido a los controles realizados de forma masiva o aleatoria, carente de cualquier tipo de sospecha previa o indicio fundado —aun cuando sea el caso de que las personas sometidas acepten voluntariamente a ser cacheadas—.

Esta supuesta voluntariedad no deja de tener una connotación forzosa implícita, pues la mayoría de las personas que desean acceder a los lugares restringidos y vigilados por la seguridad privada, son conscientes de la

⁶⁶⁰ Informe de la Unidad Central de Seguridad Privada 2013/062 con fecha de emisión el 23/09/2013. Cabe recordar que dichos informes son meramente informativos y orientativos, por tanto nunca son vinculantes.

incomodidad del trámite y de que negarse a ser cacheadas o controladas conllevaría más problemas que soluciones para lograr su propósito de acceder al interior de aquéllos.

Así lo reseña el artículo 32 de la Ley de Seguridad Privada cuando describe la facultad de los vigilantes de seguridad para negar la entrada a cualquier particular que, queriendo acceder al interior de la zona restringida se negara a ser controlado tanto en sus objetos personales, la paquetería, mercancías o vehículos, como en los casos en los que sea requisito imprescindible acreditar su identidad.

El último artículo, puede provocar cierta indefensión al ciudadano, en tanto en cuanto no se precise unos requisitos mínimos de actuación legalmente establecidos, para el sector de la seguridad privada. Los Tribunales no han resuelto el problema en cuestión. En una primera línea es evidente que la sospecha fundada es un requisito esencial para la motivación del cacheo. Así la jurisprudencia ha expresado su importancia para la correcta ejecución del mismo, como el caso, por ejemplo, de un vigilante que sospechó de una persona por un movimiento extraño que ésta había realizado en el interior de una discoteca⁶⁶¹, o al sonar el detector de metales cuando un ciudadano se disponía a introducirse en el interior de un área restringida⁶⁶², o bien se visualizaron las sospechas a través de las cámaras de seguridad⁶⁶³.

No obstante, hemos de recordar que todas estas actuaciones deberán desenvolverse evitando situaciones vejatorias, embarazosas o comprometidas⁶⁶⁴. Como muestra de ello, reseñamos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

⁶⁶¹ Citamos a modo de ejemplo de la abultada jurisprudencia al respecto la STS 571/2012, de 15 de marzo, la STS 613/2002, 8 de abril del 2002, la SAP de Lleida, 218/2000, de 5 de mayo, y la SAP de Barcelona 370/2009, de 28 de mayo, cuya legitimidad queda acreditada a raíz de las sospechas que le asaltan al vigilante de seguridad en el ejercicio de sus funciones.

⁶⁶² SAP de Madrid 78/2010, de 8 de marzo, SAP de Castellón 21/2011, de 3 de enero, y SAP de Madrid 207/2005, de 4 de mayo.

⁶⁶³ SAP de Soria 64/2003, de 12 de noviembre.

⁶⁶⁴ Como es el caso de la SAP de Ourense 144/2008, de 23 de abril, que sentenció que se extralimitó indebidamente un vigilante de seguridad, al bajarle los pantalones a un cliente en un cuarto por la posibilidad de tener algo sospechoso. Pues bien, el Tribunal arguye que la actuación fundamentada en conjeturas infundadas ataca a la integridad moral, intimidad y menoscabo de la dignidad de la persona.

Madrid 755/2011, de 29 de septiembre, cuyo fin no era otro que dilucidar sobre el registro aleatorio de los bolsos y las taquillas de todos los trabajadores de una empresa, llevado a cabo durante tres días consecutivos, porque un auxiliar de servicios sospechó en uno de los trabajadores un día anterior. Expresa la sentencia que durante los tres días de registros no “concurrían las premuras ni indicios que dieron lugar al primer registro”, por lo que dicho registro “será por tanto lícito cuando esté suficientemente justificado, apoyándose en un motivo objetivo, ausente de arbitrariedad o de una finalidad discriminatoria”; dicho lo cual, no vale disponer de meras conjeturas motivadas por una lesión causada en el patrimonio del establecimiento, sino que esos registros deben estar justificado por indicios fundados. Por todos los argumentos admitidos en el fallo, el Tribunal estimó que dicha conducta era contraria a los derechos de los trabajadores.

Sin embargo, existe una corriente jurisprudencial que avala, o más bien admite los controles aleatorios en los aeropuertos por parte de los vigilantes de seguridad sin ningún tipo de indicio que despierte las sospechas de éstos para motivar el cacheo. Así pues, el Tribunal admite esta actividad sobre los pasajeros de una forma arbitraria y carente de fundamentación, toda vez que en los fallos admite como válidas las pruebas obtenidas de forma implícita⁶⁶⁵.

En cuanto a la presencia de las FCS en el caso de que el ciudadano se niegue a ser cacheado por un integrante de la seguridad privada, entendemos contundentemente que cualquier persona puede negarse a esta práctica indagatoria, y, en consecuencia, esperar a la llegada de la fuerza pública para ser sometido a ella. En este sentido mediante la SAP 105/2005, de 4 de mayo, el Tribunal avala la decisión de que sea un Guardia Civil el que proceda al cacheo de un usuario ante su rotunda negativa a ser cacheado por un vigilante de seguridad cuando procedía a introducirse en la zona restringida de un aeropuerto. También entienden los Tribunales que no había vulneración de derechos cuando un empleado de seguridad recurrió a un miembro de las FCS para que éste cacheara a una persona de quien sospechaba que portaba algún objeto o sustancia⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ SAP de Madrid 648/2008, de 23 de junio. SAP de Madrid 49/2006, de 13 de febrero.

⁶⁶⁶ SAP de La Rioja 156/2008, de 14 de noviembre y la SAP de Soria 64/2003, de 12 de noviembre.

Todo este acopio de jurisprudencia, pese a la vaguedad de sus conclusiones, nos ayuda a deducir que los vigilantes de seguridad deberán informar a los sometidos de la posibilidad de que disponen de optar a ser cacheados por miembros de las FCS, con ausencia de cualquier coacción. Esta información habrá de ser facilitada de manera sucinta, clara y precisa, atendiendo siempre al nivel cultural de la persona en cuestión.

Además, aun habiendo varias líneas jurisprudenciales al respecto, consideramos que deben excluirse de la actividad de los vigilantes de seguridad, todos aquellos cacheos arbitrarios y aleatorios que conviertan esta práctica en abusiva.

Por ejemplo, no tiene sentido que mientras que para la realización del cacheo por parte de las FCS sea necesario, al menos, tener un indicio o una sospecha lo suficientemente fundada; sin embargo, este requisito sea omitido, por completo, en el sector de la seguridad privada. Por otro lado, creemos que es absolutamente importante reseñar, que se debería regularizar un plan integral de seguridad con el objetivo de ayudar a los profesionales de este sector a cumplir sus funciones, de un modo eficaz, con respecto a su especial obligación de auxiliar y colaborar con las FCS.

IX.6.5. El cacheo del personal auxiliar.

El tema a tratar en este apartado, se centra principalmente en verificar la problemática generada por la intromisión en cuanto a las funciones se refiere, del personal propio de los establecimientos comerciales o del personal auxiliar de servicios, ya que pueden suscitar dudas en cuanto si este colectivo son capaces o no, de intercambiar funciones de seguridad con las labores propias de los servicios de vigilancia privada, y consecuentemente llevar a colación si están facultados para realizar los registros o los cacheos objeto de estudio.

La anterior y derogada Ley de seguridad Privada 23/1992, de 30 de julio y el Reglamento que la desarrolla (Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre), contienen de una forma muy genérica cuáles son las funciones de los vigilantes de seguridad que deben de desempeñar, sin embargo estas Leyes “no contemplan por constituir objeto de la normativa laboral sectorial las tareas específicas en que tales funciones se concretan, lo cual dificulta en muchos casos la exacta

determinación de cuáles de ellas deben ser desempeñadas por personal de seguridad y cuáles otras, precisamente por no ser de seguridad privada, pueden y deben ser desarrolladas por personal distinto de aquél”⁶⁶⁷.

La ausencia de una regulación jurídica diáfana, generó que los organismos públicos tuvieran que elaborar un acopio de informes⁶⁶⁸ para disipar las dudas que pudiera acarrear dichos aspectos, principalmente si existe una intromisión manifiesta del personal auxiliar en el sector de la seguridad privada. Las conclusiones en estos informes, fueron lo suficientemente contundentes en aceptar que las funciones de la seguridad privada no pueden ser realizadas por personal ajeno que no esté acreditado como tal.

A modo ilustrativo, la presencia del personal auxiliar, contiene un efecto disuasorio sobre la comisión de infracciones penales o administrativas, e incluso ciertas labores –como es el personal que está en caja en los centros comerciales–, son similares a las realizadas por el sector privado en zonas de control restringida. En ciertos ámbitos, su esfera funcional se asemeja a la labor de los vigilantes, ya que pueden ser testigos, incluso, de observar indicios o sospechas de sustracción de bienes o del patrimonio de la empresa cuando dedican su ejercicio laboral⁶⁶⁹.

Todas estas dudas jurídicas suscitaron porque se estaban produciendo una emergente extralimitación del cometido de este colectivo, basado en un pluriempleo ilícito, que comprendía entre otros, la vigilancia y protección de los establecimientos. Con este propósito, los empresarios utilizan a dicho personal

⁶⁶⁷ Informe del Ministerio del Interior sobre la “prestación de funciones de vigilancia y control en centros comerciales por auxiliares de servicios”, cuyo contenido se encuentra en LLOP ANELO, E., “Régimen...”, op. cit., 2002, pág. 903.

⁶⁶⁸ Informe publicado en la web oficial del Ministerio del Interior del Gobierno de España: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/1569807/52739.pdf/5a652047-e9de-4d6f-82e2-b0d0d1c58a60> (consultado el 20/03/2015). Informe del Ministerio del Interior sobre la “prestación de funciones de vigilancia y control en centros comerciales por auxiliares de servicios”, cuyo contenido se encuentra en LLOP ANELO, E., “Régimen...”, op. cit., pág. 903. Y un informe de la Confederación de Consumidores y Usuarios (CECU), gabinete jurídico, “Registros en lugares públicos”: <http://www.cecua.es/campanas/medio%20ambiente/Registros%20Lugares%20Publicos.pdf> (consultado el 20/03/2015).

⁶⁶⁹ En el mismo sentido se pronuncia IZQUIERDO CARRASCO, M., “La noción...”, op. cit., 2006, pp. 118 y 119.

para ahorrar costes en seguridad.

Dicho lo cual, y atendiendo a una contextualización práctica, es asumible que los auxiliares de servicio, en sus labores propias de trabajo, están facultados, como cualquier otra persona de repeler una sustracción del patrimonio de la empresa u otro ilícito penal, y como consecuencia de ello deberán de avisar a las FCS o vigilante de seguridad en su caso, para realizar las demás labores indagatorias.

La actual Ley de Seguridad Privada, —ante la situación dubitativa de las anteriores normas—, se centró entre otras cosas, en tipificar preceptos que sirven para suprimir o minimizar todas aquellas situaciones que pudieran dar lugar al intrusismo del personal objeto de estudio, dotando — en esta línea correccional — al personal de seguridad privada del respaldo jurídico necesario para el ejercicio exclusivo de sus funciones legales⁶⁷⁰, y consecuentemente poder disipar cualquier duda que pudiera suscitar a tal respecto. El artículo 7.1. de la presente Ley de Seguridad Privada es contundente en esta línea, cuando reseña que “cuando los interesados tengan el carácter de empresas o entidades de cualquier tipo, en ningún caso utilizarán a sus empleados para el desarrollo de las funciones previstas en la presente ley, reservadas a la empresas y el personal de seguridad privada”.

No cabe duda tampoco, que la doctrina es unánime en considerar que los empleados de las empresas, no pueden realizar labores que conciernen a los vigilantes de seguridad, y mucho menos realizar cualquier tipo de registro, cacheo o invitarle al sometido a que enseñe un bolso cuando abandone el establecimiento. Destacamos a SÁNCHEZ REYERO⁶⁷¹ cuando refiere en sus argumentaciones que los integrantes de este colectivo, no “pueden desempeñar funciones atribuidas al personal de seguridad privada”, y además cuando tengan conocimiento de un acto que pueda poner en peligro la seguridad o el patrimonio de la empresa “deberá de ponerlo en conocimiento del servicio de seguridad, sin llevar a cabo actuación alguna”.

También nos parece relevante la argumentación de IZQUIERDO

⁶⁷⁰ Como así alude el Preámbulo de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

⁶⁷¹ SÁNCHEZ REYERO, D., “El derecho administrativo sancionador y las funciones de los auxiliares de vigilancia”, nº 7114, Diario La Ley, Sección Tribuna, Ed. La Ley, 2009, pág. 2.

CARRASCO, ya que para él, las funciones del personal auxiliar quedan excluidas con respecto a las funciones de los vigilantes de seguridad, pero sin embargo “no impide que su mera presencia puede tener un efecto disuasorio sobre la comisión de infracciones penales o administrativas – al igual que la presencia de personal de seguridad, aunque éste ejerce un control mucho más formal que aquél –”⁶⁷².

En cuanto a la jurisprudencia se refiere, también es unánime en considerar que todas las actividades concernientes de prestar seguridad deben de estar incluidas en el marco jurídico de la Ley de Seguridad Privada, por ello quedan excluidas todas aquellas personas que no tengan una acreditación reglada al respecto. No obstante podemos entrar a valorar algunos matices al respecto, ya que su actividad aún siendo similar al sector privado, no llega a constituirse como un servicio de seguridad en su más estricto sentido jurídico. En este sentido refiere la STSJ de Madrid, 94/2003, de 3 de febrero, cuyos argumentos valora si mantenía o no la sanción impuesta por el Gobierno Vasco a una empresa de Seguridad Privada, porque una empleada sin indicativo alguno de seguridad privada, y sin acreditación como tal, abordó a un cliente para realizar un registro en un bolso y en su chaqueta, porque al parecer le había sorprendido ocultando un producto.

En dicho fallo arguye el Tribunal, que el llamar la atención, o invitar a una comprobación no coactiva (así entiende el Tribunal visualizar el bolso), no es razón bastante para calificarlo como una actividad de seguridad. En sus argumentos pone como ejemplo que el “reponedor de estanterías detecte una sustracción o un daño e intervenga sin coacción personal, ni que un dependiente de un pequeño comercio invite a un cliente a mostrar sus compra por sospechar alguna sustracción. También la cajera vigila su puesto o las estanterías a donde alcanza su vista, y lo mismo el dueño de una ferretería los anaqueles.”

También nos parece conveniente comentar alguna sentencia con respecto al personal de control de acceso a los espectáculos públicos, así también como los auxiliares de servicio cuya misión en un centro de trabajo es asumir el control de posible evasión del patrimonio de las empresas.

En primer lugar, es interesante, dilucidar sobre los supuestos del control de acceso por personal que no esté adscrito a los servicios de la seguridad privada en

⁶⁷² IZQUIERDO CARRASCO, M., “La noción...”, op. cit., 2006, pág. 118.

los espectáculos públicos o actividades recreativas. En el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de 5 de enero del 2009, se publica el Decreto 163/2008, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la actividad de control de acceso a espectáculos públicos y actividades recreativas, en ella, tipifica como funciones de este colectivo el permitir y colaborar en las inspecciones o controles reglamentarios establecidos en la normativa vigente.

Como podemos comprobar, lo que pretende este Decreto es sustituir a los denominados porteros de seguridad, por unos controladores de acceso, cuyas funciones son las mismas que las que ejercen los servicios de seguridad. La STSJ de Madrid, 28/2010, de 15 de enero, al dilucidar dichos aspectos, sus argumentos son sólidos en referir que “los controladores de acceso a los que se refiere el artículo dos⁶⁷³ del referido Decreto, al delimitar su ámbito de aplicación, quedan fuera del de la Ley de Seguridad Privada, y no se produce por lo tanto el conflicto normativo a que alude la asociación demandante”⁶⁷⁴.

En segundo lugar, aludimos a la STSJ de Madrid 755/2011, de 29 de septiembre, ya que absuelve a unos trabajadores que habían sido sancionados por su empresa mediante un expediente al negarse éstos a ser registrados sus pertenencias por parte de un auxiliar de servicios. Entre las causas que refiere el Tribunal para absolver a los trabajadores, se encuentra, de que este colectivo no son vigilantes de seguridad y además no “ostenta la condición de autoridad pública ni agente de la misma”⁶⁷⁵.

Por lo tanto y como se ha tenido ocasión de reflexión, todo personal ajeno al servicio de la seguridad privada, ya sean trabajadores de empresas, controladores de personal, etc., queda distante de la realización de cualquier labor que afecte a la esfera de la seguridad privada, y más concretamente a la práctica del cacheo, por tanto se abstendrán de realizar dicha práctica, ya que están compelidos a solicitar auxilio en dicho aspecto a los vigilantes de seguridad o a las FCS, colectivos por los cuales si están facultados para realizar dicho fin.

⁶⁷³ El artículo 2 refiere sobre el ámbito de aplicación del Decreto, cuya especificación – entre otros – afecta a los espectáculos públicos consistente en la celebración de conciertos, salas de fiesta, discotecas y salas de baile etc.

⁶⁷⁴ FJ 3^a.

⁶⁷⁵ FJ 2^o.

X. EL CACHEO EN SUPUESTOS ESPECIALES.

X.1. EL CACHEO DE LOS MENORES DE EDAD.

X.1.1. Conceptualización jurídica del término del menor de edad.

La definición o la propia identificación de lo que ha de entenderse por menor de edad, “no es un concepto unívoco, sino que es definido de diversa manera en atención a la concreta finalidad de la regulación en la que se recoge”⁶⁷⁶.

La proclamación de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁶⁷⁷, define al menor de edad en su artículo 1 como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

También, en el ordenamiento jurídico español, tanto en la CE como en el CC, se expresa claramente, de forma taxativa, que la mayoría de edad empieza a los 18 años, haciendo uso el legislador de esta opción menos procedimental, y, a la vez, más práctica, para que se proceda a la aplicación de las leyes a los menores, que en su caso correspondan, con independencia de su desarrollo real de madurez y de personalidad conque desenvolverse plena e independientemente en el ejercicio de sus derechos⁶⁷⁸.

⁶⁷⁶ ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: Algunas cuestiones controvertidas”, *Diario La Ley*, nº 5714, 2003, pág. 2.

⁶⁷⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Dicha convención fue ratificada en España el 30 de noviembre de 1990 y publicado en el nº 313 del Boletín Oficial del Estado, el 31 de diciembre de 1990. Para PICONTO NOVALES, T., “La responsabilidad, protección y derechos de los menores. Los derechos de los niños. Perspectivas sociales, políticas jurídicas y filosóficas”. Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 38, define a la referida Convención como un “modelo de derechos” con auténtica obligación jurídica para los Estados miembros.

⁶⁷⁸ En el mismo sentido se pronuncia LÓPEZ LÓPEZ, A.M., “Tratamiento policial de los menores de edad penal. Comentarios prácticos de la LO 5/2000”, *Diario La Ley*, Ref. D-186, 2001, pp 2-3. Sin embargo ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Inmigrantes menores...”, *op. cit.*, 2003, pág. 3, reconoce que la minoría de edad es un concepto de connotaciones eminentemente jurídicas, pero no obstante se debería de aplicar en virtud del factor o

La proclamación tanto de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como de las “Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores”⁶⁷⁹, sirvieron para constituir un férreo punto de partida para el papel desempeñado por los menores de edad en la sociedad, cuyo fin primordial, está basado, en garantizar y proteger de una forma muy especial los derechos fundamentales ante el ataque de cualquier injerencia que pueda poner en peligro el interés rector del menor⁶⁸⁰.

elemento de la personalidad, atendida el contexto social del menor. Para MACÍAS CASTILLO, A., “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2008, pág. 4, aduce que el menor si tiene capacidad, pero que no puede desarrollarla plenamente.

También para ROMEO MALANDA, S., “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, *Diario La Ley*, Ref. D-251, 2000, pág. 1, cuando dilucida sobre los grados de incapacidad y la capacidad de obrar, realiza una diferencia en la situación de emancipación de los menores de edad, ya que aún de gozar de plena capacidad sobre su libre disposición, está subsumida en una limitación manifiesta, por lo que no se puede tratar como un adulto.

⁶⁷⁹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de Menores, “Reglas de Beijing”, Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985. Incluso en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000/C 364/01, incluye los derechos del menor como necesarios para su bienestar, considerándose como primordial el interés superior del menor todos y cada uno de los actos relativos a éstos, llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones privadas (art. 24).

⁶⁸⁰ La doctrina de forma unánime considera el interés del menor como requisito indispensable para el buen desarrollo del menor. Consideramos acertada el concepto que realiza ABASCAL MONEDERO, P.J., Y OTROS, “Guía de intervención administrativa y judicial con menores de protección”, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pág. 55, ya que sobre el interés del menor lo define como “aquel principio superior que debe informar toda la actuación legal y administrativa protectora y que busca la posibilidad, real, no teórica, de que el menor se desarrolle de una manera integral, en sus facetas personal y social”. Destacamos además a NICOLÁS GUARDIOLA, J.J., “Evolución de...”, op. cit., 2011, pág. 70, ya que resulta interesante las características que desarrolla nuestro autor sobre la nueva ley del menor, incluyendo como de suma importancia el “derecho a que prevalezca el interés superior del niño”, y a NISTAL BURÓN, J., “El cumplimiento...”, op. cit., 2007, pág. 4, ya que tanto la reinserción como el superior interés del menor deben de constituirse como un fin en ámbito penal del menor.

La normativa internacional que se estaba desarrollando⁶⁸¹ junto con la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada el 8 de julio de 1992, por el Parlamento Europeo en Resolución A3-0172/92, engendró en España la elaboración de una serie de leyes que han servido para reforzar los principios rectores emitidos por dichas normas internacionales en materia de menores, al quedar patente que la humanidad debe un respeto a los niños en cuanto a su educación y cuidado, “no sólo a través del reconocimiento formal de unos derechos de la infancia, sino poniendo en práctica políticas sociales y económicas que puedan prevenir y evitar que un niño se convierta en un menor infractor”⁶⁸².

Entre las leyes más destacadas a fin de reforzar los principios rectores que anteriormente se han aludido, destacamos, en primer lugar, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo objeto principal engloba la protección rectora del interés del menor con una vinculación directa tanto de los Poderes Públicos como de las familias y ciudadanos en general. En la misma dirección se orienta la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores, así como el Reglamento que la desarrolla, el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, en cuanto ésta queda definida como “una ley formalmente penal y substancialmente sancionadora-educativa”⁶⁸³,

⁶⁸¹ PICONTO NOVALES, T., “La responsabilidad...”, op. cit., 2007, pág. 38, aduce que todo el acopio de leyes internacionales que se estaba desarrollando, adquiere gran sentido y consecuentemente por los graves abusos cometidos por las legislaciones de muchos países hacia los menores en general, así también como hacia los menores infractores.

⁶⁸² BENITO LÓPEZ, R., “Algunas cuestiones sobre el régimen disciplinario en los Centros de internamiento de menores”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 18, 2008, pág. 10.

⁶⁸³ PICONTO NOVALES, T., “La responsabilidad...”, op. cit., 2007, pág. 55. NISTAL BURÓN, J. “El cumplimiento en Centros penitenciarios de la medida de internamiento impuesta a los menores infractores al alcanzar la mayoría de edad. Problemática jurídica (a propósito del nuevo art. 14 introducido por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)”, Diario La Ley, nº 6664, Sección Doctrina, 2007, pág. 4, realiza un resumen dinámico del concepto de la Ley del menor cuando refiere que “La Ley penal del menor se configura como una norma de naturaleza formalmente penal, pero materialmente sancionadora-educativa, que confiere al menor infractor un tratamiento punitivo específico con una intervención de contenido, básicamente, educativo y asistencial, para posibilidad la reinserción social de éste, con la adopción de

cuyo reconocimiento jurídico del menor de edad queda plasmado al señalarse que se trata de una persona jurídica sujeta a derechos específicos en el proceso penal.

En cuanto al mandato constitucional, no deja en vano el amparo y la atención de la infancia, ya que nuestra Carta Magna insta a que las Instituciones públicas aseguren la protección social, económica y jurídica de los menores de manera muy especial y efectiva. Además, recoge en su artículo 39.4 que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos; precepto cuyo objetivo es vincular indispensablemente el cumplimiento de la normativa española a las garantías del menor recogidas en las leyes internacionales.

Siguiendo con la Carta Magna, es preciso también observar en el artículo 10, de qué modo la dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, están unidos a la protección de la infancia, en consonancia y fundamento al orden político y de la paz social.

X.1.2. Protección rectora del interés del niño: el derecho a la intimidad.

El desarrollo de la personalidad del menor contiene un aspecto importante, e incluso diríamos que trascendental, si queremos comprender por qué motivo la protección rectora del mismo ha de tomarse muy en serio. Recordemos que el niño se encuentra en un proceso de aprendizaje y por tanto no ha culminado su proceso de maduración, ese desarrollo de la personalidad contiene un aspecto importante, ya que tiene una vinculación directa con la protección de cualquier ataque que pueda vulnerar el derecho a la intimidad así como al principio de la dignidad del menor (derechos que pueden ser afectados en la praxis del cacheo).

En la actualidad, tanto el derecho a la intimidad como el derecho al honor y a la propia imagen del niño se encuentran hiperprotegidos por nuestro ordenamiento jurídico, convirtiéndose en un plus de protección, en sí mismo, por el hecho de ser menor de edad, ya que es susceptible de que pueda perturbarse su

unas medidas, fundamentalmente preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor”.

correcto desarrollo mental y moral, y, consecuentemente, empañar el derecho a desarrollar libremente su personalidad.

En el marco internacional cabe destacar la referida Convención sobre los derechos del niño, en cuanto que prohíbe, cualquier ataque o injerencias arbitrarias o ilegales que pudieran afectar a su vida privada, su familia, así como su honra o reputación⁶⁸⁴. Además la recomendación europea del 2003⁶⁸⁵ animó a los Gobiernos de los Estados miembros a reconocer unas reglas armonizadas en común para la protección de los menores. Se trata de la recomendación CM/R (2008) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas⁶⁸⁶.

La citada norma tiene una connotación utilitaria, toda vez ya que impulsa un objetivo expreso de forma común, y a nivel europeo, mediante el incremento de la protección del bienestar y de los derechos del menor. Así lo expresa genéricamente el principio básico de la recomendación cuando, en su contenido, se deja en evidencia que el derecho a la intimidad del menor debe ser protegido de una forma singular en cualquier situación de privación de libertad.

Igualmente, el contenido de los artículos de la recomendación CM/R (2008), refiere aspectos tan importantes como el respeto a la intimidad en cualquier instalación o alojamiento en el que estuviera emplazado el menor, así como también en cualquier registro que se le realice, en los traslados entre Instituciones, e incluso, su protección ante los medios de comunicación.

⁶⁸⁴ Artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Sin embargo y de forma complementaria, el artículo 40, lo expresa con el principio de la dignidad del menor de edad.

⁶⁸⁵ La Recomendación R (2003) 20 relativa a nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea.

⁶⁸⁶ Adoptada por el Comité de Ministros el 5 de noviembre de 2008 en la 1040ª reunión de los representantes de los Ministros. Para GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., "La delincuencia juvenil desde la prisma del Consejo de Europa: una primera lectura de las reglas europeas para los menores delincuentes que son objeto de sanciones y medidas", Diario La Ley, Sección Doctrina, 2009, le parece coherente la posición mostrada por los organismos internacionales, y, concretamente, la del Consejo de Europa, en cuanto que se ha interesado por los menores de edad y en la problemática que rodea la delincuencia juvenil, basada en el respeto hacia los derechos.

En ámbito nacional, tanto la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, expresan que los menores disfrutan del derecho a que se les proteja de cualquier peligro que pudiera significar una vulneración de su propia intimidad, convirtiéndose incluso el Ministerio Fiscal, en el garante del derecho a la intimidad, al velar por su debido consentimiento⁶⁸⁷. En esta esfera de protección a la intimidad, no cabe duda que debemos destacar el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, ya que protege a los menores de edad sobre el tratamiento de los datos y el deber de su información. Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores (art. 13).

En concordancia con las legislaciones reseñadas anteriormente, destacamos el RLOPM, cuyo objetivo primordial es proteger estrictamente la intimidad de los menores de edad en todas las facetas de privación de libertad, tanto durante su detención como durante su estancia en los Centros de internamiento.

⁶⁸⁷ HERRERA DE LA HERAS, R., "El derecho a la propia imagen de los menores de edad ante los medios de comunicación", *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 2014. En el mismo sentido se expresa nuestro autor a lo largo de su obra, en tanto en cuanto la capacidad de obrar de los menores de edad para su propio interés pierde consistencia aunque a éstos se les puedan considerar maduro. Además la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo de 2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, se expresa a favor de la decidida intervención del Ministerio Fiscal cuando arguye que "pueden garantizar un pleno y riguroso respeto a los derechos de los menores si no van acompañadas de una auténtica concienciación social que asuma la necesidad de una escrupulosa tutela frente a las intromisiones que puedan llegar a poner en riesgo o perturbar su proceso de maduración", refiriéndose a la protección de la dignidad y de la intimidad del menor.

X.1.3. El Cacheo en circunstancias no privativas de libertad.

Como se ha referido en el apartado anterior, la protección del derecho a la intimidad del menor está circunscrita a una protección más intensa por parte de las Instituciones del Estado; pero, ahora bien, debemos de hacer un examen pormenorizado, para atender si el tratamiento jurídico que se le aplica a los menores de edad, en la práctica del cacheo, contuviera, en su praxis, alguna connotación diferente con respecto a la de los adultos.

Estamos de acuerdo que para proteger el “interés superior del menor”, el cacheo se practicará como último extremo; es decir, a través del principio de mínima intervención, y muy especialmente cuando se trate de actos graves, especialmente los referidos a delitos. Sin embargo, teniendo en cuenta la consideración suprema de proteger el interés del menor, encontramos argumentos razonables para justificar la realización del cacheo a los menores con la misma intensidad que se realiza a los adultos, en determinadas situaciones. Por ejemplo, y a modo de ilustración, en caso de que un menor esté consumiendo droga en la vía pública, lo cual en sí, a priori, no es un acto especialmente grave para el ordenamiento jurídico en cuanto a que no se trata de la comisión de ningún ilícito penal, seguiría siendo razonable y conveniente, pese a todo, proceder a su cacheo atendiendo a la tutela efectiva de la salud del pequeño.

La Instrucción nº 11/2007 de 12 de septiembre, de la Secretaria de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el “protocolo de actuación policial con menores”, establece en su artículo 61.5 que el “cacheo policial a menores no detenidos se ajustará a lo dispuesto a la LECR limitándose a aquellos casos en que existan indicios racionales suficientes de que el menor pudiera ocultar entre sus ropas, elementos o pruebas de la comisión de un hecho delictivo, especialmente aquellas de naturaleza violenta, sexual o terrorista, procediéndose con arreglo a las prevenciones del apartado anterior”. El artículo trata de justificar el cacheo al amparo de las normas de la Ley de la Seguridad Ciudadana; en atención a la comisión de infracciones administrativas, mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana etcétera. Por tanto, podemos apuntar sobre la base de todo lo expuesto, y de modo sintético y a tenor de las Leyes, que la aplicación de los registros y los cacheos en los adultos de edad, tienen prácticamente la misma aplicación para cuando vayan dirigidos a los menores de edad.

Si atendemos además a la jurisprudencia⁶⁸⁸, podemos determinar, que en la práctica, el cacheo a menores en circunstancias no privativas de libertad, no difiere significativamente respecto al realizado a los adultos⁶⁸⁹, incluso, hay sentencias que justifican el cacheo por el “beneficio del propio menor”, ante una situación de consumo de drogas⁶⁹⁰.

Por tanto, entendemos que en aplicación al ordenamiento jurídico, el sometimiento del cacheo está justificado aparentemente. Si bien, la diferencia que estriba con respecto al de los adultos, precisamente, la encontramos, en las técnicas procedimentales que se lleven a cabo, y que atenderán siempre, en todo momento, a preservar su intimidad, realizándose, a priori, con menor intensidad y rigor, que si se tratasen de mayores de edad. En atención a la Instrucción de la

⁶⁸⁸ La SAP de Sevilla, 258/2008, de 6 de junio, argumenta la legalidad del cacheo a varios menores de edad que emprenden la huida al percatarse de la presencia policial. Dice el texto que dichas circunstancias fundaron sospechas lo suficientemente sólidas para justificar el cacheo superficial de la fuerza pública.

⁶⁸⁹ Encontramos un acopio de sentencias, por las que los Tribunales han tratado de una forma igual a los menores de edad cuando han sido sometidos al cacheo, con respecto a los adultos, como por ejemplo; STS 1144/2009, de 18 de noviembre, STS 752/2008, de 24 de noviembre, STS 924/2013, de 4 de diciembre, SAP de Albacete 1/2013, de 4 de enero. Encontramos una sentencia que nos resulta interesante, por los argumentos que presenta. La referida sentencia es de la AP de Barcelona 1120/2007, de 5 de diciembre. Los hechos se produjeron tanto en cuanto la policía observó a dos personas hacer una transacción de dinero y droga entre ellos. Pues bien, los argumentos que arguye la defensa al Tribunal, van dirigidos a que el cacheo de un menor de edad fue ilegítimo, porque fue cacheado por la policía, desconociendo si era menor de edad o si era adulto, alegando además que por tales circunstancias, pudiera incurrir en la vulneración de la intimidad del menor. Pues bien, el Tribunal fue contundente en la exposición de sus razonamientos, ya que deja en evidencia que en la aplicación de las leyes no hay diferencia entre niños y adultos cuando expresa que ni mucho menos se vulnera el derecho a la intimidad del menor, porque fue un cacheo superficial y no un registro, dentro de las competencias de la policía en la averiguación de presuntos hechos delictivos, así como la recogida de efectos e instrumentos del delito que exige el ordenamiento jurídico específico (FJ2º).

⁶⁹⁰ La SAP de Valladolid 311/2011, de 28 de septiembre, incluso habilita a los agentes de la autoridad a realizar un cacheo superficial a un menor de edad “independientemente de la zona pública o privada” donde se realice ya que constituye un beneficio del propio menor por ser una situación de riesgo el autoconsumo de drogas tóxicas. Los agentes tuvieron sospechas cuando el menor procedió a introducir algo en el bolsillo de su pantalón. Además expresa que dicha actuación – ni mucho menos- puede afectar a la intimidad e imagen del menor, dada la forma superficial en que se realizó.

Secretaría de Estado de Seguridad anteriormente reseñada, y también a la consulta de la Dirección General de la Policía (Unidad Central de Seguridad Privada)⁶⁹¹ podemos incluir una serie de recomendaciones cuando se vaya a someter al cacheo a un menor de edad al cacheo:

- Cuando las circunstancias no sean sobrevenidas por fuerza mayor, el cacheo se deberá realizar en una zona privada y lugar discreto fuera de la vista de cualquier curioso que pudiera deambular por el lugar.

- En el supuesto de que vaya acompañado por sus padres o representante del menor, se informará a los mismos del procedimiento que se va a llevar a cabo, exponiendo los motivos y causas por el cual se va a practicar el cacheo, para que en su caso den su consentimiento. Se recomienda igualmente que estén presentes en todo momento los tutores o representantes del menor.

- Se utilizará un lenguaje apropiado a las condiciones de su edad y circunstancias sociales, cuando se le informe de los motivos del sometimiento al cacheo.

- Se atenderá siempre al principio de mínima intervención, es decir, se realizará el cacheo, si no cabe otras actividades menos lesivas para con el menor de edad. En el supuesto de poseer un aparato sofisticado susceptible para la detección de objetos peligrosos o prohibidos, se prescindirá de la praxis del cacheo.

- Se tendrá un especial interés en la protección del derecho a la intimidad, al honor, a la propia imagen y a la dignidad del menor.

X.1.4. El cacheo en los Centros de Internamiento del menor.

X.1.4.1. La relación especial de sujeción en los Centros de internamiento de menores.

Como se ha tenido oportunidad de ver en apartados anteriores, la relación especial de sujeción dentro del ámbito penitenciario, comporta el surgimiento de

⁶⁹¹ La encontramos íntegra en los BOLETINES INFORMATIVOS de la Dirección General de la Policía (Comisaría General de Seguridad Ciudadana/ Unidad Central de Seguridad Privada), nº 25, mayo de 2008.

una relación jurídica específica muy especial, mantenida de forma habitual entre los reclusos y la propia Administración. La modificación del “status libertatis” del ciudadano, coloca a la Administración en una posición de absoluta preeminencia y de garante frente al interno, generando unas medidas más restrictivas de autonomía en sus derechos por razones de seguridad y buen funcionamiento de los mismos Centros, que son, en sí, el fin primordial para el interés general de aquélla.

El punto de reflexión en este apartado, se encamina a verificar la existencia de semejanzas entre los Centros penitenciarios y los Centros de internamiento de menores, o, en sentido opuesto, las diferencias de consideración que pudieran existir. Obviamente, desde el punto de vista del tratamiento que debe aplicar la Administración con respecto al interno, podemos cuestionarnos si, dentro de un Centro de menores, existe la misma intensidad de restricción de derechos que en las Instituciones penitenciarias para adultos, y, por ende, si opera con efectividad el principio de sujeción especial.

Tradicionalmente se ha venido a considerar la prevención general y la prevención especial, como los principales objetivos del derecho penal⁶⁹². La prevención general es la esencia de cualquier código sancionador, y su propósito final no es otro que el de evitar que cualquier persona delinca si tiene en consideración, previamente, las consecuencias que el Estado aplicaría en caso de cometerse una infracción, y que consistirán en la aplicación de medidas coercitivas. En el supuesto de los Centros penitenciarios, la medida está supeditada a que los sujetos se hayan privados de libertad en aras de la reeducación y la reinserción social, aunque, en realidad, el gran objetivo es el de intimidar a futuros infractores de la norma en cuestión. Sin embargo para el derecho penal del menor, no se contempla la prevención general, puesto que entre los objetivos que se persiguen dentro de los Centros de internamiento es

⁶⁹² Incluso para PICONTO NOVALES, T., “La responsabilidad...”, op. cit., 2007, pág. 38, arguye que son mecanismos preventivos muy eficaces en términos de control social.

que éstos se conviertan en meros Centros educativos⁶⁹³ para los menores infractores y, por tanto, la medida punitiva desaparece⁶⁹⁴.

Los Centros de menores tienen una serie de medidas privativas de libertad divididas y clasificadas en nuestra actual normativa en cuatro tipos diferenciados: cerrado, semiabierto, abierto y terapéutico⁶⁹⁵. Esa privación de libertad, aun teniendo una finalidad meramente educativa, significará un cambio sustancial en el régimen de vida del menor en el Centro en cuanto que sus derechos y libertades estarán restringidos, precisamente para permitir con efectividad, el cumplimiento de los diferentes programas de intervención educativa.⁶⁹⁶

Si a ello sumamos además que, la Administración, debe cumplir cada una de las labores de custodia y aseguramiento de los menores en aras de velar por el buen funcionamiento disciplinario interno, y del orden del Centro educativo⁶⁹⁷ que regula el marco de convivencia donde ésta ha de cumplirse, podemos

⁶⁹³ La autora BENITO LÓPEZ, R., "Algunas cuestiones...", op. cit., 2008, pág. 10, define los Centros de internamiento como auténticos Centros educativos de menores.

⁶⁹⁴ En palabras semejantes se expresa nuestro autor GÓMEZ RECIO, F., "Sobre la sensación de impunidad de los menores de edad frente a la actual regulación penal", Diario La Ley, nº 5693, Sección Doctrina, 2003, pp. 1-3. Para CÁMARA ARROYO, S., "La finalidad educativa de los Centros de internamiento de menores: el hospicio como antecedente", Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá III, 2010, pág. 526, incluso va más allá, reconociendo que los Centros de menores son meramente educativos, ya que "ha sido la llave que ha abierto las puertas a nuestra actual concepción del interés del menor".

⁶⁹⁵ Nos estamos refiriendo tanto al artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como a los artículos del 23 al 27 del RLOPM.

⁶⁹⁶ En el mismo sentido refiere MONTERO HERNANZ, T., "La relación jurídica de los menores internados en Centros de reforma: sus deberes", Diario La Ley, nº 7893, Sección Doctrina, 2012, pág. 7.

⁶⁹⁷ El artículo 30, contiene las normas del menor de edad, cuyo precepto establece que "todos los Centros se regirán por una normativa de funcionamiento interno, cuyo cumplimiento tendrá como finalidad la consecución de una convivencia ordenada, que permita la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados, y asegurar la igualdad de trato a todos los menores, prestando especial atención a aquellos que presenten alguna discapacidad."

concluir, entonces, que existe una evidente relación de especial sujeción del Estado frente al menor⁶⁹⁸.

Nos parece acertada la expresión utilizada por el Tribunal Supremo cuando expresa que “aun cuando ciertamente los menores de edad penal internados por orden judicial en un Centro de menores se encuentran en una relación de sujeción especial respecto a la Administración competente —relaciones de funcionamiento— en las que las necesidades de funcionamiento de la Institución puede hacer prevalecer en algunos casos los intereses generales sobre los individuales (...)”⁶⁹⁹.

Por tanto, teniendo en cuenta todas estas consideraciones, todo apunta a que el cacheo se convierte en un instrumento eficaz, tal y como también sucede en los Centros penitenciarios para adultos, para cumplir el fin último de la Administración, que no es otro que el de velar por la vigilancia y la seguridad de los menores, legitimando el cacheo en su justa medida, y por ende, y de forma extraordinaria, el derecho a la intimidad quedará afectado de alguna manera⁷⁰⁰.

X.1.4.2. El cacheo; instrumento para una convivencia ordenada.

El artículo 54 de la Ley penal del menor dispone que las medidas cautelares, así como las medidas privativas de libertad, se cumplirán en Centros específicos educativos, con un régimen de funcionamiento que difiere con respecto al cumplimiento de las penas privativas de libertad que marca la Ley penitenciaria sobre los adultos.

Ahora bien, aun teniendo los menores una programación principalmente de intervención educativa, éstos, se regirán por una normativa disciplinaria interna.

⁶⁹⁸ CÁMARA ARROYO, S., “Internamiento de menores y sistema penitenciario”, Ed. Ministerio del Interior Secretaria General Técnica, 2010, pág. 686; sin embargo nuestro autor, difiere en dichos aspectos en buena parte de sus argumentos, ya que aduce que no cabe establecer una relación de especial sujeción en el ámbito de la regulación penal de menores. En primer lugar lo ve innecesario, ya que la propia Ley Orgánica podría regularlo con mayores garantías; y, en segundo lugar porque las medidas disciplinarias y sancionadoras de los Centros de internamiento de menores pueden revestir, inclusive, un endurecimiento mayor que la de los adultos.

⁶⁹⁹ STS 7206/2006, de 10 de noviembre.

⁷⁰⁰ En palabras similares se expresa MONTERO HERNANZ, T., “La relación jurídica de los menores internados en Centros de reforma: sus derechos”, Diario La Ley, nº 8006, Sección Doctrina, 2013, pp. 6-7.

Su debido cumplimiento ayudará a favorecer su finalidad: la consecución de una convivencia ordenada⁷⁰¹, y de este modo, se reforzará la efectiva custodia de los menores internados.

La aludida convivencia ordenada en los Centros de menores; cuya protección le incumbe a la Administración, está supeditada a realizar emergentes labores de vigilancia y de control⁷⁰² a fin de promover la ansiada seguridad del Centro.

Si el tratamiento del menor infractor dista del adulto, podemos deducir que los Centros penitenciarios deben ser forzosamente diferentes⁷⁰³ de los Centros de menores. En este sentido se expresa CÁMARA ARROYO⁷⁰⁴, cuya crítica se centra en la obligación por parte del legislador de crear un derecho penal de menores especializado con un derecho penitenciario propio, aprovechando la evolución de la legislación penitenciaria con las últimas reformas. También destacamos a BENITO LÓPEZ⁷⁰⁵, quien arguye que en los Centros de internamiento de educación de menores infractores, las sanciones disciplinarias aplicadas a los

⁷⁰¹ La convivencia ordenada se alude de forma tácita en el artículo 30 del RLOPM, con fin de permitir la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa. También expresa la norma, que la convivencia ordenada favorecerá en asegurar la igualdad de trato a todos los menores, prestando especial atención a aquellos que presenten alguna discapacidad.

⁷⁰² No hay que olvidar que las tareas de vigilancia y de control en los Centros de menores están regidas por la garantía del principio de legalidad, como así lo recoge BENITO LÓPEZ, R., "Algunas cuestiones...", op. cit., 2008, pág. 26.

⁷⁰³ Si extrapolamos dicho argumento a la detención de los menores de edad con respecto a los adultos que alude la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores, en su artículo 17, dispone diferencias significativas tales como el periodo de detención; que no podrá durar más de 24 horas; así también, los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad, recibiendo, asimismo, cuidados y protección y asistencia, tanto social y psicológica como médica y física, atendiendo a su edad, sexo, y características individuales, etcétera. En referencia al cacheo durante la detención de los menores se expresa el artículo 2.5 del RLOPM, cuando alude que se llevará a cabo en los casos en que sea estrictamente necesario y como medida proporcional para el propio menor detenido y los funcionarios actuantes, siempre y cuando no sea posible otro medio de contención física del menor.

⁷⁰⁴ CÁMARA ARROYO, S., "La finalidad educativa...", op. cit., 2010, pág. 552.

⁷⁰⁵ BENITO LÓPEZ, R., "Algunas cuestiones...", op. cit., 2008, pág. 21.

internos, además del hecho de contribuir a la efectiva garantía de convertir los Centros en una convivencia ordenada (como ocurre con los Centros penitenciarios de los adultos), servirá asimismo para contribuir a conseguir una correcta educación de los residentes.

GARCÍA DÍEZ y FERNÁNDEZ ARIAS⁷⁰⁶, justifica que la seguridad en los Centros de menores es un fin primordial que la Administración ha de salvaguardar con la mayor garantía posible. En efecto, tanto la privación de libertad como el alto nivel de frustración, dificulta que los menores puedan acatar a menudo las normas existentes en el interior de los Centros, y someterse a un contexto de reglas estructuradas. Si a ello, sumamos, por otro lado, las respuestas violentas que éstos pudieren tener; o la realización de otras conductas socialmente rechazables, como la comisión de infracciones disciplinarias; o el posible riesgo que pudiere comportar la posibilidad de que los menores porten consigo sustancias psicoactivas⁷⁰⁷; entenderemos que, todo ello, constituya, sin duda, un grave riesgo para la seguridad del Centro, y, por ende, todos estos aspectos nos conducirán a dirimir que el cacheo sea considerado un instrumento de especial importancia para el buen funcionamiento de los Centros de internamiento.

Dicho de otra manera, y atendiendo que el derecho a la intimidad de los menores no es un derecho absoluto, podemos apuntar, sucintamente, sobre la base de todo lo expuesto, que la decisión de practicar un cacheo “no debe tomarse de una manera arbitraria ni caprichosa, sino que debe, en todo caso, ponderarse de forma equilibrada la gravedad de la intromisión que comporta la intimidad

⁷⁰⁶ GARCÍA DÍEZ, M., y FERNÁNDEZ ARIAS, C., “Régimen interno y potestad disciplinaria aplicable en los Centros de internamiento de menores con medidas judiciales. Experiencias prácticas y correcta interpretación y aplicación del Reglamento de menores”, Revista científica anual IPSE-ds, Departamento de Educación de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, vol. 4, 2011, pág. 44.

⁷⁰⁷ Insiste nuestro autor en sus argumentos en una entrevista realizada como Fiscal de menores con los internos, al tratar de la facilidad con que se consumen drogas u estupefacientes en los Centros. Los internos, durante las entrevistas llevadas a cabo, reconocen que les resulta muy fácil conseguirlas.

personal y de otra, si la medida es imprescindible para la defensa de la convivencia ordenada y el buen orden que se pretende proteger”⁷⁰⁸.

Si atendemos a las normas y leyes que regulan el cacheo en los Centros de internamiento de los menores de edad, podemos aseverar que existe una estrecha relación entre intimidad y seguridad. Nos referimos a una estrecha relación; ya que como se ha podido dilucidar en apartados anteriores, las normas aluden a una protección más copiosa cuando afectan al ámbito jurídico de los menores de edad.

Por ello, en primer lugar, debemos realizar una alusión a la recomendación CM/R (2008) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas⁷⁰⁹, cuyo marco de aplicación, dirigido al registro de los internos en los Centros de internamiento, se realizará con total respeto a la dignidad de los menores por personal del mismo sexo, e incluso, apunta a la obligación de realizar una inspección íntima (como por ejemplo una inspección anal), si existieren sospechas más que razonables, y, lo cual, sólo lo llevará a efecto un médico.

En cuanto al cacheo, la mención que realiza la recomendación aludida es muy genérica, y, a este respecto, interesa observar de qué modo dicha norma insta a que los Estados miembros formen a su personal con objeto de llevar a cabo los registros efectivos.

Nos resulta interesante el hecho de la formación del personal en la práctica del cacheo; pero, al mismo tiempo, dicho precepto nos parece dubitativo o poco preciso, pues no establece unas pautas legales incluso en la misma recomendación, con la finalidad de indicar qué tipo de conocimientos teóricos o prácticos, reglados y armonizados, deben poseer de tener los funcionarios de toda Europa para la correcta ejecución de los registros en los Centros de menores.

La recomendación que acabamos de citar, se pronuncia también sobre la legalidad de registrar a los visitantes en caso de existir una sospecha razonable

⁷⁰⁸ DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA, “Informe especial sobre la atención a menores infractores en Centros de internamiento de Andalucía”, Ed. Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2014.

⁷⁰⁹ En la referida recomendación, hace mención al cacheo, cuando alude al término “registro”, en el artículo 89.

que nos induzca a pensar que se está ocultando algún objeto susceptible de amenazar la protección y la seguridad de la Institución. Este aspecto, parece aún más impreciso, puesto que no expresa concretamente si los visitantes, a los que está refiriendo, son las personas ajenas a las Instituciones de internamiento que van a visitar a los internos; o bien, se está refiriendo a los propios internos que ingresan, por primera vez al Centro. En este sentido, y sin ir más lejos, aquí en España, todos los Centros de internamiento disponen de unos mecanismos sofisticados, entre otros, de detección de metales etc., para el control de acceso a los Centros, justificados por la imperante necesidad de salvaguardar su fin primordial: la seguridad y la educación en los Centros de internamiento.

La norma marco que regula los cacheos y registros en los Centros de internamiento de menores está implícita en el RLOPM. Por ello dedica un capítulo íntegro⁷¹⁰ sobre la vigilancia y seguridad, donde se faculta a los trabajadores de los mismos a contribuir al normal desarrollo del orden y la convivencia.

El Reglamento está inspirado principalmente en la normativa penitenciaria del artículo 64 al 71⁷¹¹, a la hora de regular la vigilancia y seguridad de los Centros de internamiento educativos. Se introducen aspectos relevantes y significativos en cuanto a la utilización de los medios de igual eficacia como mejor opción, dando preferencia a los de carácter electrónico. A este respecto, mediante el principio de subsidiariedad⁷¹² está emergente, ya que el legislador, concedor del avance de la

⁷¹⁰ Artículo 54.

⁷¹¹ En el mismo sentido se expresa GARCÍA DÍEZ, M., y FERNÁNDEZ ARIAS, C., "Régimen interno...", op, cit., 2007, pág. 44.

⁷¹² El principio de subsidiariedad, está presente también en el desnudo integral, regulación similar con respecto de la Ley penitenciaria. El RLOPM lo regula en su artículo 54.5.d) en los siguientes términos: "Solamente por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el menor 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 Centro, y cuando no sea posible la utilización de medios electrónicos, se podrá realizar el registro con desnudo integral, con autorización del Director del Centro, previa notificación urgente al juez de menores de guardia y al fiscal de guardia, con explicación de las razones que aconsejan dicho cacheo (...). Una vez efectuado en su caso el cacheo, se dará cuenta al Juez de menores y al Ministerio Fiscal de su realización y del resultado obtenido. e) Si el resultado del registro con desnudo integral fuese infructuoso y

tecnología más sofisticada, y en atención al respeto de la dignidad y los derechos fundamentales de la persona, prefiere prescindir de los métodos más agresivos; tales como la utilización del cacheo, a favor del uso preferente de arcos fijos y portátiles de detectores de metales, sistema de detección de explosivos, equipos de rayos X entre otros.

Su justificación estriba en la casuística puesto que la utilización de estos aparatos fijos, con objeto de detectar objetos a la entrada de los internos, persigue un fin u objetivo: garantizar, en todo momento, la seguridad en el Centro. No obstante la realización del cacheo a un interno, in situ, y de manera inmediata, deberá reunir unos requisitos mínimos, sopesando la proporcionalidad e idoneidad del cacheo, y teniendo siempre presente que cabe la posibilidad de que desaparezcan objetos o sustancias prohibidas en el supuesto caso de prescindirse de esta práctica.

Del mismo modo, el Reglamento resalta que el registro del menor se efectuará por una persona del mismo sexo y en un lugar cerrado, preservando en todo momento, su intimidad, y el cual consistirá en el registro de las ropas, enseres personales. La norma aconseja, por otro lado, realizar estos registros en presencia siempre del interno.

A tenor del cuidado más exhaustivo que se debe realizar durante la práctica del cacheo a los menores de edad con respecto a los adultos en un régimen de especial sujeción; opinamos que no existe ninguna diferencia sólida con respecto a la de los adultos, toda vez que los requisitos en el cuidado de los derechos en la ejecución del cacheo, tiene un calado similar a los de las instituciones penitenciarias.

CÁMARA ARROYO⁷¹³, reconoce algunas diferencias, aunque más bien conducidas a la flexibilización de las medidas de seguridad; como los dormitorios comunes, las macro-estructuras de los Centros tipo penitenciarios, etc. No obstante, hemos de recordar en ambos casos –atendiendo al tema que nos ocupa–, que “la decisión de practicar un cacheo o registro personal (referido a los menores), no debe tomarse de una manera arbitraria ni caprichosa, sino que debe,

persistiese la sospecha, se podrá solicitar por el Director del Centro a la autoridad judicial competente la autorización para la aplicación de otros medios de control adecuados.”

⁷¹³ CÁMARA ARROYO, S., “La finalidad educativa...”, op. cit., 2010, pág. 526.

en todo caso, ponderarse de forma equilibrada la gravedad de la intromisión que comporta la intimidación personal y de otra”⁷¹⁴.

Merece exclusiva atención destacar el Informe especial que en diciembre del año 2014, emitió el Defensor del menor en Andalucía tras la realización de una encuesta rigurosa a los menores internos, referida a la práctica del cacheo en los Centros de internamiento. En él se refleja que el sometimiento de aquéllos al cacheo es una práctica habitual y común, manifestando sentirse incómodos con ésta⁷¹⁵. Podemos deducir, por tanto, que la praxis del cacheo es asidua, atendiendo a las respuestas dadas por los menores a las preguntas referida sobre la práctica de los desnudos integrales y registros. Asimismo, la respuesta mayoritaria apuntaba a que ésta se realizaba siempre después de cada salida e, incluso, un porcentaje del 6% de los encuestados reconocía que se practicaba de forma periódica (semanal o mensualmente).

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, 391/2012 de 17 de julio, también apoya la hipótesis de que en los Centros de internamiento los menores están sometidos a un intenso control. Dicha sentencia anulaba el recurso de la Junta de Extremadura que había expedientado a unos trabajadores de un Centro de menores por negarse éstos a hacer desnudos integrales de forma habitual, por no ser de su competencia.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de la responsabilidad penal de los menores, regula en su artículo 45; que la ejecución de las medidas corresponderá a las Comunidades Autónomas, cuyas competencias versarán acerca de garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en la Ley, tanto las respectivas normas de organización, creación, dirección, organización y gestión de los servicios, como de instituciones y programas adecuados. Asimismo podrán establecerse convenios o acuerdos de colaboración, que resulten necesarios, con otras entidades, bien sean públicas procedentes de la Administración del Estado,

⁷¹⁴ GARCÍA DÍEZ, M., y FERNÁNDEZ ARIAS, C., “Régimen interno...”, op. cit., 2007, pág. 45. En los mismos términos se expresa el DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA, “Informe especial...”, op. cit., 2014, pág. 334.

⁷¹⁵ Los menores opinaban en las encuestas de forma mayoritaria, que la frecuencia del cacheo se debería reducir, aconsejando incluso, que dichas prácticas se realizaran únicamente mediante la raqueta de detector de objetos.

Local o de las Comunidades Autónomas, o bien privadas sin ánimo de lucro, con fin de llevar a término la ejecución de las medidas de su competencia.

La patente e indudable frecuencia con la que los trabajadores de estos Centros de educación utilizan los correspondientes métodos de indagación corporal hacia los menores —como el caso del cacheo—, promovió que las Comunidades Autónomas, desarrollaran procedimientos, protocolos y formas de actuación más adecuadas, acordes y extensas sobre las medidas de vigilancia y seguridad en el interior de los Centros, mediante la promulgación de normas internas para el cumplimiento de las medidas privativas de libertad de los menores en los Centros de internamiento de educación. Como ejemplo, podemos aludir a Comunidades Autónomas como las del País Vasco⁷¹⁶, Canarias⁷¹⁷, Cantabria⁷¹⁸ o Andalucía⁷¹⁹ entre otras.

Destacamos el Decreto 80/2009, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ya que deja en manos del Servicio de Justicia Juvenil o la Dirección del Centro, la realización de las inspecciones de los locales y dependencias del Centro en cuestión, con la periodicidad y condiciones legalmente establecidas.

Igualmente favorece que, para evitar la introducción o tenencia de cualquier objeto no autorizado, se considere precisa la utilización de medios electrónicos, o

⁷¹⁶ Decreto 80/2009, de 21 de abril, sobre Centros educativos de cumplimiento de medidas privativas de libertad en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁷¹⁷ Decreto 36/2002, de 8 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Centros para la ejecución de medidas de internamiento de menores y jóvenes infractores dictadas por los juzgados de menores. Así también como la Orden de 1 de marzo de 2011, por la que se aprueban las Normas de Funcionamiento Interno de los Centros de Internamiento Educativo para menores infractores de Canarias. Y la resolución de 11 de septiembre de 2014, por la que se establecen las instrucciones y órdenes de servicio del Documento 1 “Protocolo de Registros a Personas y Dependencias en los Centros de Internamiento Educativo para Menores Infractores de la Comunidad Autónoma de Canarias”, relativo al protocolo de actuación en materia de vigilancia y seguridad interior.

⁷¹⁸ Instrucción de servicio para el funcionamiento del Centro Socio Educativo Juvenil del Gobierno de Cantabria: “Reglamento de Régimen Interno”, 2001.

⁷¹⁹ Decreto 98/2015, de 3 de marzo, por el que se regula la organización, funcionamiento y características de los Centros de Internamiento de Menores Infractores de Andalucía y se crea la comisión Andaluza de Centros de Internamiento de Menores Infractores.

de palpación que sean necesarios⁷²⁰, con la finalidad de materializar el registro a un menor que se encuentre en el Centro educativo, prohibiendo, en todo caso, eso sí, que éste se desaparezca de su ropajes.

El Reglamento de Régimen Interno del Gobierno de Cantabria introduce además, en su articulado, el registro y control de los vehículos que entren o salgan de los Centros, señalando asimismo que se intervendrán el dinero, los objetos de valor no autorizados, así como aquellos otros que se consideren peligrosos para la seguridad o convivencia del Centro, o que sea de procedencia ilícita.

Pero sin duda, la Comunidad Autónoma de Canarias, ha sido la que más ha contribuido mediante la elaboración de un protocolo en materia de vigilancia y seguridad⁷²¹, asentándolo sobre unas bases sólidas bien consolidadas, que han contribuido para que los trabajadores y el personal de los Centros actúen de una forma adecuada.

La citada resolución, relativa a la actuación en materia de vigilancia y seguridad, es un referente a nivel nacional, por el abanico tan amplio que establece sobre la determinación de la forma y condiciones en las que se han de realizar los cacheos de los internos y los registros de sus propias dependencias. Igualmente establece una planificación mensual, para realizar cacheos a los residentes y sus habitaciones; todo ello estará programado mensualmente en un reunión realizada previamente por la Comisión de Seguridad de cada Centro, que, como mínimo constarán de cuatro registros ordinarios al mes por cada habitación, más una revisión mensual de las pertenencias de la habitación.

Los registros se llevarán a cabo por el personal educativo que ejerza las funciones de educadores, en presencia del Coordinador del interior. Además se realizará en presencia de dos personas más, obviamente, en casos de urgente necesidad. Se informará al interno de que va a ser cacheado y sus ropas registradas.

⁷²⁰ Artículo 32.

⁷²¹ Resolución de 11 de septiembre de 2014, por la que se establecen las instrucciones y órdenes de servicio del Documento 1 "Protocolo de Registros a Personas y Dependencias en los Centros de Internamiento Educativo para Menores Infractores de la Comunidad Autónoma de Canarias", relativo al protocolo de actuación en materia de vigilancia y seguridad interior.

Llama la atención, incluso, lo meticuloso que resulta ser el citado protocolo, cuando alude, en su artículo 5.2, la forma por la cual se debe proceder a registrar al menor y que se llevará a término del siguiente modo: se registrará la chaqueta o abrigo, así como el calzado, se revisará el cuello de la camisa, la cintura del pantalón, su boca, su pelo, etcétera; así también como se reseñarán todos los objetos y sustancias prohibidas.

Del mismo modo introduce la obligación de los menores de los Centros a ser cacheados, toda vez que si éstos se negasen a ello, se les trasladará a la unidad de intervención especializada, activándose un protocolo de medidas de seguridad. Las sospechas podrán sobrevenir por actitudes tales como; “mantener posiciones forzadas a la hora de practicarles el registro del personal, activación del detector manual de metales (se utilizará un único detector, siempre el mismo), la presencia de olores y ambiente cargado que evidencien que se ha fumado o quemado algo en la habitación, la observación por parte del personal o información”.⁷²²

X.2. TRATAMIENTO JURÍDICO CON PERSONAS TRANSEXUALES.

X.2.1. Marco Institucional Internacional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948 a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas, instó a todos los países para que los derechos fundamentales, los valores humanos, la igualdad entre la ciudadanía y la dignidad de todo ser humano sean hiperprotegidos, fundamentalmente para salvaguardar sus derechos y libertades.

El artículo 2 reseña que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. El término “cualquier otra condición”, encajaría perfectamente para aquellas personas que son tratadas como transexuales, ya que por aquella época, los organismos no

⁷²² Artículo 7.

tuvieron especial consideración a dicho colectivo⁷²³.

Dos años más tarde, en el continente europeo, los gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, firmaron el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁷²⁴. En términos muy similares a la Declaración Universal, incluye en su artículo 14, la protección de cualquier ataque arbitrario que ponga en peligro la igualdad de trato por motivos de género o cualquier otra condición de los ciudadanos⁷²⁵.

En 1989, ante la necesidad de dotar de una especial regulación jurídica a las personas transexuales, en cuanto que durante mucho tiempo este colectivo se ha caracterizado por el padecimiento que ha venido sufriendo a consecuencia de situaciones de desigualdad, marginación y exclusión social⁷²⁶, tanto la

⁷²³ Actualmente, el término indeterminado “cualquier otra condición”, no podría encagar dentro de la definición de la transexualidad, ya que, como bien se explicará en apartados ulteriores, se encuentra asociado al sexo en su sentido estricto.

⁷²⁴ GINER ALEGRÍA, C.A., “Las medidas...”, op. cit., 2014, pág. 319.

⁷²⁵ La discriminación por el sexo ha tenido su repercusión en numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, protegido por el aludido artículo 14 del referido Convenio. Citamos la Sentencia del Caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, 21 de diciembre de 1999 ya que el demandante reprocha al Tribunal de Apelación de Lisboa que concediera a su ex pareja, en lugar de al varón, la patria potestad de su hija, basándose exclusivamente en su orientación sexual. El Tribunal valora que existe una violación del artículo 8 del convenio, en relación con el artículo 14 del Convenio. La sentencia de Karlheinz Schmidt contra Alemania, 18 de julio de 1994 Serie A, nº 291, expresa en el apartado 24 que la diferencia de trato en el sentido del artículo 14, si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo y si los medios empleados no son razonablemente proporcionales al fin perseguido.

⁷²⁶ La doctrina, en términos generales, se ha hecho eco, de la impasibilidad de los países de nuestro entorno, en proteger la vulnerabilidad social en que se encontraban las personas transexuales. Destacamos a DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “Transexualidad y restricción del régimen de visitas”, Revista crítica de derecho inmobiliario, nº 713, 2009, pág. 1520, así también como ÁLVAREZ CUESTA, H., “Igualdad y no discriminación en el trabajo por razón de identidad sexual”, Revista del derecho social, nº 65, Ed. Bomazo, 2014, pág. 93. También refieren dicho aspecto leyes actuales, como la exposición de motivos de la Ley 8/2014, de 28 de octubre, aprobada por el Parlamento de Canarias sobre la “no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales”, también el apartado segundo de la exposición de motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, así también como, en la Instrucción 7/2006, de 9 de marzo,

Recomendación 1117/1989 de 29 de septiembre del Consejo de Europa, sobre la condición de los transexuales, así como la Resolución del Parlamento europeo del 12 de septiembre de 1989⁷²⁷, sobre la discriminación de los transexuales, a pesar de realizar una definición de la transexualidad⁷²⁸, todavía lejos de la definición jurídica que se practica en nuestros días, alentó a los Estados miembros para llevar a cabo una regulación armonizada, que sirviera de acondicionamiento con el fin de incluir una serie de medidas para este colectivo; como es el tratamiento efectivo de la seguridad social, el derecho a cambio de nombre y la inscripción de sexo en la partida de nacimiento entre otras medidas.

Todo ello, y unido al acopio de normativa internacional que posteriormente se ha ido aprobando de forma progresiva, se asentó en Europa y en el resto del mundo, unas bases lo suficientemente contundentes para el reconocimiento del pluralismo de la identidad sexual, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres⁷²⁹.

de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre Integración Penitenciaria de personas transexuales.

⁷²⁷ Publicado en el DOC. A. 3-16/89.

⁷²⁸ La Recomendación 1117/1989 define la transexualidad como “un síndrome que se caracteriza por la existencia de una doble personalidad, una física y otra psicológica, y que por una convicción tan profunda de pertenecer al otro sexo que la persona transexual se ve impelida a pedir que se le practique la correspondiente transformación corporal”.

⁷²⁹ Destacamos El Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, firmado en Maastricht. La resolución sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A-0028/94) del 8 de febrero de 1994 (DOC 18/02/94), cuyo objetivo es la supresión de todas las disposiciones jurídicas que criminalicen y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000/C-364/01, en el artículo 21 prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo u otra orientación sexual. La Resolución nº 2435 de 3 de junio de 2008 de la Asamblea General de los Estados Americanos, en materia de derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. La Recommendation CM/Rec (2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity (Adopted by the Committee of Ministers on 31 March 2010 at the 1081st meeting of the Ministers’ Deputies). La Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos (Principios Yogyakarta), 17/19 del 2011 sobre los “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”; podríamos definir el principio de Yogyakarta como el documento que contiene una serie de principios legales, cuyo objetivo se concibe como una aplicación práctica de los derechos humanos referidos a las normas del derecho internacional, en

X.2.2. Marco Institucional en España.

En el título primero “De los Derechos y Deberes Fundamentales” de la Carta Magna, existen dos artículos sobradamente importantes y concluyentes, para defender el derecho a la identidad sexual de cualquier ciudadano español.

El artículo 14, consolida la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Por lo tanto, se constituye como un “derecho subjetivo de todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos”⁷³⁰.

La condición de transexual no fue recogida expresamente en el referido artículo de la CE, pero no por ello podemos dejar de aseverar que con la última frase del artículo referido a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, es indudable que las personas transexuales disfrutan, al igual que el resto de ciudadanos, de la misma protección jurídica en cuanto se prohíbe tajantemente cualquier forma de discriminación o exclusión de las personas transexuales⁷³¹.

No obstante, consideramos aún más importante el artículo 10.1⁷³² de la CE en la defensa de los derechos de los transexuales⁷³³. El Tribunal Constitucional deduce que dicho artículo; refiriéndose a la íntima vinculación de la dignidad de

relación a la orientación sexual y a la identidad de género, en unos textos legalizados para que tanto las Naciones Unidas y los Estados prosperen en garantizar la protección de los Derechos Humanos de todo ser humano. Y por último señalamos la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183 INI).

⁷³⁰ DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “Transexualidad...”, op. cit., 2009, pág. 1519.

⁷³¹ En un mismo sentido arguye DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “Transexualidad...”, op. cit., 2009, pág. 1520.

⁷³² Reza dicho precepto que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

⁷³³ La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, establece en su exposición de motivos, que modificar la asignación registral del sexo de un ciudadano que lo desee por considerar que la identidad de género no le corresponde, tiene una estrecha relación con el disfrute del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas.

la persona con respecto al desarrollo de la personalidad, que tiene “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”⁷³⁴.

Ahora bien, no será efectivo tal precepto Constitucional, si los poderes públicos no promueven las condiciones para que la igualdad promulgada por el artículo 9.2 de la CE sea real y efectiva, y, favorezca, consecuentemente, así, a todos los ciudadanos que participen en cada uno de los ámbitos sociales⁷³⁵.

BUSTOS MORENO, realiza una alusión acertada conforme al referido artículo que “el derecho a la identidad sexual ha venido siendo considerado expresión del libre desarrollo de la personalidad y de sus dignidad”⁷³⁶. También GAVIDIA SÁNCHEZ⁷³⁷ arguye, en sus argumentos, que el respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, implica, que ésta sea respetada cualquiera que fuere su sexo. Consecuentemente la pertenencia a una de estas dos entidades de género no puede ser ficticia, sino “que toda persona tiene derecho a que se determine su verdadero sexo y se le trate conforme a él (...) en todo esto, al menos consiste el derecho a la identidad sexual, como un derecho de la personalidad, que tiene su fundamento constitucional con respecto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad”.

La sentencia del Tribunal Supremo que, dilucidando sobre el cambio de nombre y sexo de un individuo, ha considerado que dicha transformación suponía una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona como una interpretación extensiva del artículo 10.1, “a fin de permitir el adecuado asentamiento social a quien siendo cromosómicamente de sexo masculino, por las razones de tipo psicológico y

⁷³⁴ STC 53/1985, de 11 de abril. FJº8.

⁷³⁵ En el mismo sentido arguye ELVIRA PERALES, A., “Transexualidad y derechos”, *Revista General del Derechos Constitucional*, nº 17, Universidad Carlos III de Madrid, 2013, pág. 8.

⁷³⁶ BUSTOS MORENO, Y.B., “La transexualidad de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo”, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, pág. 112.

⁷³⁷ GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., “El matrimonio del transexual (y ii) el marco constitucional y conclusión”, *Revista de derecho privado*, nº 2002-09, 2002, pág. 46.

extravoluntario, dado su psique, sus formas externas y hasta cierto punto hoy también internas, no es ya física ni socialmente varón”⁷³⁸.

Ahora bien, el cambio con mayúsculas en el reconocimiento de los transexuales en España, estuvo precedida, en primer lugar, por la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, “por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, sea cual sea el sexo de los contrayentes, así como permitirles el acceso a los beneficios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos.

Y en segundo lugar, y mucho más importante para el avance de la consolidación de los derechos de las personas transexuales, fue la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, ya que posibilita a toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y, obviamente, con capacidad suficiente para obrar jurídicamente, la realización de una rectificación de la citada mención registral del sexo, cuyo resultado conllevará aparejado el cambio de nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral (art. 1). Esta Ley nos servirá en el apartado ulterior para delimitar el concepto de la persona transexual, ya que nos indicará cuáles son los requisitos mínimos por los que se concede la rectificación del sexo a la persona que estimare oportuno solicitarla.

Por último, nos resulta interesante resaltar la variedad de Leyes que han ido aprobando las diferentes Comunidades Autónomas⁷³⁹, originando un afianzamiento más contundente en la defensa de los derechos y la igualdad de los transexuales. Todas estas Leyes tienen como objetivo común, la regulación de

⁷³⁸ FJº13, de la STS, 9445/1988, de 15 de julio.

⁷³⁹ A modo de ejemplo señalamos, la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura. Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia de Cataluña. Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Canarias.

unos principios, medidas y procedimientos en aras de garantizar la igualdad real y efectiva de sus derechos, así como evitar cualquier tipo de discriminación.

Incluso la reciente Ley de Extremadura aprobada en el año 2015, hace hincapié en la protección efectiva contra cualquier tipo de discriminación, incluida la que pudiere derivarse durante la praxis del cacheo, toda vez que los principios fundamentales que han de regir la actuación tanto de las personas físicas o jurídicas como de los poderes públicos, recogidos en el artículo 3 de la citada norma, garantizan, en su apartado 3.d), esa protección efectiva aludida anteriormente contra cualquier acto o agresión que afectare a la integridad física, psíquica o del honor de la persona por razón de su orientación sexual, directa o indirectamente, así como, se deduce por el apartado 3.f), la supresión de cualquier injerencia arbitraria o ilegal que afectare a la privacidad de los individuos.

X.2.3. Aproximación conceptual.

Con el fin de llevar a cabo la realización del análisis sobre la legitimidad del cacheo a las personas transexuales, antes, debemos de acotar su definición, dado que el estudio sobre su limitación no es tarea fácil, principalmente producido por la ambigüedad de algunos matices que ulteriormente referiremos. La exposición de este apartado, la consideramos de vital importancia, ya que proporcionará el conocimiento más adecuado y preciso, sobre el tratamiento jurídico del cacheo a los individuos transexuales.

Actualmente, la Organización Mundial de la Salud califica la transexualidad como el “deseo de vivir y de ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, que suele acompañarse de sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio y de deseos de someterse a un tratamiento quirúrgico u hormonal para hacer que el propio cuerpo concuerde lo más posible con el sexo preferido”⁷⁴⁰, y el manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales⁷⁴¹

⁷⁴⁰ ELVIRA PERALES, A., “Transexualidad...”, op. cit., 2013, pág. 1. En el mismo sentido define la transexualidad la Recomendación 1117, de 29 de septiembre de 1989, del Consejo de Europa, sobre la condición de transexuales, por “un síndrome que se caracteriza por la existencia de una doble personalidad, una física y otra psicológica, y que por una convicción tan profunda de pertenecer al otro sexo que la persona transexual se ve impelida a pedir que se le practique la correspondiente transformación corporal”.

eliminó en el 2013 la consideración de la transexualidad como un trastorno mental.

La RAE define al transexual de dos formas, una se refiere a que es “la persona que mediante tratamiento hormonal e intervención quirúrgica adquiere los caracteres sexuales del sexo opuesto”, y también “dicho de una persona: que se siente del otro sexo, y adopta sus atuendos y comportamientos”⁷⁴². Para ÁLVAREZ CUESTA⁷⁴³, las condiciones que engloban el término transexual, no tienen por qué significar que la persona transexual tenga que ser intervenido quirúrgicamente; pero sin embargo, sitúa como requisito adicional, que su práctica —al menos— constituya en vestirse con ropa del sexo contrario.

Estos conceptos dejan de tener especial relevancia, si atendemos a la regulación de la Ley 3/2007, cuyo objetivo se centra en el cambio de sexo, sin necesidad de intervención quirúrgica, ni de un cambio de identidad sexual que suponga adoptar atuendos o comportamientos del sexo con que se sienta identificado, en cuanto que “debemos de partir de la base de que el sexo va más allá de la simple apreciación visual de los órganos genitales externos presentes en el momento del nacimiento (...) se trata de una realizada compleja, consecuencia de una cadena de eventos cromosómicos, gonadales y hormonales entre otros”⁷⁴⁴.

La alusiva Ley, define la transexualidad como un cambio de identidad de género. Para BUSTOS MORENO⁷⁴⁵ el transexual es un individuo que tiene su identidad sexual en conflicto con su anatomía sexual, es decir “el individuo se siente preso en el cuerpo equivocado, padeciendo el grado más extremo de trastorno de identidad sexual”.

La referida identidad de género —que arguye la Ley 3/2007 para definir la transexualidad—, es entendida por la psicología como “la vivienda interna e individual del género tal como cada persona la siente, es una circunstancia

⁷⁴¹ En inglés Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-V).

⁷⁴² Real Academia de la Lengua Española. www.lemma.rae.es/drae/?val=transexual, (consultado el 28 de mayo del 2015).

⁷⁴³ ÁLVAREZ CUESTA, H., “Igualdad...”, op. cit., 2014, pág. 94.

⁷⁴⁴ Exposición de Motivos de la Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

⁷⁴⁵ BUSTOS MORENO, Y.B., “La transexualidad...”, op. cit., 2008, pág. 27.

personal que puede corresponder o no con el sexo asignado conforme la criterio habitual de la simple apreciación visual de los órganos genitales externos presentes en el momento del nacimiento⁷⁴⁶.

Podemos deducir, en este sentido, que la identidad de género está asociada a un sentimiento interno de la persona en cuestión, al encontrarse más desarrollada la parte de su personalidad correspondiente al sexo opuesto con respecto al sexo inicial de su nacimiento, y que no tiene por qué estar asociado, o derivar comportamientos, expresiones o características de un sexo determinado, como puede ser el tipo de la vestimenta, el modo de hablar o incluso los modales⁷⁴⁷.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, se dejan unas bases bien consolidadas para que los miembros pertenecientes al colectivo de transexuales puedan modificar el sexo en el registro civil sin necesidad de someterse a tratamientos médicos con cirugías de reasignación sexual.

No obstante, La Ley exige unos requisitos mínimos con el fin de acordar la rectificación en el registro civil. Existen dos opciones. La primera está referida a que se le diagnostique al solicitante una disforia de género⁷⁴⁸ acreditado mediante un informe médico o psicológico clínico, cuyo profesional que lo dictamine debe hallarse colegiado en España (art. 4.1.a); pero aun así debe de cumplir de todos

⁷⁴⁶ Exposición de hechos de la Ley de la Comunidad de Canarias 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales y en el preámbulo de la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos (Principios Yogyakarta), 17/19 del 2011 sobre los "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género".

⁷⁴⁷ Sin embargo, ÁLVAREZ CUESTA, H., "Igualdad...", op. cit., 2014, pág. 97, expresa que la identidad de género está vinculada a estas expresiones que socialmente son típicas de un sexo en concreto.

⁷⁴⁸ ÁLVAREZ CUESTA, H., "Igualdad...", op. cit., 2014, pág. 94, considera la disforia de género como un término utilizado para designar una insatisfacción resultante del conflicto interno de la persona de la identidad de género con respecto a su sentimiento. Además BUSTOS MORENO, Y.B., "La transexualidad...", op. cit., 2008, pp. 133-136, refiere a que la disforia de género es sinónimo de un trastorno de la identidad de género, aportando además que fue introducido en la literatura médico por FsiSK en 1973 (asociado al transexualismo) y produce ansiedad como consecuencia del conflicto de la identidad sexual.

modos, a su vez, dos requisitos. Entre esas condiciones, expresa la Ley que debe:

- “Existir una disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.

- A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior”.

Este articulado, bajo el punto de vista del que suscribe, es una revolución, ya que la Administración rehusará exigir como requisito al cambio de sexo, el hecho de tener que someterse a una intervención quirúrgica o de cirugías para transformar sus anatomías sexuales.

La segunda opción para solicitar la rectificación registral del sexo, está referida a lo que comúnmente se conoce como “cambio de sexo en sentido estricto”, es decir, una reasignación total de los órganos sexuales y de su cuerpo. No obstante, exige la Ley exige que el individuo haya sido tratado previa y médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado. Como condición a la acreditación de este requisito se efectuará un informe médico colegiado o en su defecto mediante un informe de un médico forense especializado.

La STS de lo civil, 8700/1989, de 2 de julio significó, hasta la promulgación de la Ley 3/2007, una primera revolución en el criterio de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo⁷⁴⁹ en cuanto respaldó jurídicamente la modificación del derecho registral para el cambio del sexo y el nombre. El Tribunal consideró otorgar la transexualidad a aquellas personas que realicen una “operación quirúrgica que ha dado como resultado una morfología sexual artificial de órganos externos e internos practicables similares a los femeninos,

⁷⁴⁹ FOSAR BENLLOCH, E., “El reconocimiento de la transexualidad en la sentencia de la Sala de Lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987; y en los dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos: Casos Van Oosterwijk contra Bélgica -1 de marzo de 1979- y Rees contra Reino Unido -12 de diciembre de 1984”, Documentación del Ministerio de Justicia, nº 1476, 1987, pág. 101. ÁLVAREZ CUESTA, H., reconoce en esta sentencia que es la primera vez el derecho a la modificación registral en los asuntos referidos al sexo y al nombre, (“Igualdad...”, op. cit., 2014, pág. 98).

unidos a una serie de caracteres de que ya se hizo mérito anteriormente⁷⁵⁰. La línea jurisprudencial posterior a la referida Ley, incluso de forma retroactiva, ha empezado a reconocer el cambio de sexo sin necesidad de una intervención quirúrgica.

En esta línea, destacamos como pionera la STS 929/2007, de 17 de septiembre, expresando en su fundamento jurídico cuarto que “la necesidad de un intervención quirúrgica de reasignación, pues, no parece justificada como presupuesto de una modificación del tratamiento de la persona interesada que, ciertamente, se presenta como afectada por un síndrome, por un estado patológico que exige un tratamiento que, obsérvese, no se dirige a corregir la tendencia hacia el sexo fenotípico o genotípico, sino hacia el psíquico o anímico, tratando de aproximar el soma hacia la psique, y no a la inversa”⁷⁵¹.

Si también atendemos al término transgénero, el cual se refiere a todas aquellas personas que se sienten del sexo opuesto, con respecto al sexo que biológicamente han nacido, sin la necesidad de transformar su fisiología a tal condición⁷⁵², podemos concluir que dicho término está absolutamente asemejado al concepto de transexualidad, con la diferencia de que éste último ha obtenido un cambio en el registro civil del sexo.

⁷⁵⁰ FJ 2º, de la STS 4665/1987, de 2 de julio. Además en el mismo sentido se expresa en la FJ 3º de la STS 2141/1991, de 19 de abril; “ (...) el transexual recurrente puede aceptarse por vía de reglas de experiencia y hechos probados, y se caracteriza por el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología genital, b) Por tanto, la resolución que ha de adoptarse ha de producir efectos jurídicos, pues el punto de vista puramente biológico no puede aceptarse en tanto en cuanto respecto del mismo no puede haber cambio de sexo, ya que continúan inmutables los cromosomas masculinos, c) Y en esta dirección puede decirse que en el ambiente en que se mueve el recurrente (tanto social como familiar o personal) es evidente que ha habido un cambio social de sexo, como se deduce de los hechos probados”.

⁷⁵¹ En el mismo sentido citamos la STS 465/2009, de 22 de septiembre.

⁷⁵² Tanto la Ley 11/2014 de Cataluña como la Ley 8/2014 de Canarias, refieren dicha definición en su preámbulo y exposición de motivos respectivamente.

X.2.4. Tratamiento jurídico en la praxis del cacheo.

Teniendo presente lo expuesto en los apartados anteriores que acabamos de tratar, nos vemos obligados a analizar, desde una óptica estrictamente jurídica el requisito que delimita las actuaciones encaminadas a la práctica de los cacheos. Comenzamos reseñando una sentencia relativamente reciente del Tribunal Supremo⁷⁵³, que sintetiza lo que la doctrina jurisprudencial ha pronunciado sobre el tema que nos ocupa.

La jurisprudencia, nos recuerda de forma unánime, que cualquier cacheo que se practique, deberá realizarse por personas del mismo sexo; continúa reseñando, la sentencia referida en el apartado anterior, a modo de claro ejemplo, la legitimidad del cacheo llevado a cabo por una agente femenina, arguyendo que “la práctica del cacheo de la inculpada por una agente femenina, limitándose a palpar sobre su ropa el cuerpo, aun contorneando la zona pectoral, no puede calificarse como una intromisión en el ámbito protegido (...)”⁷⁵⁴.

También en el ordenamiento jurídico español, se hace mención, de forma expresa, a dicho requisito. En primer lugar en materia penitenciaria el RP, aunque sólo se refiere al desnudo integral de los internos, resalta que se deberá realizarse por funcionarios del mismo sexo (art. 68. 3). Del mismo modo, la convivencia de los transexuales en un régimen de privación de libertad es de vital importancia para salvaguardar su intimidad y avanzar sobre una integración social normalizadora, tanto dentro como fuera de los Centros penitenciarios, por eso, la Administración está obligada a separar los internos en los módulos correspondientes a los internos según su identidad de género.

Ante tal complejidad, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, se pronunció a tal respecto sobre la “integración penitenciaria de personas transexuales (instrucción 7/2006 de 6 de marzo), otorgando un protocolo de actuación con respecto a dicho colectivo, en aras de formalizar la separación interior de los Centros por razón de su identidad sexual aparente.

Con la finalidad de que el preso afectado pueda ingresar en el correspondiente módulo, según su identidad de género, el interno interesado

⁷⁵³ STS 156/2013, de 7 de marzo.

⁷⁵⁴ STS 1171/1997, de 29 de septiembre.

habrá de solicitarlo a la Administración penitenciaria, que, en el plazo de 30 días, deberá contestar mediante un informe psicológico positivo o negativo. Este informe estará justificado por la simple disonancia entre el género fisiológico de origen y la psique del solicitante. La coincidencia y estabilidad de ésta disonancia con la trayectoria psicosocial deberá de contener un período suficiente de, al menos, doce meses. Como se ha podido comprobar, en esta Instrucción, se rehúsa exigir al interno una morfología genital acorde con su identidad de género, muy similar como posteriormente legislará la citada Ley 3/2007.

No obstante, la Instrucción cita en el apartado de los “derechos y deberes” de los transexuales, y de una forma muy ambigua, que el cacheo a este colectivo se deberá realizar “por métodos electrónicos y, en todo caso, con respeto a la identidad de género reconocida”.

Entendemos pues, que dicha Instrucción, deja abierta la posibilidad o más bien, otorga un derecho, para que a los internos, que se les haya concedido la separación de módulos acorde con su identidad sexual, se les someta únicamente a la práctica del cacheo, por medio de aparatos móviles o estáticos electrónicos. Sin embargo, cuando el texto reseña el reconocimiento de este derecho “con respeto a la identidad de género”, nos resulta de tal ambigüedad, que puede dar a entender que está dirigida para aquellas personas que o bien no hayan solicitado la separación, o bien, para aquellos internos que, una vez solicitada la separación, se encuentren todavía en el plazo, o margen legal, previo a la resolución definitiva.

Por tanto, con la entrada en vigor de la Ley 3/2007, podemos encontrarnos con dos situaciones distintas respecto a los internos que pertenezcan a este colectivo; una se refiere a que el interno tenga ya reconocido, en el registro civil, el cambio del sexo, cuyas circunstancias no han de plantear mayores problemas para la práctica del cacheo, puesto que éste se debe realizar por personas del sexo que indique el registro; sin embargo, la otra situación, se refiere a los internos que estén separados en módulos en función de su identidad sexual, —como se ha tenido ocasión de referenciar anteriormente—, cuya práctica deberá realizarse por medio electrónicos.

En cuanto a la nueva LOPSC, ésta ha acertado en señalar dos cuestiones no menos importantes al tema objeto de estudio. En primer lugar, prescribe la LO

que, por parte de agentes del mismo sexo, podrá practicarse a un individuo el debido registro corporal, externo y superficial, cuando se tengan indicios razonables de que el mismo pudiere portar consigo algún instrumento, efectos u otros objetos relevantes para el cumplimiento efectivo de las FCS, en su legítimo ejercicio de indagación y prevención. Salvo que nos encontremos con la existencia de situaciones de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes actuantes, en cuya vicisitud, se podrá optar por practicar el cacheo por agentes del sexo contrario⁷⁵⁵.

Y en segundo lugar, referenciamos el artículo 20.3 de la LOPSC, ya que dispone que, los registros corporales externos que se practiquen por las FCS, se deberán salvaguardar los principios del apartado primero del artículo 16 de esta Ley, en cuyo contenido, incluye aquellas intervenciones que afecten a los transexuales, puesto que dicho precepto arguye que se deberá tener en cuenta en las actuaciones policiales (tanto del cacheo, semidesnudo e identificación), la no discriminación por “razón de sexo, orientación o identidad sexual”.

Al igual que le ocurre al Reglamento Penitenciario, en la Ley que acabamos de citar no se indica, de ningún modo, el procedimiento más idóneo a la hora de practicar diligentemente el cacheo a las personas del colectivo transexual. No obstante, la Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con objeto de garantizar los derechos de las personas detenidas, o bajo custodia policial, nombra, aunque de forma muy sucinta, en su apartado octavo, que “los cacheos se llevarán a cabo, salvo urgencia, por personal del mismo sexo que la persona cacheada (...). El criterio a seguir siempre en esta operación es el del máximo respeto a la identidad sexual de la persona cacheada, lo que deberá tenerse en cuenta muy especialmente en el caso de personas transexuales”.

Antes de proseguir, debemos considerar que, la citada Instrucción, cita a los transexuales como aquellas personas que han realizado un cambio en su anatomía, cuya circunstancia ha sido muy significativa con la entrada en vigor de la Ley 3/2007. Por ello, a la persona sometida a la práctica del cacheo, que hubiera obtenido el cambio de sexo, se le deberá practicar la misma conforme a lo que indique el registro civil, tanto si la persona se halla privada de libertad, como si

⁷⁵⁵ Artículo 20 de la LOPSC.

no. Otra coyuntura se refiere al supuesto en el que se proceda al cacheo de un ciudadano que, previamente, hubiera expresado su malestar por considerarse una persona transgénera; es decir, aquel individuo cuya identidad sexual difiere profundamente con respecto de como él se siente en realidad.

La complejidad de este tipo de supuesto, versa, principalmente, en que el sometido no hubiera superado valoración psicológica previa alguna porque, entre otras cosas, la persona en cuestión no hubiese querido someterse a ninguna; o bien, porque su situación administrativa al respecto, estuviera pendiente de ser resuelta por parte de las Instituciones.

Estos supuestos no dejan de tener unas connotaciones jurídicas muy complejas de difícil solución. No obstante, atendiendo al desarrollo de su personalidad, al principio de la dignidad y al derecho a la intimidad, sería conveniente, —tal y como sucede en ámbito penitenciario—, dotar a las FCS de aparatos electrónicos sofisticados con fin de resolver este tipo de circunstancias. Aunque no es menos cierto que, si la actuación se basara fundamentalmente sobre el simple indicio de que, el individuo en cuestión, pudiere portar consigo algún tipo de droga o estupefaciente, opinamos que la mejor solución para estos casos, pasaría por dotar a cada cuerpo policial de una unidad canina dedicada a la detección de drogas; circunstancia que, sin embargo, todavía queda muy lejos del alcance de muchas corporaciones policiales.

Por otro lado, en el hipotético caso de que el individuo que vaya a ser sometido al debido registro corporal, expresare, espontáneamente, que se siente del sexo contrario al que figure, por ejemplo, en su Documento Nacional de Identidad; entendemos que, para este supuesto, la solución más proporcional e idónea, consistiría, y siempre y cuando su sentir fuera completamente convincente a juicio del respectivo agente policial actuante, en que éste respetase la voluntad expresada por aquél con la finalidad de proceder al correspondiente cacheo con las máximas garantías constitucionales, y siempre conforme a su identidad sexual. De este modo estamos absolutamente convencidos de que se evitaría la intromisión de sus derechos fundamentales.

X.3. CACHEO EN LOS CENTROS DOCENTES.

X.3.1. La convivencia escolar como instrumento del derecho a la educación para los discentes en Centros escolares; planteamiento del problema.

Innegable es la afirmación concerniente a que la educación constituye uno de los pilares fundamentales, y a su vez, se erige como un reducto medular invulnerable donde se sustenta una sociedad civilizada. Como prueba de ello, nuestra Carta Magna, incluye la educación en su artículo 27 como un derecho fundamental⁷⁵⁶, cuyo objeto se sustentan sobre la base de que el ciudadano obtenga un pleno desarrollo de la personalidad humana, en un marco de respeto a los principios democráticos de convivencia, y, con ello, conseguir el disfrute pleno de los derechos y libertades fundamentales junto a la paz social.

En cuanto a la legislación educativa en España⁷⁵⁷, podemos destacar, que la reforma de la Ley Orgánica de Educación⁷⁵⁸ 2/2006, de 3 de mayo, y, en parte también, la referida Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a

⁷⁵⁶ La Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, ya recogía en el capítulo VIII las facultades de las Cortes para promover la educación, y establecer un plan general de enseñanza pública en toda la Monarquía. También estableció en el artículo 321 que estará a cargo de los Ayuntamientos el “cuidar de todas las escuelas de primeras letras y de los demás establecimientos de educación que se paguen de los fondos del común”.

⁷⁵⁷ Según la CE en el artículo 149.1.30ª, expresa que las competencias del Estado en educación afectan en cuanto a la “regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”, sin perjuicio de las competencias compartidas o de ejecución que tienen asumidas las distintas Comunidades Autónomas, que les permite legislar sobre la materia, regulado obviamente, en sus propios Estatutos de Autonomía. Para MEIX CERECEDA, P. “Descentralización de la enseñanza y derechos fundamentales. Un estudio comparado entre España y Alemania”, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013, pág. 143, refiere que “no cabe duda que la educación es uno de los sectores que más peso tienen entre las competencias de las CCAA, tanto al presupuesto público como los aspectos culturales que lo rodean”. Ante la desigualdad que se pueda producir entre los distintos sistemas educativos el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia 6/1982, de 22 de marzo, para aducir que el Estado es garante de la igualdad entre los diferentes poderes públicos.

⁷⁵⁸ Texto consolidado de la última modificación el 10 de diciembre de 2013.

la educación, han llevado a cabo la promulgación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, cuyas bases consolidadas se sostienen principalmente sobre el objetivo ambicioso de que los discentes de la comunidad estudiantil sean formados e instruidos en valores.

La LOE reza en su preámbulo que la educación es el medio más adecuado para promover la solidaridad y evitar la discriminación, persiguiendo entre sus objetivos el logro de una necesaria cohesión social y, así, con ello, fomentar la convivencia democrática.

Entendemos la convivencia democrática en un contexto escolar, como el respeto del alumno a las obligaciones de tolerancia, relación y entendimiento dentro de la sociedad educativa, en aras de conseguir una armonía de deferencia hacia los derechos de los compañeros y profesores que piensen distinto, o posean o disfruten de una distinta ideología política, religión, cultura; o bien, pertenezcan a otra raza, grupo étnico, etc.

El principio de la convivencia democrática en el ámbito escolar, fue introducido en el artículo segundo de la LODE, como fundamento de los derechos y libertades fundamentales en el ejercicio de la tolerancia en toda esfera educativa. Sin embargo, la LOE en su preámbulo, aúna el referido principio democrático de convivencia, con la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos⁷⁵⁹; de lo que se desprende – como posteriormente demostraremos –, que las Administraciones han iniciado una línea de protección para la comunidad educativa, precisamente con la finalidad de salvaguardar la convivencia, ya no sólo para conseguir educar a los menores y enseñarles las correspondientes materias, sino también para evitar o disminuir conflictos dentro de los mismos Centros.

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ también expresa, en una línea similar a la LOMCE, que “uno de los principios que guían el sistema educativo español es alcanzar un nivel de educación que asegure la prevención de conflictos y su

⁷⁵⁹ Incluso la LOE, cuando refiere sobre las funciones del profesorado, reseña en su artículo 90.g), que para el fomento de los valores de la ciudadanía democrática, el profesorado de los Centros docentes deberá contribuir para que todas aquellas actividades que se realicen, se desarrollen en un clima de respeto, de tolerancia, de participación y de libertad.

resolución pacífica, así como erradicar la violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, en especial el acoso escolar”⁷⁶⁰.

El ordenamiento jurídico escolar parece todo encauzado con el fin de enseñar buenas conductas de respeto a la convivencia, y prevenir la delincuencia entre el alumnado; pero, ¿y si en el mismo lugar donde se intenta impregnar a los alumnos con estos valores, se produjera asiduamente una serie de conflictos asociados a conductas y comportamientos disruptivos del alumnado, asociados incluso a la delincuencia?.

Podemos afirmar, en referencia a esta cuestión, que los problemas de convivencia escolar que generan climas tensos y hostiles dentro de las aulas preuniversitarias, han llegado a convertirse en la actualidad en un problema extendido en nuestra sociedad, y, concretamente, agudizada, aún más si cabe, en las relaciones interpersonales entre los miembros que conforman la comunidad educativa.

Nos estamos refiriendo a hechos concernientes y derivados de la violencia escolar⁷⁶¹ individual⁷⁶² o grupal entre iguales, tanto de forma psicológica como física, así también como el problema del acoso escolar, popularmente conocido

⁷⁶⁰ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., “La convivencia escolar y su reflejo en el Derecho. Propuestas jurídicas para mejorar el clima en las aulas y la calidad de la enseñanza”, Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica, Nueva Época, nº 1, enero-junio, 2014, pág. 3. No obstante el referido autor, hace una mención a su reflexión en aras del artículo 1.k de la LOE.

⁷⁶¹ RUBIO LARA, P.A., “Respuesta penal a la ausencia de represión de la violencia escolar por padres, docentes, autoridades académicas y trabajadores de los Centros escolares: análisis general de esta problemática”, Cuadernos de Política Criminal, nº 91, Ed. Dykinson, 2007, pág. 150, define la violencia escolar como “una violencia entre iguales tanto en su modalidad física como psíquica, realizada en la escuela de una forma continuada en el tiempo, donde existe una relación jerárquica de dominación-sumisión existiendo además un desequilibrio de poder”.

⁷⁶² El hecho más reciente en el país que produjo una alarma social en ámbito docente, se produjo el 20 de abril del 2015 cuando un menor de 13 años de edad, entró en el instituto donde estaba estudiando, y, armado con una ballesta, mató a un profesor e hirió a otras tres personas más. Todos los hechos se produjeron dentro de las instalaciones del instituto durante las horas lectivas, y originó una conmoción en la sociedad. La noticia puede comprobarse en http://ccvaa.elpais.com/ccaa/2015/04/20/catalunya/1429517734_522794.html, consultado el 12/07/2015.

como “bullying”⁷⁶³, que desde tiempos recientes⁷⁶⁴, y en la actualidad, preocupa especialmente, y mucho, a la Comunidad Escolar, así como también la falta de respeto, e incluso la violencia física de los estudiantes hacia sus profesores⁷⁶⁵, ya no sólo la ejercida por parte de los propios discentes, sino también la ejercida por sus propios progenitores; e incluso preocupa aquellas conductas disruptivas consistentes en hurtos entre compañeros, los daños provocados en las propias instalaciones docentes; las conductas que generan una restricción del derecho a la intimidad de las personas, como consecuencia del uso del teléfono móvil dentro de los recintos escolares; así como también el quebrantamiento de conductas livianas de convivencia como puedan ser, por ejemplo, el hecho de fumar en el interior del Centro (en los aseos o patios), masticar chicle durante las horas lectivas⁷⁶⁶, etcétera. Todo lo cual, en definitiva, está generando un debate de

⁷⁶³ GINER ALEGRÍA, C.A., “Víctimas escolares: el bullying”, Ciencias Jurídicas y Victimológicas. Derechos Humanos en el contexto de la victimología y la marginación, Año II, nº 2, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014, pp 101-102, arguye que el acoso escolar conocido como bullying constituye un “fenómeno que afecta a las aulas de todo el mundo y cuyo origen se encuentra principalmente en aquellos factores exógenos que conforman e influyen en los individuos como personas integrantes de cada sociedad”.

⁷⁶⁴ Desde finales de la década de los 80, en los países más avanzados de nuestro entorno, el acoso escolar comenzó a generar preocupación y a provocar la reacción de las autoridades, siendo en nuestro país un motivo de inquietud desde hace escasos años. Así lo expresa la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil, pág. 2.

⁷⁶⁵ La doctrina es unánime en reconocer el problema actual que están sufriendo los docentes y el impacto que está teniendo en toda la comunidad. A modo de ejemplo LORENTE VELASCO, SUSANA M., “Delitos de...”, op. cit., 2010, pág. 118, habla del conflicto “reciente” de agresiones de los alumnos dirigidas a los profesores en el ámbito educativo. COBO DEL ROSAL, M., “Magisterio y Autoridad Pública”, Justicia Penal Democrática y Justicia justa: Reflexiones, Ed. Dykinson, 2011, pág. 67, reflexiona en la línea de que los comportamientos y agresiones dirigidas por parte de algunos escolares hacia sus profesores, causan, entre otras circunstancias, que los propios docentes no desarrollen su trabajo eficientemente.

⁷⁶⁶ Parece sorprendente, y a los siguientes hechos me remito, que incluso el Plan de Convivencia del Instituto de Enseñanza Secundaria de San Pedro del Pinatar del curso 2014/2015, se atreve a afirmar en el punto 3.2. sobre la situación actual de la convivencia, es decir, expresa cuáles son los conflictos más frecuentes y problemas por los que está pasando, refiriéndose, a modo de ejemplo, a los pequeños hurtos entre compañeros, malos modales y falta de respeto hacia el profesor, retrasos o faltas injustificadas de asistencia a clase, etc.

carácter sociológico, psicológico, e incluso de las propias ciencias de la educación⁷⁶⁷, que busca minimizar o erradicar, si cabe, toda esta problemática de la esfera preuniversitaria.

Como se ha tenido ya ocasión de reseñar, en décadas anteriores se ha ido percibiendo un aumento en la problemática de la convivencia en el interior de las aulas; así lo reseña SALGUERO SALGUERO⁷⁶⁸, en un informe del Centro de Investigación y Documentación Educativa del año 1995, cuyos datos reflejan que el 72% de los profesores de enseñanza secundaria, consideran muy grave la indisciplina generada por los alumnos dentro de los Centros docentes. Estos datos, sin embargo, no han sido nada más que el inicio de la problemática actual existente en las aulas.

Cifras, relativamente actuales, revelan por parte del Defensor del Profesor Estatal⁷⁶⁹ que “el problema de convivencia en las aulas sigue siendo una asignatura pendiente dentro del Sistema Educativo español, que no se resolverá fácilmente sin un apoyo político, social y familiar”. Así mismo GÓMEZ HEREDIA⁷⁷⁰, expone, en referencia a unas encuestas recientes del CSI-CSIF, que el 12% de los docentes de institutos de secundaria ya han sufrido algún tipo de agresión, reflejando que en el 80% de los casos, las agresiones habrían sido realizadas por los propios alumnos, mientras que en un 17%, habrían sido los padres los responsables de las mismas.

Toda esta introducción impregnada de datos relevantes sobre el estado actual de la situación dentro de la comunidad escolar nos parece de vital importancia, pues, con ello, pretendemos ilustrar el problema real que persiste, vinculando directamente, y en muchas circunstancias, la utilización, en el interior de las propias instalaciones por parte de los alumnos, de instrumentos, efectos,

⁷⁶⁷ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, A., “La convivencia...”, op. cit., 2014, pág. 2.

⁷⁶⁸ SALGUERO SALGUERO, M., “La carta de derechos y deberes de los alumnos en el ámbito escolar”, *Revista de Educación*, nº 315, 1998, pág. 174.

⁷⁶⁹ Memoria Estatal del Defensor del Profesor, Curso 2013-2014, publicada por el Sindicato Independiente ANPE. Toda la información reflejada en esta memoria se ha obtenido de forma directa de los profesores que contactan con el defensor.

⁷⁷⁰ GÓMEZ HEREDIA, A., “Reflexiones sobre el sentido de una Ley de Autoridad del profesorado”, *Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España*, nº 18, mayo 2013, pág. 9.

objetos o sustancias estupefacientes, con la consecución de un fin, presumiblemente ilícito o, al menos, incívico, que genera problemas de convivencia en resumidas cuentas.

Es por ello, que en los siguientes apartados que vamos a tratar, se prestará una atención especial al estudio de los límites concernientes al principio de la relación especial de sujeción, existente entre profesores y alumnos, con el objetivo de profundizar sobre la condición o categoría que actualmente disfrutaban los profesores con respecto de sus alumnos y, de este modo, poder dilucidar, así, cual sería el instrumento más adecuado en la praxis del cacheo, si fuera lícita, tanto por parte de los propios profesores, como por las FCS en la persecución de ilícitos penales.

X.3.2. La relación especial de sujeción en los Centros docentes.

El artículo 11.2 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 1950, constituye una garantía para que los derechos no puedan ser restringidos en las sociedades democráticas, salvo en el caso de que deban constituirse necesariamente unas medidas con el único fin de garantizar la seguridad nacional, la defensa del orden, la prevención del delito, la seguridad pública, la protección de los derechos o las libertades ajenas⁷⁷¹.

La Administración tiene la suficiente discreción de modular su misma organización y funcionamiento a favor de su eficacia y, por ello, la Institución

⁷⁷¹ Incluso la sentencia europea del Asunto Glasenapp de 28 de agosto de 1986, reconoce la restricción de los derechos de los ciudadanos que incluye el referido artículo 11.2 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos en concordancia a la protección de los derechos de la ciudadanía que garanticen la educación. Nuestro autor COTINO HUESO, L., realiza una reflexión en palabras similares, añadiendo que en cuanto a esas restricciones legítimas, ya que no sólo afectan a un ámbito educativo, sino también afectan a más supuestos como son los dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía e incluso a la propia Administración como es el caso de los funcionarios e internos dentro de las Instituciones Penitenciaria, "Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)", Revista del Poder Judicial, (3ª época), nº 55, 1999, pág. 295.

educativa, se ha provisto de mecanismos legales para el buen desarrollo de sus funciones a favor del interés educativo general. El Auto del TC 382/1996 de 18 de diciembre, establece que las Instituciones educativas, en virtud de consolidar en el alumno la formación adecuada que asegure el pleno desarrollo de su personalidad, éste debe asumir una serie de normas de convivencia que engendrarán unos deberes que, de no cumplirse, supondrán, para el infractor, una serie de sanciones y expedientes disciplinarios, prestaciones personales en concepto de sanción⁷⁷², etcétera; lo que significa, que el “ejercicio del derecho a la educación y el disfrute de la libertad de enseñanza resulta claro que el mismo no es absoluto, sino que está sujeto a ciertos límites impositivos y negativos, dada la inexistencia de derechos absolutos e ilimitados, a fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás miembros de la comunidad educativa”, además también reitera que la faceta “del derecho a la educación puede ser lícitamente limitada a fin de salvaguardar otros derechos o bienes de naturaleza constitucional”⁷⁷³.

No obstante, dependiendo de la perspectiva de su visión, en alguna sentencia con referencia a la Administración penitenciaria (cuyos efectos podríamos trasladarlos a todos los ámbitos de la Administración del Estado, incluido la educativa), el TC ha dotado de otra connotación semántica al vocablo “restricción”, equiparándola con la palabra “ampliar” en cuanto a la aplicación de los derechos se refiere, al proporcionar argumentos sobre las limitaciones de los derechos entre el alumnado y las Administraciones, puesto que se puede conducir tanto a restringir como a ampliar el contenido del derecho, como sucede con los especiales deberes de protección de la vida o la integridad física que asume la Administración penitenciaria de los sometidos a su custodia⁷⁷⁴.

⁷⁷² Nos apoyamos sobre la base de los argumentos de GARCÍA GARCÍA, M.J., “La imposición de prestaciones personales en concepto de sanción en el ámbito educativo”, *Revista catalana de dret públic*, nº 49, 2014, pp. 130, para definir las prestaciones personales, ya que son “recursos a unas medidas que permiten imponer al alumnado su colaboración en la realización de tareas que contribuyan a la mejora y desarrollo de las actividades del Centro y que pueden imponerse dentro o fuera del horario lectivo”.

⁷⁷³ El auto arguye que dicho texto proviene de la desestimación por parte de una Audiencia Provincial. Concretamente se refiere a la SAP de Oviedo, de 19 de diciembre de 1994.

⁷⁷⁴ STC 120/1990, de 27 de junio.

Aunque el grado de afectación en la restricción de derechos dentro del ámbito educativo, es de un nivel inferior, porque, entre otras cosas, los alumnos no se encuentran privados de libertad; la comunidad escolar, en cierto modo, experimenta una limitación de los derechos fundamentales reconocidos por la CE, como son los referidos a la libertad de expresión, participación y de reunión, entre otros.

Debido a que el concepto de la relación especial de sujeción y su afectación es muy genérico y diverso⁷⁷⁵, nos parece, más factible, realizar un enfoque más concreto, agrupándolo bajo una vertiente educativa que abarque no sólo a los estudiantes de Centros de primaria y secundaria, sino también a los universitarios.

A lo largo del siglo XIX⁷⁷⁶, todo el colectivo estudiantil asentado tradicionalmente, se incluyó en la categoría de la relación especial de sujeción. Es por ello que tanto la Administración educativa, como los discentes, están abocados a una relación recíproca que afecta tanto a los deberes de los alumnos como a sus derechos, retroalimentados en la protección del interés general. Para ello se debe proteger la seguridad y el buen orden de los Centros educativos en aras de garantizar el buen funcionamiento de los mismos.

Abundante es la doctrina⁷⁷⁷ que se ha pronunciado con motivo del estricto cumplimiento del régimen disciplinario existente en el ordenamiento jurídico

⁷⁷⁵ En el mismo sentido se pronuncia BRAGE CAMAZANO, J., "Limitaciones específicas a los derechos fundamentales en las relaciones de especial sujeción" en Portal web: Panóptico, Observatorio Penitenciario, UNED, p. 5. Recurso electrónico disponible en http://www.uned.es/dpto_derechopolitico/brage.pdf, (consultado el 29/06/2015).

⁷⁷⁶ Así lo expresa el autor SALGUERO SALGUERO, M., "La carta...", op. cit., 1994, pág. 155.

⁷⁷⁷ A modo de ejemplo destacamos a PRESNO LINERA, M.A., "Los límites a los límites de los derechos fundamentales de los militares", Seminario estudios de la Defensa Nacional. Facultad de derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pp. 1-2, reconoce que la relación especial de sujeción hace referencia a situaciones jurídicas en la que se encuentran los individuos sometidos a una potestad administrativa de autoorganización más intensa de lo normal, como ocurre entre otros, en ámbito escolar. También reflejamos a COTINO HUESO, L., "Relaciones de...", op. cit., 1999, pág. 292, ya que equipara la relación especial de sujeción, no sólo cuando se refiere en situaciones clasistas en cuanto a un régimen militar o privación de libertad en ámbito penitenciario, sino también en un ámbito escolar. PEMÁN GAVÍN, I., "El sistema sancionador español (hacia una teoría

educativo – lo que conlleva la restricción, o al menos limita la eficacia, de forma más intensa, en los derechos de los discentes –, respecto del alumnado con su Centro educativo en cuestión, surgiendo una relación jurídica especial⁷⁷⁸, comúnmente conocida como “relación especial de sujeción”, ya no sólo en el ámbito educativo, sino también en lo que respecta al militar⁷⁷⁹, penitenciario o, incluso, a los propios funcionarios de la Administración.

En sentido paralelo – cuyos argumentos también serían susceptibles de aplicación para el entorno docente –, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre un asunto relacionado con el ámbito militar, con respecto de determinar si un requisito legal de buena conducta empleada por un militar español para causar derecho a la pensión de retiro, era o no contrario a lo dispuesto en el art. 14 de la CE. Pues bien, expresa el TC que “el ordenamiento puede anudar legítimamente en ciertos supuestos determinadas consecuencias gravosas al incumplimiento de deberes jurídicos explícitos de trascendencia pública, genéricamente descritos como deber de observancia de buena conducta, cuando así lo exija razonablemente el interés público que con ello pretende protegerse. Así ocurre sobre todo en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, cuando aquellas exigencias se vinculen directamente a garantizar la específica disciplina, cohesión interna o respetabilidad pública de las instituciones en que se desenvuelven dichas relaciones”⁷⁸⁰.

También encontramos copiosa jurisprudencia cuya línea de argumentación se encuentra dirigida en sostener que la imposición de medidas disciplinarias está

general de las infracciones y sanciones administrativas)”, Ed. CEDECS, Barcelona, 2004, pág. 135, dilucida la legalidad del alcance de la reserva de ley con respecto a la regulación del régimen disciplinario ya no sólo de los estudiantes, (cuya afirmación avala la línea de que el ámbito educativo se encuentra bajo una relación especial de sujeción), sino también para los funcionarios, militares o incluso los reclusos. Incluso en la pág. 144, reconoce que en las universidades existe una relación especial de sujeción para justificar una mera cobertura legal del régimen disciplinario.

⁷⁷⁸ De este modo llama GARCÍA GARCÍA, M.J., “La imposición”, op. cit., 2014, pág. 139, cuando se refiere al deber de colaboración en el marco de la relación especial de sujeción educativa.

⁷⁷⁹ COTINO HUESO, L. “El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas”, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, pág. 675, incluye en su obra el reconocimiento de esta “sujeción” de la Institución militar en la propia Constitución.

⁷⁸⁰ FJ4º de la STC 114/1987, de 6 de julio.

sustentada, principalmente, por la relación especial de sujeción en el ámbito educativo, aunque nunca en la denominada “relación vertical profesor-alumno”⁷⁸¹, pues afirma que “la relación que liga a los alumnos con el Centro educativo sea de las que se han dado en llamar de sujeción especial, es que las conductas tipificadas como infracciones disciplinarias y sus correspondientes sanciones no tienen propiamente tal naturaleza, sino que su finalidad es esencialmente educativa, constituyendo uno más de los instrumentos encaminados a la formación integral del alumno, imprescindible, en todo caso, para la correcta concienciación de la responsabilidad de sus actos cuando incumple los deberes”⁷⁸².

Cabe señalar, por tanto, sobre la base de todo lo expuesto con anterioridad, que, con el fin de mantener el buen orden y funcionamiento de la Administración educativa⁷⁸³, así como garantizar el derecho a la educación, existe la obligación por parte del estudiante de respetar las normas de convivencia, las cuales no constituirán, en ningún caso, una vulneración de sus derechos individuales, siempre y cuando estén recogidas dentro de un régimen disciplinario sustentado en la relación especial de sujeción.

Como prueba de ello, solo tenemos que comprobar de qué modo se ha elaborado el Decreto 275/2007, de 23 de febrero, por el que se creó el Observatorio

⁷⁸¹ STS 340/2009, de 11 de febrero de 2009. En dicha sentencia se dilucidaba sobre la objeción de conciencia de las asignaturas de Educación para la Ciudadanía en el municipio de Siero en el Principado de Asturias. Reseña dicha sentencia que la relación vertical profesor-alumno está relacionada con el de las conciencias individuales.

⁷⁸² FJ4º de la STS 8013/2009, de 16 de diciembre. También se expresa en el mismo sentido la FJ4º de la STSJ 61/2008 de la Comunidad de Madrid, de 16 de enero, el FJ1º de la STSJ 495/2014 de Castilla y León, de 7 de marzo, la STSJ 215/2009 de la Comunidad de Madrid, de 5 de marzo, también reconoce que en las universidades existe una relación especial de sujeción.

⁷⁸³ Nos llama la atención como incluso los planes de convivencias de Centros escolares regulan aspectos que son interesantes para justificar la relación especial de sujeción. A modo de ejemplo, nombramos el Centro Escolar Amanecer de Alcorcón (Madrid), cuyo plan de convivencia incluye al profesorado funciones de mero vigilante de las normas, es decir, para que no se infrinjan conductas contrarias como son la puntualidad, el respeto, guardar silencio, etcétera. También hacemos mención al plan de convivencia del Colegio Bilingüe de Vallmont de Villanueva del Pardillo (Madrid), en cuanto que recoge obligaciones restrictivas para los alumnos como el hecho de no poder salir de las aulas.

Estatal de la Convivencia Escolar⁷⁸⁴ así como el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los Centros docentes.

En Murcia, está regulado en la Orden de 19 de octubre de 2006, por la que se crea el observatorio para la convivencia escolar en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia que sirve “de instrumento a la comunidad educativa y a la sociedad para conocer, analizar y evaluar la convivencia en los Centros docentes”⁷⁸⁵.

X.3.3. El docente como funcionario público y como autoridad pública: marco normativo y jurisprudencial.

Como se ha tenido ocasión de expresar en el apartado anterior, y, habida cuenta del aumento desenfrenado de las conductas disruptivas de los discentes dentro de las aulas escolares durante los últimos años, el reconocimiento de la autoridad pública de los docentes se ha menoscabado hasta tal punto, que la labor emprendida para conseguir el normal desarrollo del derecho a la educación, referenciado en el artículo 27 de la CE, se ha puesto en serio peligro, dado que cualquier acción contraria a la buena convivencia en el interior de las aulas, implicará que los estudiantes tengan muchas más dificultades en aprender y, por razones obvias, el profesorado se vea incapaz de enseñar con eficiencia⁷⁸⁶.

Ante la emergente necesidad de solucionar el evidente deterioro de la figura de autoridad representado en los profesionales de la docencia tanto en Europa⁷⁸⁷

⁷⁸⁴ Podemos definir como un órgano consultivo de la Administración del Estado, que tiene como principal función la elaboración de informes y estudios de convivencias para facilitar un clima escolar apto.

⁷⁸⁵ Artículo uno de la citada Orden.

⁷⁸⁶ En términos similares lo justifica la Memoria Estatal del Defensor del Pueblo publicado por el sindicato ANPE en el curso 2013-2014, pp. 7-8. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, A., “La convivencia...”, op. cit., 2013, pág. 22, también afirma que sería paradójico que un profesional de la docencia al que no se le guarda el respeto debido, lleve a cabo con éxito las funciones encomendadas por la LOE.

⁷⁸⁷ Europa tiene una legislación acorde de protección a los docentes ante cualquier tipo de violencia o amenaza a su autoridad. GOMEZ HEREDIA, A. “Reflexiones sobre...”, op. cit., 2013, pág. 7, realiza una breve reseña de los países que protegen jurídicamente a los profesores. Nuestro autor argumenta que en Gran Bretaña una agresión a un maestro se

como aquí en España, en concreto, la LOE⁷⁸⁸, así como la reciente LOMCE, incluyen en sus preceptos, y concretamente en el artículo 124.3 de esta última, que “los miembros del equipo directivo y los profesores y profesoras serán considerados autoridad pública”, incluyendo, además, que tendrán valor probatorio y disfrutarán de presunción de veracidad en cuanto a la adopción de medidas correctoras que realicen los docentes.

Estas leyes educativas originaron que también en las CCAA, que tienen asumidas parte de las competencias en educación, se extendiera la idea estatal de otorgar a los profesores la condición de autoridad pública⁷⁸⁹. Los motivos que promovieron a las CCAA para incluir dicha condición, están inspirados principalmente en la idea de reforzar la buena convivencia dentro de los Centros escolares, con el propósito de aumentar, así, la calidad en el sistema educativo, que “trata de tutelar las funciones públicas en sí mismas consideradas, con el fin de garantizar el correcto funcionamiento de los servicios que se prestan a la

equipara como un delito contra un agente del orden. En Francia los menores pueden sufrir penas por agredir a un profesor. En Centroeuropa los docentes y los alumnos se tratan de usted. También reconoce GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, A., “La convivencia...”, op. cit., 2013, pág. 23, que en el Reino Unido los profesores son considerados como autoridad.

⁷⁸⁸ En dicha Ley Orgánica, de 3 de mayo, de Educación, el artículo 104.1 establece que las Administraciones educativas tienen la obligación de velar para que el profesorado reciba un trato, consideración y respeto acorde con su tarea docente.

⁷⁸⁹ A modo de ejemplo la Ley 8/2012, de 13 de diciembre, de autoridad del profesorado en la Comunidad Autónoma de Aragón, expresa en su artículo 5 la inclusión de autoridad pública, pero además reza el artículo 1 que la “presente ley tiene por objeto reconocer la autoridad pública del profesor y fomentar la consideración y respeto que le son debidos en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades, con la finalidad de mejorar la calidad del sistema educativo y garantizar el derecho a la educación”. La Ley 1/2013, de 15 de febrero, de Autoridad Docente de la Región de Murcia, refiere en el artículo 4 que los docentes tienen el derecho, en el ejercicio de sus funciones a desarrollar sus tareas en un clima de orden, disciplina y convivencia, en el que sean respetados todos sus derechos, y hacer que se respeten los de los alumnos. Incluso los propios Centros educativos como es el caso del colegio público Amanecer de Alcorcón (Madrid), recoge en su apartado dos que el concepto de autoridad se refuerza y se hace más sólido, porque se conjuran criterios prácticos y éticos.

ciudadanía, servicios que pueden verse afectados por la realización de conductas perturbadoras de extrema gravedad como la agresión⁷⁹⁰.

Independientemente de lo que la doctrina⁷⁹¹ opine sobre la idoneidad de incluir la figura jurídica de autoridad pública para los docentes dentro del ordenamiento jurídico, así como el tratamiento más apropiado que, por ende, se le debería dispensar; lo que más nos importa conocer, para nuestro estudio, son las consecuencias jurídicas fácticas que concierne dicha condición, con el objeto de dilucidar si la praxis del cacheo, en circunstancias favorables, sería lícita o, si de lo contrario, sería una actuación susceptible de ser considerada contraria a los derechos de los discentes.

La consulta 2/2008 de 25 de noviembre del Fiscal General del Estado sobre la calificación jurídico-penal de las agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos sanitario y educativo —antes de la reforma actual del Código Penal— fue lo suficientemente contundente y claro al reconocer como delito de atentado

⁷⁹⁰ Exposición de Motivos de la Ley de la Comunidad de Castilla y León 3/2014, de 16 de abril, de autoridad del profesorado. Las Comunidades Autónomas tienen su propia ley sobre la autoridad del profesorado, a modo de ejemplo reseñamos la Ley 1/2013, de 15 de febrero, de Autoridad Docente de la Región de Murcia. Ley 2/2010, de 15 de junio de Autoridad del Profesor de la Comunidad de Madrid. Ley 8/2012, de 13 de diciembre, de Autoridad del Profesorado en la Comunidad Autónoma de Aragón. Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad educativa de Galicia. Ley 3/2012, de 10 de mayo, de Autoridad del Profesorado de Castilla La Mancha. Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell, sobre la convivencia en los Centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios.

⁷⁹¹ Existe una dicotomía en la valoración de dicho aspecto. Para GARCÍA GARCÍA, M.J., “La imposición”, op. cit., 2014, pág. 139, reconoce que la condición de autoridad pública, como también la de disfrutar la garantía de la presunción de veracidad, habilitará a los docentes para adoptar todas aquellas medidas eficaces dirigidas a mantener y garantizar el buen orden y funcionamiento de los Centros escolares. También COBO DEL ROSAL, M., “Magisterio y...”, op. cit., 2011, pág. 67, afirma que es un acierto la idea de asociar la condición de autoridad a los profesores porque a pesar de representar unas consecuencias dolorosas, es necesario dicho aspecto para que se formalice una consideración y respeto hacia los profesores a no ser vejados ni agredidos. Sin embargo, para GÓMEZ HEREDIA, A. “Reflexiones sobre...”, op. cit., 2013, pp. 13 y 14, considera que no es necesario el reconocimiento de autoridad pública en las leyes, ya que es un problema que afecta principalmente a las estructuras de las familias e incluso arguye que afecta también a la formación del profesorado.

(siempre que concurren los elementos que lo configuran) las agresiones a los funcionarios públicos docentes que consistieran en acometimientos, empleo de fuerza e intimidación grave o resistencia activa igualmente grave.

Por tanto, cabe concluir que la fiscalía no tuvo reparos en reconocer la condición de funcionarios públicos al colectivo estrictamente docente, para que tuvieran una protección jurídica lo suficientemente contundente contra cualquier agresión, o violencia hacia su persona, durante el ejercicio de sus funciones, siendo incluido como un delito de atentado del artículo 550, antes de la reforma del 2015, y cuya acción punible fuere perpetrada por cualquier alumno de un instituto público mayor de catorce años. Del mismo modo se expresa CARCER MINCHOT⁷⁹², arguyendo que existe mucha jurisprudencia que reconoce que el concepto de funcionario público es aplicable a efectos penales.

Además, consideramos que la condición de autoridad pública está orientada fundamentalmente con la finalidad de que el profesorado tenga la condición de presunción de veracidad durante el desempeño de las competencias correctoras, o disciplinarias, "cuando se formalicen documentalmente en el curso de los procedimientos instruidos en relación con las conductas que sean contrarias a las normas de convivencia"⁷⁹³.

Existe una tendencia jurisprudencial preponderante que considera el delito de atentado⁷⁹⁴, cuando un profesor, o maestro, sufre una agresión con motivo de

⁷⁹² CANCER MINCHOT, P., "Calificación del delito: conceptualización del profesor como autoridad", *Anuales de la Abogacía General del Estado*, septiembre 2009, pág. 809. La presente obra, trata de un informe elaborado por dicha autora, a petición del Secretario de Estado de Justicia, ante una proposición de Ley en el Congreso sobre la conceptualización del profesor como autoridad. Cuando emitió dicho informe era Abogada del Estado, Subdirectora General-Jefe del Gabinete de estudios de la Abogacía General del Estado

⁷⁹³ Artículo 6 de la Ley 8/2012, de 13 de diciembre, de autoridad del profesorado en la Comunidad Autónoma de Aragón.

⁷⁹⁴ Nos referimos antes de la última reforma del Código Penal materializada en la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuyo precepto anterior tipificaba como delito de atentado en el artículo 550 al que acometa o ejerza fuerza, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa grave, a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos.

su condición de funcionario público, e incluso, considera ciertas acciones como faltas penales por falta de respeto y consideración a las autoridades públicas⁷⁹⁵.

La FJ1^o de la STS 8287/2007, de 4 de diciembre, reconoce dicho aspecto expresándolo de una forma general cuando indica que “abandonada la conceptualización del bien jurídico protegido por el delito de atentado como referencia al principio de autoridad, se ha identificado como aquél con el orden público, entendido como aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales”⁷⁹⁶.

Además, la doctrina jurisprudencial ha avalado que para que una acción se considere delito de atentado, según la redacción antigua del artículo 550 del CP, la conducta punible debe de realizarse dentro de un contexto académico o disciplinario motivado por la condición de docente de la víctima, ya que todas aquellas agresiones que, careciendo de tales circunstancias, vayan dirigidas hacia los docentes, carecerán de tal consideración penal.

De este modo se pronuncia la AP de Madrid 242/2012, de 4 de julio, a raíz de unas discusiones y agresiones por la custodia de un niño en el que estaban implicados tanto el padre del menor como la directiva del Centro y varias educadoras. La intención del padre, en un primer momento, era la de recoger a su hijo con la oposición de los docentes, quiénes manifestaron que el progenitor

⁷⁹⁵ La SAP de Tarragona 196/2014, de 19 de mayo, enjuicia a una madre por una falta penal calificado de falta de respeto y consideración, por insultar por teléfono a una profesora con un tono agresivo y alterado, ya que como indica su FJ1^o, dentro de los elementos del artículo 634 indica que debe conocer el agresor que la violencia verbal debe ir dirigida a una autoridad, agente de la misma o bien a un funcionario público.

⁷⁹⁶ Sigue la sentencia referenciando un acopio de sentencias que condenan a los agresores cuando acometen contra un funcionario público, sea la condición que sea. En ámbito docente refiere la STS de 26 de febrero de 1991 la confirmación de una condena de atentado contra un Catedrático de Universidad al ser agredido por un alumno al que había suspendido, la STS 1183/1993, de 20 de mayo, confirma una condena por atentado a un médico de la seguridad social, etc. También la SAP de Sevilla 185/2008 de 3 de abril, reconoce dichos aspectos, incluso, hace constar numerosas sentencias en ámbito de la docencia como la SAP de Murcia del 27/11/1995, la SAP de Cádiz de 09/11/2000 etc.

carecía de la correspondiente autorización. Pues bien, arguye el auto que “no podría estar revestida la condición de la autoridad para hacer posible el delito de atentado”, ya que las agresiones físicas o verbales no eran consecuencias derivadas de las funciones inherentes del docente, sino más bien, motivadas, sencillamente, por un problema que el progenitor tenía con el régimen de custodia del menor con respecto a la madre de éste.

Admiten los Tribunales la inclusión de autoridad pública en los Centros docentes que estén reconocidos en las leyes autonómicas⁷⁹⁷, así como en la legislación estatal⁷⁹⁸, y cuyos argumentos son lo suficientemente sólidos para considerar las agresiones dirigidas a estos profesionales de la docencia como delito de atentado.

Resultan relevantes, por lo contrario, las argumentaciones que realiza la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia 203/2014, de 12 de marzo, ya que desestima un recurso de apelación interpuesto por el abogado del Estado en el que se solicitaba delito de atentado en concurso ideal stricto sensu con infracción penal de lesiones, como consecuencia de una agresión de un alumno mayor de 14 años de edad hacia un profesor⁷⁹⁹, considerando el Tribunal que la

⁷⁹⁷ La SAP de Alicante 557/2010, de 14 de septiembre, condena como delito de atentado y una falta de lesiones a un menor en referencia al Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell, sobre la convivencia en los Centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios cuyo precepto considera a los docentes como autoridades públicas. Los hechos fácticos consistieron en que un menor, que se encontraba en el recreo de un instituto de la Comunidad Valenciana, se dirigió al profesor con un tono burlesco, propinándole varias patadas en las piernas y en la zona de la cara, así como puñetazos, ocasionándole lesiones.

⁷⁹⁸ El auto de la AP de Madrid 242/2012, de 4 de julio reconoce a la LOE la condición de autoridad pública para imputar un delito de atentado.

⁷⁹⁹ Los hechos se recogen en los antecedentes de hechos, por los que se considera como probado que el alumno le profirió insultos de "hijo de puta y nazi" molestándole o dándole empujones cuando se encontraba en los pasillos o bloqueándole el paso; también abordó al profesor golpeándolo en el brazo izquierdo. Como consecuencia de estos hechos el docente sufrió lesiones en brazo que requirieron de primera asistencia médica y dos días de baja.

relación entre alumno y profesor (ámbito estrictamente docente), no tenía nada que ver con una relación de protección de orden público⁸⁰⁰.

En el fundamento de derecho de dicha sentencia se establece que: “aunque desde un punto de vista estrictamente formal es cierto que concurren todos los requisitos exigidos por el tipo penal de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, nosotros consideramos que la relación existente dentro de un Centro docente, entre los profesores y los alumnos, poco tiene que ver con el orden público y que no alcanzamos a ver ningún tipo de justificación al hecho de que una misma actividad, como es el ejercicio de la actividad docente, tenga una regulación claramente diferenciada en función de que los que la imparten ostenten o no la cualidad de funcionarios público”.

Ahora bien, la actual y reciente reforma del CP en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, no repudia interpretación alguna, ni deja dudas al respecto, ya que marca una línea férrea para condenar aquellas actuaciones violentas dirigidas hacia los docentes, ya que el artículo 550.1 queda redactado de la siguiente manera: “son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieran resistencia grave (...) en todo caso se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas”.

X.3.4. Normas de convivencia.

X.3.4.1. Introducción.

El siguiente apartado se centra primordialmente en demostrar de qué modo las normas de convivencia en sentido estrictamente docente —cuyos preceptos contienen conductas de buen orden y funcionamiento dentro de los Centros—, pueden derivar en unas consecuencias jurídicas que acaban materializándose en la incoación de expedientes sancionadores para los alumnos que las incumplan. De forma paralela, estas normas de obligado cumplimiento, convierten a los

⁸⁰⁰ LORENTE VELASCO, S. M., “Delitos de...”, op. cit., 2010, pág. 120, en concordancia a dicha sentencia expresa su desacuerdo que los funcionarios públicos de la enseñanza tenga efecto penal por los hechos que se reseñan.

responsables de la comunidad docente en garantes que deben velar, precisamente, por el estricto cumplimiento de dichos preceptos de convivencia. Por tales motivos, se tratará de dilucidar si es legítima, o no, la utilización del cacheo, que tenga por finalidad garantizar que no se produzcan irregularidades en el interior de los Centros y prevenir, así, con ello, conductas disruptivas.

El estudio de las normas de convivencia del presente apartado, sumado al de las consecuencias fácticas que implica, para los profesionales de la docencia, la condición de autoridad pública, así como la relación especial de sujeción; nos permitirá profundizar en el análisis sobre la legalidad del cacheo, ya no sólo en cuanto al realizado por las FCS en el interior de los Centros escolares, sino también por los propios profesores o maestros, y cuya tarea de dirimir su legitimidad resulta, a priori, mucho más compleja.

X.3.4.2. Regulación legal.

La LOMCE desarrolla, en el artículo 124⁸⁰¹, la obligatoriedad de elaborar un plan de convivencia por parte de todos los Centros educativos; lo que nos lleva a

⁸⁰¹ Nos resulta de una especial importancia plasmar el artículo 124 de la LOMCE para su debido entendimiento:

“1. Los Centros elaborarán un plan de convivencia que incorporarán a la programación general anual y que recogerá todas las actividades que se programen con el fin de fomentar un buen clima de convivencia dentro del Centro escolar, la concreción de los derechos y deberes de los alumnos y alumnas y las medidas correctoras aplicables en caso de su incumplimiento con arreglo a la normativa vigente, tomando en consideración la situación y condiciones personales de los alumnos y alumnas, y la realización de actuaciones para la resolución pacífica de conflictos con especial atención a las actuaciones de prevención de la violencia de género, igualdad y no discriminación. 2. Las normas de convivencia y conducta de los Centros serán de obligado cumplimiento, y deberán concretar los deberes de los alumnos y alumnas y las medidas correctoras aplicables en caso de incumplimiento, tomando en consideración su situación y condiciones personales. Las medidas correctoras tendrán un carácter educativo y recuperador, deberán garantizar el respeto a los derechos del resto de los alumnos y alumnas y procurarán la mejora en las relaciones de todos los miembros de la comunidad educativa”.

También se refiere a ello el Decreto 8/2015 de la Xunta de Galicia en su artículo 4, ya que establece que una de las funciones de la comisión de convivencia por delegación del consejo escolar está encaminada a la necesidad de elaborar el plan de convivencia del Centro y dinamizar todos los sectores de la comunidad educativa, incorporando sus iniciativas y aportaciones en el procedimiento de elaboración, desarrollo y seguimiento

considerar que se trata de un requisito elemental para lograr un proceso selectivo educativo de calidad⁸⁰² con el que, a su vez, el alumnado pueda adquirir hábitos de convivencia basados en el respeto mutuo de los derechos dentro de la comunidad educativa que, más allá de buscar, por efecto, una disminución del número de expedientes sancionadores a los discentes, lo que pretende es dotar a los Centros de unos “mecanismos que permitan garantizar su cumplimiento”⁸⁰³.

La misma Ley Orgánica, en su artículo 127, le confiere al consejo escolar⁸⁰⁴ de los Centros, la capacidad de evaluar los proyectos y las normas de convivencia más convenientes, previo estudio de los conflictos disciplinarios más usuales del Centro en cuestión.

No existen unas normas regladas ni explícitas que sirvan de base para la tipificación de infracciones ni conductas prohibidas. Sin embargo, el observatorio estatal de convivencia escolar⁸⁰⁵, sirve para asesorar sobre circunstancias referidas al aprendizaje de la convivencia, realizar diagnósticos y proponer medidas que ayuden a elaborar las distintas políticas estatales a fin de facilitar un clima escolar eficiente.

del citado plan, así como el Decreto 115/2005 sobre las normas de convivencia de los Centros docentes, en su artículo 4, establece que los Centros elaborarán planes de convivencia escolar para potenciar la acción positiva de los objetivos de este Decreto.

⁸⁰² En el mismo sentido se expresa la exposición de motivos de la Ley de la Comunidad de Castilla y León 3/2014, de 16 de abril, de autoridad del profesorado.

⁸⁰³ FJ2º de la STSJ de Madrid 352/2003, de 26 de marzo, ahondando sobre el significado de las normas de convivencia en los Centros docentes, expresa la sentencia que las normas de convivencia que regulan “los derechos y deberes del alumnado, deben propiciar el clima de responsabilidad, de trabajo y esfuerzo, que permita que todos los alumnos obtengan los mejores resultados del proceso educativo y adquieran los hábitos y actitudes recogidos en la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo”.

⁸⁰⁴ Según el artículo 126 de la LOMCE, el Consejo escolar está compuesto por el Director del Centro, un Concejal o representante del Ayuntamiento en cuyo término municipal se halle radicado el Centro, un número de profesores que no podrá ser inferior a un tercio del total de los componentes del Consejo, un número de padres y alumnos, un representante del personal de administración y servicios del Centro y el secretario. Sin embargo el artículo 129 sobre las competencias del claustro de los profesores, arguye que pueden proponer las medidas e iniciativas que favorezcan la convivencia en el Centro.

⁸⁰⁵ Nos referimos al Real Decreto 275/2007, de 23 de febrero.

No obstante, las Comunidades Autónomas han elaborado, mediante sus propios Decretos⁸⁰⁶, normas con las que ayudar a los respectivos Centros docentes a desarrollar planes de convivencia, con la finalidad de marcar cada uno de los derechos y deberes de los alumnos, y los procedimientos de prevención y corrección de aquellos comportamientos incorrectos en aras de conseguir un buen y eficiente funcionamiento del Centro.

X.3.5. Obligación de intervención; el cacheo docente y policial en los Centros escolares.

X.3.5.1. Planteamiento del problema en la legitimación del cacheo en los docentes.

La relación especial de sujeción origina una serie de derechos y obligaciones que no sólo atañen a los alumnos, sino también a los responsables de la comunidad educativa; en cuanto que la posición de garantes que éstos poseen respecto de aquéllos, durante el horario escolar o lectivo, puede derivar en responsabilidades disciplinarias como consecuencia de las imprudencias o negligencias que pudieren cometer los propios docentes⁸⁰⁷ a raíz de aquellos comportamientos disruptivos originados por sus alumnos.

Como muestra de ello, reseñamos que tanto el CC, como los planes de convivencia de algunos Centros, obligan a los profesores a realizar funciones de vigilancia⁸⁰⁸ y guarda en determinadas circunstancias.

⁸⁰⁶ A modo de ejemplo, señalamos el Decreto 8/2015, de 8 de enero, por el que se desarrolla la Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad en materia de convivencia escolar de la Xunta de Galicia; el Decreto 115/2005, de 21 de octubre, por el que se establecen las normas de convivencia con fondos públicos que imparten enseñanzas docentes de la Región de Murcia; el Decreto Foral 47/2010, de 23 de agosto, de derechos y deberes del alumnado y de la convivencia en los Centros educativos no universitarios públicos y privados concertados de la Comunidad Foral de Navarra; y el Decreto 15/2007, de 19 de abril, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los Centros docentes de la Comunidad de Madrid.

⁸⁰⁷ En términos parecidos se manifiesta SAN JULIÁN PUIG, V., "De la responsabilidad civil de los maestros a la responsabilidad civil del titular del Centro docente", Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 2.

⁸⁰⁸ El plan de convivencia del Colegio San Gabriel (Madrid), del curso 2009/2010, regula en el apartado 5.4 la vigilancia de los patios, expresando que si algún profesor tuviera que dejar la vigilancia, deberá avisar siempre al Jefe de Estudios para organizar su sustitución

Asimismo, debemos de tener en cuenta lo que nuestro CC expone, de modo que cualquier imprudencia o negligencia cometida por las personas o entidades titulares de los Centros docentes, que, por acción u omisión⁸⁰⁹, hubieran permitido la introducción en los mismos de objetos o instrumentos peligrosos susceptibles de causar menoscabo en las personas o en los bienes, serán éstos los responsables y, por ende, responderán tanto por los daños como los perjuicios que hubieran causado sus alumnos menores de edad⁸¹⁰.

En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Cantabria 333/1996, de 6 de febrero, en cuanto que añade la obligación de los docentes a "evitar la presencia en sus instalaciones de elementos ajenos o extraños a los ordinarios en la actividad escolar y que sean susceptibles de crear un riesgo potencial de causación de daño para las personas que conforma su condición o vínculo", ya que faltando al comportamiento exigible por la norma se entiende "incompleta toda diligencia exigible"⁸¹¹.

A modo de ejemplo, y a raíz del plan de convivencia del Decreto de los Centros educativos de la Región de Murcia⁸¹², plasmamos el plan de convivencia de San Pedro del Pinatar (Murcia), en cuyo régimen interno se recoge la regulación de todas aquellas normas concernientes a la obligación del profesorado a realizar guardias, especialmente durante las horas del recreo, fijando puntos y funciones concretas, con la finalidad de tener un mayor control y

si procede. Además destacamos lo que la STS 1128/1994, de 15 de diciembre, cuyo proceso judicial se dirimió por el fallecimiento de un niño fuera del Centro, y dentro del horario escolar. Expresa el Tribunal que fue "el anormal funcionamiento del Colegio Público en el cual el menor cursaba sus estudios en régimen de media pensión", lo que "permitió, por falta de control en la salida, que el menor pudiera ausentarse del Colegio".

⁸⁰⁹ El artículo 1902 establece que el que por acción o por omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño.

⁸¹⁰ El artículo 1903.5 reza que "las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro".

⁸¹¹ De este modo se pronuncia la STS 1170/1999 de 30 de diciembre, cuando indica que el Centro tiene la obligación de evitar la introducción en el mismo de todos aquellos objetos y cosas que pudieren generar un peligro o un mayor riesgo de accidente.

⁸¹² Decreto 115/2005, de 21 de octubre, por el que se establece los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los Centros educativos de la Región de Murcia.

vigilancia sobre los accesos a las instalaciones, así como de aquellos lugares donde los alumnos pudieran saltarse la prohibición de fumar en el Centro.

Compartimos la argumentación de SAN JULIÁN PUIG⁸¹³ cuando refiere que se convierte en una obligación para el profesor, el hecho de prevenir la presencia en las instalaciones de los Centros educativos de todo tipo de objetos o instrumentos, susceptibles de originar daños o peligros tanto a los bienes, como a las personas, lo que, a su juicio, considera una aplicación extrema y forzada. No obstante, este deber de responsabilidad y compromiso, no atañe sólo a los docentes⁸¹⁴, sino también a los padres⁸¹⁵ en determinadas circunstancias.

Sin embargo, la responsabilidad de la comunidad educativa no acaba con lo expuesto, ya que aquellas actuaciones del profesorado que falten a la obligación de su cargo, es decir, que dejen de forma intencionada de promover la persecución de aquellos delitos de los que tuvieren conocimiento durante el ejercicio de sus funciones, conllevará, por su condición de funcionarios públicos, una pena de inhabilitación especial⁸¹⁶ de empleo o cargo. De hecho, ciertas normas autonómicas, como en concreto la Ley de Autoridad del Profesorado de Castilla y León, a través de su artículo 10, obligan a la dirección de los Centros educativos a comunicar simultáneamente tanto al Ministerio Fiscal, como a la

⁸¹³ SAN JULIÁN PUIG, V., "De la responsabilidad...", op. cit., 2005, pag. 11.

⁸¹⁴ Existen leyes a tal efecto que responsabilizan al menor de cualquier acción u omisión por daños. A modo de ejemplo, el artículo 9 de la Ley 1/2013, de 15 de febrero, de Autoridad docente de la Región de Murcia responsabiliza al alumnado que, de una forma intencionada o negligente, cause daños en las instalaciones, debiendo responder por cada uno de los desperfectos causados en los bienes, como de las agresiones morales o físicas cometidas a los profesionales docentes. También reconocen dicho aspecto los planes de convivencia. A modo ilustrativo, el plan de convivencia del colegio de Nuestra Señora de la Merced en Zaragoza así lo incluye.

⁸¹⁵ La STS 7060/1996, de 10 de diciembre, culpabiliza tanto a los padres como a los profesores por permitir que un niño de 4 años introdujera en las instalaciones un objeto punzante (chapa redonda con un imperdible), causando lesiones en el ojo de otro niño. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, A., "La convivencia...", op. cit., 2013, pág. 8, manifiesta que la responsabilidad extracontractual que reseña el artículo 1903 puede generar la imposición de sanciones económicas tanto a los Centros educativos como a los padres de los menores por aquellas situaciones que deriven en violencia y/o acoso escolar.

⁸¹⁶ Está encuadrado en el Título XIX de los delitos contra la Administración pública, capítulo II del abandono de destino y la omisión del deber de perseguir delitos, artículo 408.

Dirección Provincial de Educación, aquellos ilícitos penales que se hubiesen producido.

En otro orden de cosas, la regulación de los objetos considerados como prohibidos dentro de las instalaciones es muy variopinta, y dependerá, principalmente, de las circunstancias concretas de cada Centro, quedando tipificada en cada plan de convivencia elaborado por su correspondiente consejo escolar. No olvidemos que la imposición de sanciones por la introducción de objetos prohibidos en el mismo, tendrá una finalidad y carácter estrictamente educativos⁸¹⁷ para la mejora de la convivencia.

En los Centros escolares se prohíben todos aquellos objetos, efectos, instrumentos o sustancias, que puedan perjudicar el normal desarrollo de sus actividades educativas o que pongan en peligro el interés rector de los docentes, tanto de su salud, como de su integridad física.

En este sentido, encontramos un amplio abanico de posibilidades tipificado en el ordenamiento educativo (sobre todo en los respectivos planes de convivencia de los Centros), en cuanto a la restricción de objetos se refiere. Se prohíbe, por ejemplo, en las instalaciones docentes durante los periodos lectivos, la introducción de bebidas alcohólicas, tabaco⁸¹⁸, sustancias peligrosas o perjudiciales para la salud⁸¹⁹, así como la utilización de teléfonos móviles, mecanismos de comunicación⁸²⁰ y otros dispositivos electrónicos como mp3, mp4

⁸¹⁷ Así lo recoge el artículo 17 del Decreto 15/2007, de 19 de abril, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los Centros docentes de la Comunidad de Madrid.

⁸¹⁸ En el artículo 15 del Decreto 115/2005, de 21 de octubre, por el que se establecen las normas de convivencia de los Centros docentes sostenidos con fondos públicos y donde se imparten enseñanzas escolares, se señala la prohibición de fumar y consumir bebidas alcohólicas con el objeto de velar por la seguridad e higiene en el interior de los mismos.

⁸¹⁹ Así lo expresa el plan de convivencia del CEIP Benyamina en Torremolinos (Málaga), donde queda prohibido, mediante el apartado 3.5, la introducción en el Centro de objetos y sustancias peligrosas o perjudiciales para la salud y la integridad personal de los miembros de la comunidad educativa.

⁸²⁰ El Decreto 8/2015 de la Xunta de Galicia, prohíbe el uso de teléfonos móviles y otros dispositivos en el artículo 19.4. Lo contienen además los planes de convivencia de otros Centros, y, a modo de ejemplo, señalamos que en el del Colegio San Gabriel (Madrid), del curso 2009/2010, en el apartado 8, se reguló el hecho de no permitir el uso de teléfono móvil, así como de otros dispositivos electrónicos o de cualquier objeto que pudiera

y consolas⁸²¹; e, incluso, podemos encontrar la prohibición explícita del consumo de chicles, chucherías⁸²², pipas; o también la de llevar piercing⁸²³, monopatines, patines, bicicletas⁸²⁴, comida y demás objetos personales que no sean de uso escolar⁸²⁵.

Pero además, observamos en algunos planes de convivencia que incluso se compele a los docentes para que retiren o recojan los objetos prohibidos, instándoles a que los entreguen al Director o a sus respectivos padres⁸²⁶. Así pues, son por todos estos aspectos que entendemos que los profesores están obligados a actuar con el fin de evitar la introducción de aquellos objetos prohibidos, así como, por otro lado, y, por parte de las FCS, a actuar en aquellos supuestos en que sean requeridos por el Director del Centro, ante la sospecha de que algún menor porte un objeto o sustancia que pudiese derivar en un ilícito penal.

Por tanto, una vez estudiado todos estos aspectos, podemos traer a colación si es legítimo o, de lo contrario, se convierte en espurio, el sometimiento de los

distraer al propio alumno, o a sus compañeros, dentro y fuera de las aulas durante toda la jornada escolar.

⁸²¹ El plan de convivencia del Colegio de Nuestra Señora de la Merced en Zaragoza, recoge que, en el colegio, no se podrá usar el móvil, el mp3, mp4, IPED, consolas, ni tampoco otros aparatos electrónicos.

⁸²² Plan de convivencia del Colegio San Antonio M^a Claret (aprobado el 02/11/2011 por el Consejo Escolar), establece, en el apartado 4.3.3, que en las aulas estará prohibido el consumo de pipas, chicles u otras chucherías; así también expresa que estará terminantemente prohibido el uso de teléfono móvil y otros aparatos de grabación.

⁸²³ Así lo establece el plan de convivencia del Colegio de la Inmaculada, hijas de la caridad, de enseñanzas primaria y secundaria en Leganés (Madrid).

⁸²⁴ En el apartado 9.2 del plan de convivencia del Centro Escolar Amanecer de Alcorcón (Madrid), recoge que no se podrá acceder al interior del Centro en monopatines, patines, bicicletas, etc.

⁸²⁵ El plan de convivencia del Colegio de la Inmaculada, hijas de la caridad, de enseñanzas primaria y secundaria en Leganés (Madrid), recoge en su artículo 83 (dentro de la calificación de la alteración de la convivencia como faltas leves) la prohibición del uso de dispositivos móviles y demás objetos personales que no sean de uso escolar.

⁸²⁶ Podemos nombrar algunos planes de convivencia que estiman conveniente la retirada. Es el caso del plan de convivencia del Colegio de Nuestra Señora de la Merced en Zaragoza, el del Colegio San Gabriel (Madrid), y también el del Colegio de la Inmaculada, hijas de la caridad, de enseñanzas primaria y secundaria en Leganés (Madrid).

alumnos a la práctica del cacheo por parte de los docentes. Primeramente, hemos de destacar que existen, a su vez, dos supuestos que contienen un nivel de intervención diferente, afectando el segundo de ellos a las FCS como posteriormente desarrollaremos.

El primer supuesto se refiere al caso de que el alumno portase objetos que únicamente constituyan infracciones⁸²⁷ o incumplimientos de las normas en el ámbito docente y que afecten a la convivencia escolar de una forma más liviana. Es decir, nos referimos a aquellos hechos prohibidos que sólo puedan derivar en la incoación administrativa de un expediente sancionador sobre la base del régimen interno del Centro en cuestión.

A este respecto nos referimos estrictamente cuando planteamos si la comunidad docente se halla capacitada jurídicamente para realizar cacheos en determinadas circunstancias en aras de prevenir conductas contrarias al plan de convivencia de su correspondiente Centro. Como por ejemplo, nos referimos al supuesto caso en que el menor portase, presumiblemente, un teléfono móvil, aparatos electrónicos, comida, objetos personales prohibidos; siempre y cuando, eso sí, esta prohibición, como se ha tenido ocasión de reflejar, afecte al incumplimiento estricto del plan de convivencia asociado al Centro escolar.

Este planteamiento no es tarea fácil de dirimir, ya que se circunscribe en una dualidad de necesidades: garantizar los derechos de los alumnos atendiendo a las normas de convivencia, y utilizar aquellos mecanismos que permitan garantizar su cumplimiento.

En primera instancia, destacamos que a lo largo de este apartado, se ha defendido la tesis de que los cambios sociales asociados a las conductas disruptivas de los alumnos, han llevado al ordenamiento jurídico a un endurecimiento de las normas en cuanto al ámbito educativo se refiere, habiéndose otorgado, finalmente, la condición de autoridad pública a los miembros de la comunidad docente.

⁸²⁷ El plan de convivencia del CEIP Benyamina en Torremolinos (Málaga), en su apartado 3.5, refleja cada una de las conductas que gravemente perjudican a la convivencia del Centro, considerándose como una falta muy grave. Entre ellas destaca la introducción en el Centro de objetos y sustancias peligrosas o perjudiciales para la salud y la integridad personal de los miembros de la comunidad educativa.

Tanto la jurisprudencia como las propias normas al respecto, se han pronunciado en el sentido de que dicha condición no sirve para otorgarles, precisamente, cierto margen que les habilite jurídicamente para la realización de los cacheos u otro tipo de actuaciones dirigidas a los alumnos; sino más bien, para protegerlos única y exclusivamente, de cualquier agresión violenta, tanto física como verbal, concediéndoles además, de una presunción de veracidad durante el ejercicio de sus competencias correctoras o disciplinarias.

Además esa relación especial de sujeción no tiene que ver, ni mucho menos, con la de otros ámbitos mucho más restrictivos como, por ejemplo, la del ámbito penitenciario; pues a diferencia de éste, el contexto estudiantil busca promover un clima educativo que contribuya a un proceso general de formación.

Si a todo ello le sumamos, que las normas de convivencia instan a los docentes ya no sólo a evitar la introducción de aquellos objetos prohibidos, sino que también les compele, incluso, a realizar una intervención directa consistente en la retirada y puesta a disposición del Director de todos aquellos objetos ilegales incautados al alumnado; nos encontraremos con una tesitura no menos complicada de solventar, porque los docentes, en resumidas cuentas, no están legitimados para cachear. No obstante, las normas de convivencia se han convertido en un complejo listado de información relativa a los objetos o efectos cuya introducción en el Centro se prohíbe, impeliendo a los responsables de las comunidad educativa, por ende, a evitarlo; pero, y he aquí el quid de la cuestión, ¿cómo llevar a cabo este control y, con ello, velar por el respeto de las normas internas de cada comunidad educativa, sin incurrir en ilegalidad alguna?

Partiendo del ambiente educativo y lo que ello conlleva, sería poco acertado emplazar aparatos estáticos en las puertas de los colegios o en las aulas, o realizar un registro en masa dentro de las clases, o bien cacheos selectivos a los alumnos; puesto que la idea de los Centros educativos está encauzada en la pedagogía educativa del menor, debiendo de trazarse, por tanto, otras medidas menos gravosas pero igualmente disuasorias y preventivas con una finalidad meramente educativa⁸²⁸, ya que no podemos equiparar un Centro penitenciario o de

⁸²⁸ Como se ha tenido ocasión de estudiar en capítulos anteriores, es más que evidente que el cacheo de un profesor hacia un alumno (como el realizado por cualquier ciudadano), estaría totalmente justificado, siempre y cuando fuera motivado por circunstancias de

internamiento de menores (con la intensidad de derechos restringidos que éstos conllevan), con el de un mero Centro educativo.

Pero, ¿cómo actuaríamos si nos encontráramos ante la sospecha o el indicio de que un alumno pudiese portar algún objeto susceptible de sanción, como por ejemplo un teléfono móvil?

Basándonos en los principios de proporcionalidad y de intervención mínima, cuando un derecho fundamental pueda verse afectado como es en este caso, referido al derecho a la intimidad, se deben realizar otros mecanismos de actuación menos lesivos que el procedimiento del cacheo.

Bajo el punto de vista del que suscribe, cuando un docente tenga sospechas fundadas de que un alumno pudiera haber introducido algún objeto, efecto o sustancia susceptibles de sanción, lo más oportuno y proporcionado sería instar al alumno para que mostrase la cosa que infundió la sospecha. Ahora bien, es evidente que si todos los alumnos accedieran voluntariamente a ello, el tema que nos incumbe estaría más que zanjado y resuelto, pero ¿cómo se debería actuar en el supuesto de que el estudiante se negase a enseñarlo o entregarlo?

Este punto de inflexión nos resulta el más interesante de todo este apartado, el cual resolveremos sobre la base de los principios de proporcionalidad e intervención mínima, mediante la aplicación de aquellas medidas que menos se injieran en los derechos fundamentales de los discentes, y que al mismo tiempo contengan cierta carga educativa como son las que, en nuestra opinión, disfrutan las tareas o prestaciones personales impuestas como sanciones dentro de la comunidad educativa donde se hubiera cometido la infracción que dio lugar a éstas, y que, además, deban cumplirse o realizarse dentro de la misma.

Teniendo en cuenta lo antedicho, la previsión de las normas jurídicas docentes regula como una de tantas sanciones, la realización de aquellas tareas que contribuyan a la mejora y desarrollo de las actividades dentro del Centro, dirigidas, incluso, a reparar el daño causado a las instalaciones o al material afectado; pero que, como hemos venido argumentando, al mismo tiempo contribuya a inferir en el alumno infractor un efecto educativo. Ahora bien, si la

fuerza mayor, o con fin de evitar un eminente peligro para la vida e integridad de los miembros de la comunidad educativa.

voluntad del alumno fuera contraria a realizar esas tareas, no quedará otra opción, como es obvio, que la de imponer otra sanción de carácter más restrictiva.

En este sentido se expresa GARCÍA GARCÍA⁸²⁹, cuando arguye que las “prestaciones personales en el ámbito educativo constituyen una sanción que no puede imponerse sin el consentimiento del sancionado, y que lo obliga a prestar su colaboración en determinadas actividades en beneficio del Centro educativo en el que ha tenido lugar el incumplimiento normativo”. Por tanto, lo más correcto, será invitar al alumno a que entregue la cosa sospechosa, y en el supuesto de negarse a ello, el profesor podría incoarle un expediente disciplinario⁸³⁰, toda vez que entendemos que sería la medida menos lesiva para el alumno, y la cual contendría, a su vez, cierto contenido pedagógico. El expediente disciplinario podría derivar en la expulsión momentánea del alumno, en el caso de que portase un elemento que afectare de forma muy considerable el buen desarrollo y funcionamiento del Centro docente en el que se hubiera incumplido la norma correspondiente. No obstante, el problema actual es que esta medida disciplinaria no está regulada como tal; por lo que sería conveniente que el Observatorio Estatal de Convivencia la sugiriese para que se incluyera en los distintos planes de convivencia, regulando como infracción la simple negativa a entregar al docente el bulto sospechoso que pudiera generar una merma en la convivencia escolar, y, cuyos efectos, se prolongarían en tanto en cuanto no hubieran desaparecido las causas que motivaron la susodicha sanción.

Para concluir este punto, nos vemos en la obligación de nombrar, por la importancia que tiene para el objeto de estudio, la sentencia del TSJ de la Comunidad de Madrid, 352/2003, de 26 de marzo, pues en ella se resume un punto crucial sobre los argumentos a los que nos hemos referido en párrafos anteriores.

En esta sentencia, el Tribunal realiza un estudio dirimiendo si el registro efectuado, de modo masivo, a unas mochilas dentro de un Centro educativo⁸³¹,

⁸²⁹ GARCÍA GARCÍA, M.J., “La imposición”, op. cit., 2014, pág. 141.

⁸³⁰ Con la seguridad jurídica de que cumple el principio de legalidad.

⁸³¹ Aunque las conclusiones de la sentencia no lo tiene en cuenta, en el FJ2^o mantiene que no se ha podido demostrar (ya que hay disparidad en las versiones) si el registro de las mochilas se produjo durante el horario lectivo, o, una vez, había concluido éste.

era lícito o, de lo contrario, infringía los derechos de los discentes recogidos en el artículo 18 de la CE.

Las argumentaciones, que motivaron el fallo de aquélla, consistieron en que se dio por válido la autorización de “inspecciones rutinarias”, amparada, únicamente, por los órganos directivos del Centro y por el mero hecho de que éstos deben impedir el incumplimiento de las normas de convivencia del Centro.

El Tribunal aduce en el FJ2º que “desde esta concepción, es necesario que el alumno perciba que las normas de convivencia no son ajenas al Centro, sino que han sido elaboradas y adoptadas por el conjunto de la comunidad educativa. Por ello, en la definición y aplicación del ejercicio efectivo de los derechos y deberes de los alumnos, es importante que se potencie la autonomía del Centro”, y sigue los argumentos referentes a los Centros educativos de que debe haber una conveniencia de dotarlos de “una gran autonomía, tanto en la delimitación de sus normas de convivencia como en el establecimiento de los mecanismos que permitan garantizar su cumplimiento”.

En consideración del que suscribe, las argumentaciones empleadas en dicha sentencia, para motivar la validez de la prueba del registro, son demasiado vagas e inconsistentes, ya que se basan, únicamente, en el hecho de que los Centros deben disponer de una absoluta autonomía para trabajar y combatir las conductas contrarias a su correspondiente plan de convivencia; pero, este posicionamiento, podría acarrear un problema añadido, en cuanto que no se marcan unos límites en ese margen de intervención dentro de la comunidad educativa y, por ende, podrían verse afectados derechos fundamentales. Por consiguiente, y según nuestra opinión, nos posicionamos en contra de que se puedan realizar registros masivos dentro de los Centros educativos, así como también de que el colectivo docente practique cacheos a sus alumnos.

X.3.5.2. El cacheo policial en los Centros docentes.

El segundo supuesto que puede ocurrir en cuanto a la realización de aquellas pesquisas que puedan derivar en la práctica del cacheo en el ámbito docente, es el concerniente al realizado por las FCS en el interior de las instalaciones escolares durante las horas lectivas.

Existen dos supuestos subsumidos en el mismo apartado. El primero de ellos sería el concerniente al caso en que el equipo docente requiriera de los servicios de las FCS tras las sospechas, más que fundadas, de que un estudiante pudiera portar, entre sus pertenencias, un objeto u sustancia prohibida, capaz de causar un grave peligro a los bienes, la integridad de las personas, o, cuya conducta, pudiera ser tipificada como un delito leve, menos grave o grave.

Estas actuaciones, aun habiendo sido requeridas por los docentes de un Centro escolar, no tienen ninguna connotación educativa, sino que van dirigidas únicamente a la persecución de infracciones penales, por lo que tan solo tienen un alcance de orden público o de seguridad ciudadana.

Entendemos, por tanto, que los profesores y las FCS están impelidos a dar cuenta de cualquier sospecha fehaciente sobre conductas que pudieren derivar en infracción, así como el deber de todos ellos de perseguir la comisión de los ilícitos penales de los que tuviesen conocimiento durante el desempeño de sus funciones. No obstante, no podemos olvidar que se deben garantizar los requisitos mínimos exigidos que aseguren, en todo momento, los derechos del sometido cuando se le practique el cacheo.

El segundo supuesto, es el referido al cacheo realizado de oficio por las FCS, es decir, cuando, por ejemplo, realicen patrulla de vigilancia en las inmediaciones de un Centro docente, y se percaten de que se está cometiendo un ilícito penal en el interior del mismo, o, incluso, por qué no, en sus extrarradios⁸³².

Cada vez son más los municipios que se suman a la creación de unidades de seguridad ciudadana en prevención de conductas delictivas en los alrededores de los Centros escolares, así como a la creación de unidades de Policía Tutor.

⁸³² La AP de Cáceres 26/2012, de 01 de febrero, relata que mientras una patrulla de la Guardia Civil estaba realizando labores de vigilancia en las inmediaciones de un instituto, dieron el alto a un vehículo al que habían sorprendido circulando mientras realizaba maniobras extrañas, hallando droga en su interior, tras una inspección, y cuya cantidad era susceptible de ser considerada como prueba o indicio de la presunta comisión de un delito contra la salud pública. Además la AP de Vizcaya, mediante la sentencia 50/2007, de 20 de junio, dirimió sobre unos hechos en los que la Policía Local de Bilbao, después de llevar a cabo un seguimiento por las inmediaciones de un Centro escolar, sorprendió al encartado mientras intentaba realizar una transacción a un estudiante del Centro, y motivo por el cual finalmente fue detenido por un delito contra la salud pública.

Como ejemplo de ello, señalamos el plan de convivencia del I.E.S. Manuel Tárrega Escribano de San Pedro del Pinatar (Murcia). En dicha norma viene recogido el plan de actuación de los Policías Tutores de ese municipio, cuya finalidad es aumentar la sensación de seguridad tanto en el ámbito educativo como también en las proximidades del Centro.

Entre las labores más importantes contempladas en el plan de convivencia, podríamos destacar, entre otras, las intensas labores de vigilancia que, durante el horario escolar, han de realizar las FCS con el objetivo de prevenir y detectar no tan solo los incidentes relacionados con las drogas o los abusos de sustancias estupefacientes, sino también con el fin de reducir el absentismo escolar y la exclusión, e investigar y tratar los actos delictivos por motivos raciales, etcétera.

Si los cuerpos policiales tuvieran conocimiento de que un alumno pudiera portar algún tipo de droga, objeto robado u otro efecto provenientes de la comisión de un ilícito penal, éstos deberán comunicárselo al Director del Centro para que les autorice a realizar las indagaciones pertinentes en el interior de las instalaciones.

Y ya por último, podríamos preguntarnos si estaría legitimada la realización de cacheos colectivos, o en masa, a petición del Director de un Centro, o por propia iniciativa de las FCS. La cuestión, es de fácil solución, atendiendo al fin por el cual se practiquen éstos. Por ejemplo, difícilmente se podrán realizar este tipo de indagaciones en masa, si el ambiente, en el que se desarrolla una actividad, es estrictamente educativo, y carece de cualquier connotación de seguridad pública o prevención ciudadana derivada de una alarma social de importancia.

A modo de ejemplo, y en aras de ilustrar si cabe más el tema de estudio, no procedería que las FCS se ubicasen justo a la puerta de un autobús a fin de cachear a todos los estudiantes de un instituto, que fueran a subirse al mismo, por motivo de una excursión para la realización de una actividad escolar. Ahora bien, imaginemos que se hubiese repetido, en numerosas ocasiones anteriores, esa misma actividad escolar por los mismos estudiantes, en las que se hubiesen producido entre ellos conductas disruptivas con resultado de lesiones con arma blanca. Es evidente que, en este caso, sí estaría justificado el fin, así como el objeto de prevención, o, al lo menos, la realización de todos esos cacheos estaría más ajustado a derecho.

XI. DERECHO COMPARADO.

XI.1. EL CACHEO POLICIAL EN MÉXICO.

XI.1.1. Introducción: la seguridad pública mexicana como justificación al cacheo policial.

Los Estados Unidos Mexicanos están organizados bajo un sistema político Federal. De este modo se constituyen en tres niveles de Gobierno, tanto Federal, Estatal como Municipal, lo que provoca que se promulguen leyes de una misma naturaleza y, a su vez, estén representados en distintos niveles de Gobierno.

Todo ello, desencadena que se desarrollen un acopio de normas en el ordenamiento jurídico mexicano cuyas consecuencias divergen en una variedad de leyes que avalan el cacheo policial, y también, como consecuencia de ello, contiene una serie de funciones para la seguridad pública divergentes entre sí.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 expresa en el artículo 21, que “la seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la Ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución”.

La obligación de hacer cumplir con efectividad la seguridad pública y la Ley, les compete a los agentes, cuyas funciones se caracterizan en erradicar cualquier tipo de amenaza que minen o supriman los bienes y los derechos fundamentales de las personas⁸³³.

⁸³³ En este sentido lo expresa la Recomendación nº 17/2015 de la Gaceta de Derechos Humanos, Órgano informativo de la Comisión de la de la Comisión de Derechos Humanos del estado de México, Año IX, nº 109, pág. 2, aludiendo además que la

Podemos colegir, que la policía encargada de velar por la seguridad pública, queda constituida en instituciones policiales independientes y distintas, según su jurisdicción. A su vez podemos concluir que a las autoridades civiles, compuestas por las policías de tránsito, policías federales, estatales o municipales, les corresponde la intervención para el mantenimiento de la Seguridad Pública. Según RIVERO RODRÍGUEZ⁸³⁴, establece que, las autoridades militares no están legalmente capacitadas para realizar labores de seguridad pública en lo relativo a la prevención del delito, pues puede dar lugar a abusos indebidos dada la ausencia de una estricta legalidad que los ampare.

Pero no es menos cierto, que la seguridad pública también proporciona perseverar el orden legal para que los ciudadanos ejerzan plenamente el disfrute de sus derechos y libertades fundamentales.

Este planteamiento es la base para que HERRERA PÉREZ⁸³⁵ indique que la seguridad pública contiene varios elementos importantes con los que conseguir una convivencia armónica. Se refiere a las Instituciones policiales, a la Administración de justicia y, por último, a la Institución penitenciaria.

Por lo que respecta al párrafo anterior, el ordenamiento jurídico mexicano concerniente al ámbito penitenciario – aspecto interesante en materia de la práctica del cacheo –, proporciona un acopio de preceptos dirigidos a legalizar la práctica del cacheo, tanto a los internos, como a sus visitantes; configurándose como un instrumento transcendental para preservar el mantenimiento, funcionamiento y el buen orden de los Centros.

seguridad pública garantiza las condiciones propias para que se desarrolle una convivencia ordenada entre la sociedad.

Esta recomendación, fue emitida al Presidente Municipal Constitucional de Teotihuacan, por el uso excesivo de la fuerza y acciones arbitrarias cometidas por la policía.

⁸³⁴ RIVERO RODRÍGUEZ, L.G., “Seguridad pública a cargo de las fuerzas armadas. Un análisis sobre el tipo de garantías y el nivel de protección con que cuenta el gobernado, cuando son vulnerados sus derechos fundamentales por elementos castrenses” (Tesis), Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales de México, Ed. Flasco Sede académica de México, 2008, pág. 25.

⁸³⁵ HERRERA PÉREZ, A., “La prevención de los delitos: elementos fundamentales en la seguridad pública”, La Administración de la seguridad pública y las policías en México, Revista de Administración Pública, nº 106, Ed. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2002, pág. 87.

Se debe evitar cualquier conducta que pueda generar actuaciones irregulares⁸³⁶. Nos estamos refiriendo, entre otras leyes, al Reglamento de los Centros Preventivos y de Readaptación Social del Estado⁸³⁷; al Reglamento Interior para el Centro Especializado en la Aplicación de Medidas para adolescentes del Estado de Yucatán⁸³⁸; al Reglamento de los Centros de Readaptación Social del Gobierno del Estado de Baja California Sur⁸³⁹; y al Código de Ejecución de Sanciones Penales y Medidas de Libertad Anticipada para el Estado de Chiapas⁸⁴⁰.

XI.1.2. El cacheo policial en el Procedimiento Penal.

El Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales con fecha del 5 de febrero del 2014, se refiere a dos figuras disparejas

⁸³⁶ Recomendación 10/2015 de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, dilucida sobre la vulneración de derechos humanos a los familiares de los internos, porque en un Centro preventivo y de readaptación social, donde se estaba celebrando un teatro, se produjo un robo de un bolso en su interior. La Directora ordenó el cierre de dichas puertas, para así avisar a la policía y de este modo facilitar los registros y los cacheos a todos los asistentes.

⁸³⁷ Aprobado el 30 de noviembre de 1992, establece en su artículo 76 la autorización para realizar inspecciones en todos los efectos que porten los visitantes, así como la preceptiva revisión personal. Aduce que se practicará en cubículos cerrados, en forma separada para hombres y mujeres y por personal masculino y femenino, según el sexo del visitante. El artículo 126 arguye que los internos tienen la obligación de someterse a registros y cacheos de su persona, celda y pertenencias. Todo ello refrendado por el artículo 115, ya que se deberá respetar la dignidad y buen trato de los intervenidos.

⁸³⁸ Con fecha de aprobación del 8 de septiembre de 2012, es el artículo 51 el que refrenda a los funcionarios penitenciarios a realizar registros a los visitantes para evitar la introducción de objetos o sustancias prohibidas.

⁸³⁹ Dicha Ley entró en vigor el 01 de agosto de 1978. Además de lo comentado en las leyes anteriores, contiene en su artículo 71, que deberán abrir los paquetes, las latas o botellas que porten, e incluso si fuere necesario, vaciará su contenido. Añade también que se revisará cuidadosamente. Sin embargo el artículo 59 expresa que los internos cuando se presenten puntualmente a pasar las listas ordinarias previstas en el Reglamento y las extraordinarias que acuerde la Dirección, quedarán sujetos a registros y cacheos, realizándose de una forma que no resulte humillante y sin hacer uso de la violencia.

⁸⁴⁰ En vigor desde el 28 del noviembre de 2014. Interesantes son los artículos 123 y 124, referente a cuáles son los efectos prohibidos para salvaguardar la seguridad del establecimiento.

dirigidas al registro de las personas en la investigación de delitos. La primera hace mención a las “inspecciones de personas”; y la segunda a las “revisiones corporales”.

El término genérico de “inspección”, cabe indicar que, según el artículo 267 del referido CNPP, es todo “acto de investigación⁸⁴¹ sobre el estado que guardan lugares, objetos, instrumentos o productos del delito”, debiendo de constar en un registro⁸⁴².

Ahora bien, expresa el referido Decreto que la inspección de personas⁸⁴³ se encuadra en todo acto de inspección policial dirigido hacia los individuos y sus posesiones cuando exista flagrancia⁸⁴⁴, o bien existan sospechas⁸⁴⁵, o indicios lo suficientemente contundentes, como para considerar que ocultan entre sus ropas, o llevan adheridos a sus cuerpos, toda clase de instrumentos, productos u objetos relacionados con el hecho delictual investigado; consistiendo la acción inspectora, principalmente, en una exploración externa de las posesiones del sujeto sometido.

Sobre el hecho de dejar a una persona semidesnuda, o realizar el desnudo integral propiamente dicho; es decir, que dicha inspección conlleve una exposición de las partes más íntimas del cuerpo, ésta deberá ser aprobada,

⁸⁴¹ El artículo 2 de la CNPP se pronuncia sobre la etapa de investigación, que tiene como objetivo para el Ministerio Público, reunir cada uno de los indicios para el esclarecimiento de los hechos que se investiguen, y en su caso, los datos sustanciales para ejercer la acción penal, la acusación contra el imputado o la reparación del daño. En este sentido también se pronuncia NAHUATT JAVIER, M., “Diferencia entre datos de prueba, medios de prueba y prueba: en el nuevo proceso penal acusatorio”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n° 38, 2014, pág. 161.

⁸⁴² En este sentido lo recomienda el autor VASCONCELOS MÉNDEZ, R., “Cuatro años de justicia para adolescentes de México”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n° 31, Enero 2011, pág. 296, que se levante un acta de todas aquellas revisiones corporales en personas menores de edad.

⁸⁴³ Encuadrado en el artículo 268 del CNPP.

⁸⁴⁴ La Gaceta del Gobierno del Estado de México n° 11 del 15 de julio de 2013, recoge en el artículo 4, la definición de flagrancia “cuando una persona es sorprendida en el momento de estar cometiendo un ilícito o cuando es perseguida inmediatamente después de haberlo cometido”.

⁸⁴⁵ La Gaceta del Gobierno anteriormente referenciada en el artículo 4 define principalmente la sospecha como aquella obtenida por la experiencia policial, el lenguaje corporal y observación de una actividad ilegal.

obviamente, mediante autorización judicial. Eso sí, no sin antes, el agente de policía actuante, informe al sometido, sobre las causas y motivos de la misma.

Los propios Estados que componen el país de México regulan también sus propios Códigos Penales. En ellos⁸⁴⁶ encontramos una ampliación en cuanto a las formalidades de las inspecciones de personas se refiere con respecto al aludido Código Nacional. Principalmente, consisten en que la policía debe, en primer lugar, invitar al sometido a exhibir voluntariamente los objetos buscados; a quien, de hacer caso omiso, se le someterá a una inspección que, como quiera que pudiera comprometer el pudor de la persona cacheada, deberá realizarse preferentemente en un habitáculo, o recinto que resguarde la intimidad adecuada, y siempre realizada por personas del mismo sexo.

No obstante, en el artículo 269 del CNPP se hace mención al término “revisión corporal”. A priori, dicha expresión puede generar dudas diferenciales con el término anteriormente aludido. Aunque el término revisión, en ocasiones, se relaciona con el cacheo policial⁸⁴⁷, puede generar dudas en su terminología a la hora de nombrarlo para realizar su estudio. Es por tanto que debemos de ceñirnos estrictamente en lo indicado por la CNPP, ya que existe una diferencia sustancial atendida al nivel más intenso de afectación de los derechos de las personas.

Digamos que la revisión corporal, durante una investigación de la policía, está dirigida, de igual modo, hacia cualquier persona con el fin de extraer muestras de fluido corporal, vello o cabello, exámenes corporales de carácter

⁸⁴⁶ Artículo 263 del Código Procesal Penal del Estado de Durango de 8 de mayo del 2014 y el artículo 238 del Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán del 18 de mayo del 2012.

⁸⁴⁷ Tanto la Sentencia Ejecutoria n° III.2°P232P, Tribunales Colegiados de Circuito, como la Sentencia Ejecutoria n° 1ª./J.13/96 de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, argumentan que la exploración externa de un sospechoso tiene relación con una revisión corporal. Tampoco deja claro la diferencia sustancial entre la inspección y la revisión de las personas, ya que ambos conceptos, que alude la Gaceta del Gobierno, están dirigidos a las personas para verificar su identidad, verificar la comisión de un acto delictivo o infracción administrativa. Sin embargo, el Manual Básico del Policía Preventivo del 2009 del Gobierno Federal Mexicano, pág. 78, establece que “el cacheo policial no es una revisión estrictamente, es la técnica o procedimiento que utilizan los policías para encontrar objetos ilegales al momento de llevar a cabo una detención para garantizar tanto al policía como al detenido su seguridad”.

biológico, extracciones de sangre u otros análogos; es decir, todas aquellas intervenciones que puedan implicar un riesgo para la salud y una vulneración de los derechos fundamentales de las personas.

Estas pruebas las autorizará el Ministerio Público para su debida extracción, que en primera instancia será voluntaria. En el caso de que el encartado se manifieste en contra de la aportación voluntaria, será cuando el Ministerio Público, por sí mismo, o por medio de la policía, proceda a solicitar la preceptiva autorización al órgano jurisdiccional, en cuyo caso dilucidará sobre el asunto, resolviendo la solicitud en atención al principio de proporcionalidad.

Continúa el precepto 269 del CNPP argumentando que las muestras serán obtenidas por el personal que esté especializado y, en todo caso, por aquellas del mismo sexo, o del sexo que elija el sujeto sometido. Ahora bien, todo ello siempre se llevará a cabo en atención a la protección de los derechos humanos inherentes.

Además, la referida Ley expresa cuáles son las figuras investigadoras que requerirán autorización judicial y cuáles no. El artículo 251, indica que no requiere de autorización previa del juez de control⁸⁴⁸, las inspecciones de personas, ni tampoco la revisión corporal ni la inspección de vehículos⁸⁴⁹, sin olvidar que, en primera instancia, deberá ser preceptiva la voluntad del sometido.

Sin embargo, el artículo 252 expresa todo un acervo de intervenciones que sí requiere de autorización judicial. Nos referimos a la figura del cateo; a la intervención de comunicaciones privadas y correspondencia; a la toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello; a las extracciones de sangre u otros análogos; o al reconocimiento o examen físico de una persona cuando aquella se niegue a ser examinada⁸⁵⁰.

⁸⁴⁸ RABASA GAMBOA, E., "La reforma penal de los juicios orales", Ed. Nostra, México, 2012, pág. 38, referente al juez de control, arguye que es una de las principales novedades de los juicios orales, sobre todo en la fase de investigación de la policía, con la función principal de evitar transgredir derechos humanos al culpable y obtener pruebas tasadas.

⁸⁴⁹ En el mismo sentido MARTÍNEZ BASTIDA, E., "Manual para litigantes del procedimiento nacional acusatorio y oral", Ed. Raúl Juárez Carro, Coyoacán, 2014, pág. 39.

⁸⁵⁰ HERNÁNDEZ CARMONA, O., "Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales", Revista letras jurídicas, nº 29, Ed. Universidad Veracruzana, Enero 2014, pág. 232.

XI.1.3. El cacheo policial preventivo.

La Ley de la Policía Federal preventiva⁸⁵¹ tiene unas atribuciones lo suficientemente contundentes como para garantizar, mantener y restablecer el orden y la paz pública, prevenir actos delictivos y salvaguardar la integridad de terceras personas. En el artículo 4 de la presente Ley, figuran todas las funciones que de forma imperativa deben ser acatadas por las fuerzas del orden.

Entre las más interesantes, habida cuenta de que debemos de realizar el estudio sobre la legalidad del cacheo por parte de la policía mexicana en actuaciones preventivas, encontramos que en el artículo 4.IV se autoriza y habilita a la policía para el aseguramiento de bienes que sean objeto, instrumento o producto de un delito.

La jurisprudencia ha avalado las actuaciones preventivas cuando el intervenido muestre una actitud sospechosa, o se tengan indicios⁸⁵² los suficientemente concluyentes como para entender que hubiera cometido un ilícito penal.

Prueba de ello es la Comisión Estatal de Derechos Humanos de nuevo León⁸⁵³, que inició una resolución e investigación de unos hechos acaecidos con motivo de una queja por la práctica de una revisión corporal llevada a cabo por la policía.

Dicha comisión dilucidó sobre una detención ilegal y una supuesta revisión corporal arbitraria, argumentando que “si la víctima se encontraba caminando junto a otras personas y el elemento de policía los catalogó, subjetiva y caprichosamente, como raros o sospechosos, no es motivo suficiente para

⁸⁵¹ Ley publicada en el diario oficial de la federación el 04 de enero de 1999. En su artículo uno, recuerda que dicha Ley tiene como objeto regular la organización y funcionamiento de la policía federal preventiva, convirtiéndose la seguridad pública como un fin primordial.

⁸⁵² Tanto para la sospecha como para los indicios presento algunos ejemplos de la línea jurisprudencial mexicana al respecto; Sentencia Ejecutoria n° III.2º.P232P del 2010, Tribunales Colegiados de Circuito. Sentencia Ejecutoria n° 1ª/J. 26/2004 de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala. Sentencia Ejecutoria n° 1ª./J.13/96 de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala.

⁸⁵³ Pág. 13 del expediente n° CEDH/2011.

pretender efectuar una revisión de rutina, pues lejos de cumplir su función de vigilar y mantener el orden y la paz social entre la población”.

También el Gobierno Federal, mediante el manual básico del policía preventivo de 2009⁸⁵⁴, es taxativo al explicar que para la legitimación de un cacheo deben existir motivos suficientes y fundamentados para suponer que un sujeto oculta objetos ilícitos entre sus ropas. Aconseja el Gobierno Federal que los funcionarios policiales deben invitarle a cooperar⁸⁵⁵, y advertirle sobre qué tipo de sospechas ha suscitado a realizar su práctica; es decir, comunicarle en un lenguaje comprensivo, cuáles son los motivos y razones por los que han procedido a la indagación referida.

El acuerdo 05/2012 del 27 de febrero del 2012 del “Secretario de Seguridad Pública, por el que se emiten los lineamientos generales para poner a disposición de la autoridades competentes a personas u objetos” dispone, que las Instituciones policiales que dependen de los órganos descentralizados de la secretaria de la seguridad pública, tienen el deber de asegurar las pruebas del delito, llevando consigo una revisión corporal que permita localizar cualquier tipo de amenaza que pudiera poner en peligro la integridad física e intervenir el inventario de los bienes que posee, ya que pudieran ser susceptibles de ser puestos a disposición judicial.

Este acuerdo, se convertiría en un vacío legal del cacheo a los detenidos preventivos, si no tuviéramos en cuenta leyes de supremacía menor; como son las estatales o las municipales.

A modo de ejemplo, el Gobierno Municipal de Toluca, decretó un manual de lineamientos operativos y administrativos para la policía⁸⁵⁶, cuyo objetivo para la práctica del cacheo en una detención, está dirigida al mero conocimiento si la persona porta o lleva consigo armas u objetos que puedan ser utilizados o puedan poner en peligro la vida de los intervinientes.

⁸⁵⁴ Pág. 79.

⁸⁵⁵ En el Voto n^o P./J. 100/2005 del 1 de noviembre de 2007, las sospechas están infundadas porque el sometido huye del lugar cuando se percata de la presencia policial, finalmente ante la insistencia de la fuerza actuante, y antes de proceder al cacheo de la persona, ésta voluntariamente entregó un envoltorio de papel de color blanco, que finalmente contenía droga en su interior.

⁸⁵⁶ Publicado en el Periódico oficial del 28 de octubre de 2001, pág. 11052.

De igual modo, el Código Municipal de Aguascalientes⁸⁵⁷ establece en el artículo 368 cuáles son las competencias de la policía en los Centros de detención preventiva municipal. Entre las funciones que interesan a tal efecto, podemos destacar, que los funcionarios policiales les compete llevar a efecto un registro a los detenidos con el fin de impedir que introduzcan objetos prohibidos que hicieran peligrar la seguridad de todas la personas intervinientes y de terceros, así como impedir o dificultar su evasión o huida.

XI.1.3.1. Inspección de vehículos.

Como se ha tenido ocasión de estudio en el artículo 251 del CNPP, no requiere autorización judicial las inspecciones de vehículos. Sorprendentemente dicho precepto no regula detalladamente el procedimiento a efectuar, sino más bien, ha propiciado que leyes de orden inferior desarrollen o regulen dicho aspecto.

El Código Procesal Penal del Estado de Durango publicado el 10 de junio del 2014, establece en su artículo 265, que la policía podrá registrar un vehículo, siempre y cuando existiesen motivos bastantes para presumir que hubieran en su interior objetos relacionados con el delito que se investigue⁸⁵⁸. Dicho precepto finaliza argumentando que se tomarán las mismas formalidades previstas para la inspección de personas.

Aduce LÓPEZ GUILLÉN y MADRID⁸⁵⁹ sobre las inspecciones de vehículos, que es una práctica meramente policial y de una gran utilidad para prevenir la comisión de delitos, así como también para la investigación de hechos criminales, definiéndolo como “un mecanismo de verificación y registro, utilizado con muchas frecuencia por los cuerpos de policías”.

⁸⁵⁷ El artículo 1 establece que dicho Código lo constituyen el conjunto de normas expedidas por el Ayuntamiento de Aguascalientes, que contienen las disposiciones relativas a los derechos protegidos en la esfera del orden público, seguridad, bienestar de las personas, etc.

⁸⁵⁸ La Ejecutoria nº 1ª./J. 94/2011 (9ª.) de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, del 1 de octubre del 2011 y la Ejecutoria 1ª./J. 64/2011 (9ª.) de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, de 1 de octubre de 2011, justifican entre otras figuras los registros de vehículos.

⁸⁵⁹ LÓPEZ GUILLÉN, G., y MADRID, J.Y., “La policía...”, op. cit., 2013, pág. 170.

XI.1.3.2. Inspecciones colectivas.

En este apartado de forma sucinta, nos vamos a referir a aquellas actuaciones policiales que estén encaminadas a perseguir un acto delictivo en el marco de una investigación, y que lleven a cabo tanto cacheos como registros a las personas emplazado en el lugar objeto de intervención.

A modo de ejemplo, el Código Procesal del Estado de Durango, lo tiene regulado en el artículo 266, en el que advierte que la intervención de registro ha de realizarse no sólo en las personas sino también en los vehículos, bajo la dirección del Ministerio Público, con el fin de que éste vele por la legalidad del procedimiento.

Ya no sólo se utilizará el cacheo colectivo a efectos de perseguir un delito, sino también con el objeto de descubrir irregularidades en el funcionamiento de establecimientos mercantiles por la venta o suministro de bebidas alcohólicas. Este aspecto, junto a las intervenciones colectivas con el fin de prevenir delitos, se encuadra también en la Gaceta del Gobierno fechado el 15 de julio de 2013.

Sin embargo, en cuanto a los controles preventivos rutinarios efectuados en la vía pública, en los que se someten a las personas y vehículos a registros, la valoración de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en su Recomendación General 02/2001, no deja de ser vaga e incompleta en su interpretación, ya que se abstiene de pronunciarse a tal efecto, por lo que deja una ocasión importante para conocer la legalidad⁸⁶⁰.

XI.1.4. Derechos afectados.

Todos estos acopios de intervenciones expresados en los artículos 251 y 252 del CNPP, configurados como actividades que afectan a los derechos de las personas en menor o mayor grado; dependiendo del nivel de intromisión, constituyen (lo que la propia CNPP reseña en el artículo 266) “un acto de molestia”. Pues bien, expresa el precepto que todo acto de molestia deberá llevarse a cabo con respeto a la dignidad de las persona sometidas, e incluso antes

⁸⁶⁰ En el mismo sentido RIVERO RODRIGUEZ, L.G., “Seguridad pública...”, op. cit., 2008, pág. 31.

de ejecutarse la intervención, la autoridad competente deberá de informarle sobre los derechos que le asisten y solicitar su cooperación⁸⁶¹.

Dicho aspecto, se eleva incluso a nivel Constitucional, concretamente en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, rezando que “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. Además en su artículo 14 queda en evidencia que incluso la formalidad del cacheo queda expresamente prohibido si no se realiza conforme a las leyes, cuando arguye que “nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos sino (...) conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

La dignidad de la persona, junto al disfrute pleno de la libertad, está consagrada en la Constitución Mexicana como un reducto infranqueable que protege de cualquier ataque contra la discriminación o el menoscabo que ponga en serio peligro los derechos de los ciudadanos.

Afirma ISLAS COLÍN⁸⁶² que las revisiones corporales que se efectúan a los visitantes a su entrada en los Centros federales⁸⁶³, las cuales consisten en practicar el desnudo a mujeres en periodo menstrual, desnudar a menores de edad y posar en diversas posiciones indecorosas dentro de habitáculos donde se encuentran máquinas de rayos X, así también como revisar la vagina, boca, nariz, ojos y oídos, constituyen una violación del derecho a la dignidad de la persona y, por tanto, son una humillación intolerable.

Además “toda persona tiene derecho a la vida, a la seguridad y a no ser sometida a torturas ni a penas a tratos crueles inhumanos o degradantes”⁸⁶⁴. Esta

⁸⁶¹ Además continúa el artículo esgrimiendo el derecho a que la autoridad tome las medidas razonables para brindar información a las personas sobre sus derechos si éstas, que estuvieran siendo objetos de intervención policial, no hablasen español.

⁸⁶² ISLAS COLÍN, A., “Derecho a la dignidad”, *Perfiles de las ciencias sociales*, Año I, vol. I, nº 1, Ed. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Julio-diciembre 2013, pág. 182, recoge las reiteradas quejas respecto a las revisiones corporales que efectúan los visitantes en los ingresos a los Centros federales.

⁸⁶³ Popularmente conocido en España como Centro penitenciario.

⁸⁶⁴ Recomendación nº 17/2015 de la comisión de derechos humanos del estado de México, debido al uso excesivo de la fuerza de la policía, y de acciones arbitrarias.

frase, es la síntesis de la recomendación 17/2015 que realiza la Comisión de Derechos Humanos del estado de México por un exceso y abusiva intervención de la policía para con un individuo, cuya principal intromisión se produjo por la arbitraria revisión corporal que consistió en bajarle los pantalones y la ropa íntima con el objeto de exhibirla.

Las prácticas de las revisiones e inspecciones de las personas, según LÓPEZ GUILLÉN y MADRID⁸⁶⁵, aduce, que aunque no resulta afectado el derecho a la integridad física al no producirse lesión, se ve afectado el derecho a la intimidad. Nos recuerda también MARURI JIMÉNEZ⁸⁶⁶, que en todo caso se deberá respetar el pudor, realizándolo en un recinto que guarde la privacidad del examinado, que existan motivos suficientes para el sometimiento, y el compromiso de que el procedimiento de registro lo realicen personas del mismo sexo.

No podemos olvidar, de igual modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁶⁷, cuya mención también se centra en la protección del trato de los ciudadanos, tanto en su integridad personal, como en la protección de la honra y de la dignidad. Nos estamos refiriendo a los artículos 5 y 11 de la presente Convención, expresando que se debe respetar a la persona, ya no sólo en su integridad física, sino también en lo que respecta a su moral y aspecto psíquico. Por tanto debe evitarse a toda costa que nadie sea sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Hace hincapié asimismo que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento supremo de su dignidad, evitando ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, o de ataques ilegales a su reputación o a su honra.

⁸⁶⁵ LÓPEZ GUILLÉN y MADRID Y.J., "La policía en la investigación del delito", Revista digital de la reforma penal (Nova Iustitia), Año I, n° 4, Agosto 2013, pág. 169.

⁸⁶⁶ MARURI JIMÉNEZ, J.A., "El aspecto criminalista del nuevo proceso penal de corte acusatorio adversarial y oral en el estado de México", Archivos de criminología, criminalística y seguridad privada, Centro de estudios superiores en ciencias jurídicas y criminológicas, n° 10, Enero 2013, pág. 8.

⁸⁶⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José).

XI.1.5. Breve referencia de la práctica del cacheo practicado en los “cateos”.

Según la RAE, los cateos⁸⁶⁸ constituyen un allanamiento de morada, lo que conocemos en España como registro domiciliario, que como no podría ser de otro modo, en México también se requiere de una autorización judicial⁸⁶⁹, tal y como indica el artículo 252 de la CNPP, ya que de ser realizado de forma arbitraria —al tratarse la inviolabilidad domiciliaria de un principio constitucional fundamental—, vulneraría el artículo 16 de la Constitución Mexicana, el cual dispone que nadie puede ser molestado en su domicilio.

LÓPEZ GUILLÉN Y MADRID⁸⁷⁰, define el cateo, en una primera aproximación, como “una medida precautoria que protege una serie de acciones policiales y/o ministeriales, que consiste en un registro y/o allanamiento de un domicilio particular —vinculado a un hecho presuntamente criminal— con el propósito de buscar personas u objetos que están relacionados con la investigación de un delito”.

El cateo está encuadrado y desarrollado de una forma taxativa desde el artículo 282 hasta el 290 de la citada CNPP, siendo de nuestro interés, especialmente, porque esta práctica, lleva implícito, según el artículo 282 del CNPP, la inspección de las personas⁸⁷¹ para la aprehensión de los objetos que se buscan, es decir, dicha modalidad autoriza a realizar el cacheo a aquellas personas que se encuentren en el lugar autorizado para el cateo.

⁸⁶⁸ Según nuestro autor ORTIZ TREVIÑO, R.G., que en virtud al principio de legalidad, existen dos excepciones por las cuales, los agentes policiales pueden entrar en un domicilio o zona privada; una es el citado cateo y la otra, las visitas domiciliarias, (“La seguridad jurídica. Los derechos humanos en la jurisprudencia mexicana”, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, octubre 2014, pág. 373).

⁸⁶⁹ Indica la Ejecutoria 1ª./J. 21/2007 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, que tratándose de un delito flagrante, con “fundamento en el que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito”

⁸⁷⁰ LÓPEZ GUILLÉN y MADRID Y.J., “La policía...”, op. cit., 2013, pág. 169.

⁸⁷¹ Prueba de ello, la Ejecutoria nº 1ª./J. 9/2010 de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, pone de relieve la práctica de una revisión corporal en un cateo, aun cuando no se haya encontrado ningún objeto o sustancia ilegal.

Para que su ejecución sea legal, deberá señalar cada uno de los motivos e indicios que sustentan la orden del cateo, debiendo contener una serie de formalidades⁸⁷² por resolución judicial, destacando que se tendrá determinado el lugar del cateo, el día y la hora donde se ha de practicar y cuáles serán los servidores públicos autorizados a llevarlo a efecto.

La recomendación general n° 19 referida a los cateos ilegales, con referencia 12 de agosto de 2011, pone sobre relieve la preocupación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por ser ésta una práctica común y habitual, habiéndose detectado múltiples violaciones de los derechos humanos por parte de los cuerpos policiales y las fuerzas armadas en México en el auxilio y protección de la seguridad pública.

XI.2. EL CACHEO POLICIAL EN ITALIA.

XI.2.1. Contextualización del cacheo y de las inspecciones; regulación Constitucional Italiana.

La expresión italiana “perquisizione personali”, es la más adecuada para referirnos a lo que en España conocemos por cacheo, ya que podría traducirse como registro personal. No obstante, la utilización del vocablo italiano “ispezione”, equivaldría al término inspección cuando es traducido al castellano, y cuyo significado, en atención al ordenamiento jurídico italiano, sería utilizado para referirse a aquellos registros más intensos, a consecuencia de la mayor intensidad en la intromisión de los derechos fundamentales, ya no sólo en propiedades privadas, sino también en los propios cuerpos de las personas.

En este sentido MARIA NANNA⁸⁷³, refiere que las inspecciones consisten en la realización de aquellas actividades encaminadas a adquirir vestigios u efectos procedentes del crimen, tanto de las personas, como de los lugares o cosas,

⁸⁷² El artículo 288 formaliza cuáles son los requisitos por los cuales un cateo sería legítimo: se deberá entregar una copia de la orden del cateo a la persona afectada, se levantará acta circunstanciada en presencia de dos testigos, al concluir el mismo se cuidará que los lugares queden cerrados.

⁸⁷³ MARIA NANNA, G., “Polizia Giudiziaria e minori. Tecniche di intervento e tutela”, Ed. Cacucci, Bari, 2013, pág. 65.

concluyendo, que en todos los supuestos debe ser respetada la dignidad de los sometidos⁸⁷⁴.

De igual modo, el término “perquisizione”, mencionan las leyes italianas, que es una actividad indagatoria, no solo ya dirigida a los sujetos, sino también a locales o establecimientos, vehículos o propiedades privadas. Todo ello dependerá del segundo vocablo que se le añada al término en cuestión; la locución “perquisizione local”, por ejemplo, hace alusión a los registros de establecimientos; la expresión “perquisizione reale” a aquellos registros dirigidos a los vehículos o buques (por ejemplo), y los registros domiciliarios son referidos mediante la locución “perquisizione nel domicilio”.

La Constitución de la República Italiana⁸⁷⁵, cuando se refiere al derecho fundamental de la libertad personal en su artículo 13, aduce que es inviolable, ya que de ningún modo podrá ser admitida ninguna forma de privación de libertad, inspección, registro personal, ni otra restricción que afecte a la aludida libertad

⁸⁷⁴ El respeto a la dignidad de las personas que son sometidas a la práctica del cacheo debe protegerse incluso en el ámbito penitenciario, ya que su actividad es incluso más intensa. En este sentido CECCARINI, T., “Constituzione e perquisizione dei detenuti”, Rivista penale, nº 4, Ed. La Tribuna, Abril 2002, pág. 320, arguye, que a los internos se le debe preservar su dignidad, ya que el hecho de encontrarse privados de libertad, no significa que sus derechos fundamentales puedan ser afectados de forma caprichosa o arbitraria. En sus argumentos pone de ejemplo, en este sentido, la sentencia Cass. pen. sez., del 18 de octubre de 1996, nº 14996. En los Centros penitenciarios italianos, según su ordenamiento jurídico, se incrementa prácticas indagatorias como el referido cacheo, ya no sólo por la rutina que realizan los funcionarios cuando entren o salgan del Centro penitenciario, sino que además tiene un severo motivo de seguridad (Cass. pen. Sez. del 19 de marzo del 2005, nº 10683). Entre las leyes que justifican el cacheo de los presos, nombramos como más importantes; la Legge de 26 de luglio de 1975, nº 354, en cuyo artículo 34 justifica el cacheo por motivos de seguridad, así como el artículo 69, donde recoge que los cacheos deben ser realizados por funcionarios del mismo sexo. El Decreto del Presidente della Repubblica 5 de junio de 2012, nº 136, recoge en su artículo 23, la facultad para realizar el cacheo cuando un interno ingrese en el Centro penitenciario.

⁸⁷⁵ Texto originario de la Constitución de la República italiana, promulgada el 27 de diciembre de 1947, y en vigor desde el 1 de enero de 1948, actualizado con las modificaciones introducidas por las leyes de revisión constitucional.

personal⁸⁷⁶, salvo por un auto razonado de la autoridad judicial y únicamente en los casos y modos provistos por la Ley.

Además reseña textualmente en su traducción, que en casos excepcionales de necesidad y urgencia, especificados taxativamente en la Ley, la autoridad del orden público podrá adoptar medidas provisionales que deberán ser comunicadas dentro de las cuarenta y ocho horas subsiguientes.

Advierte también, que se castigará toda violencia física y moral sobre las personas, que ponga en peligro los derechos que éstas disfrutaban en el marco de estas modalidades de restricción de la libertad. Como consecuencia, el Código Penal Italiano⁸⁷⁷ tipifica como delito en su artículo 609, aquellas conductas que consistan en un abuso inherente de las funciones del propio funcionario público durante las inspecciones, inspecciones personales y registros, llevadas a cabo de modo arbitrario, o también cuando se realicen al margen de los términos establecidos por las leyes italianas⁸⁷⁸, castigándose estas conductas con penas privativas de libertad de hasta un año de prisión.

CASILLO⁸⁷⁹ es diáfano en sus argumentos, cuando refiere que tanto las actividades indagatorias de las inspecciones como los registros personales (cacheo), deben respetar la dignidad de las personas, cuya relación está directamente conexiónada con su derecho a la libertad, como bien hemos aportado en el artículo 13 de la Constitución Italiana.

⁸⁷⁶ La sentencia Cass. pen. sez. del 22 de noviembre del 2000 n° 526, faculta a los funcionarios policiales a realizar cacheos e inspecciones cuando estén establecidos en los términos que establecen las leyes.

⁸⁷⁷ Regio Decreto 19 ottobre 1930, n° 1398, Codice Penale.

⁸⁷⁸ RAMMACCI, L., "Reati ambientali e indagini di polizia giudiziaria", 9ª Edición, Ed. Maggioli, Dogana, 2009, pág. 96, confirma en sus argumentaciones que los registros e inspecciones ilegales, están penados en el Código Penal Italiano para aquellos supuestos que se convierta en una invasión contra la libertad de la persona o su domicilio; en referencia al artículo 13 y 14 de la Constitución Italiana.

⁸⁷⁹ CASILLO, R., "La dignità nel rapporto di lavoro", Rivista di diritto civile, vol. 4, Ed. Università di Napoli Federico II, 2008, pág. 14.

XI.2.2. El cacheo, las inspecciones y otras conductas afines en el Código del Procedimiento Penal Italiano.

En el Título III sobre “las medidas de prueba de investigación” del Decreto del Presidente Della Repubblica 22 settembre de 1988 n° 447 Codice di Procedura Penale, se recoge cuáles son las características generales de los medios susceptibles de recopilar pruebas, y que a la vez, constituyen las medidas de investigación durante los procedimientos previos al juicio, con las que el Tribunal puede averiguar acerca de los hechos acaecidos antes, durante y después de un ilícito penal.

De este modo, argumenta AMBROGIO⁸⁸⁰, que los medios de prueba se componen de inspecciones, allanamientos, incautaciones y de escuchas telefónicas. Para BORASI⁸⁸¹, los registros se erigen como un instrumento jurídico que permite la incautación⁸⁸² de aquellas pruebas que faciliten el buen desarrollo de la investigación.

BEZZON y LONGOBARDO⁸⁸³ define al cacheo en las investigaciones preliminares, como la acción dirigida a las personas en aras de buscar en sus cuerpos rasgos u objetos que sean relevantes para el esclarecimiento de un ilícito penal, cuando se tuviera los indicios de que se pretende evadir o destruir aquellas pruebas objeto de investigación.

En el artículo 103 del CCP, referente a las garantías de los abogados, advierte, que no se podrá inspeccionar, registrar, ni incautar objetos ni efectos del

⁸⁸⁰ AMBROGIO, S., “I mezzi di ricerca della prova”, Compendio di diritto processuale penale, Ed. La Tribuna, Piacenza, 2011, pág. 153.

⁸⁸¹ BORASI, I., “Exclusionary rule, invalldità derivata e rapporto dipresupposizione in temadi attività perquirenteed intercettazioni”, Archivio della nuova procedura penale, n° 6, Ed. La Tribuna, Piacenza, diciembre 2011, pág. 627.

⁸⁸² PICCICHÈ, F., “Sequestro a seguito diperquisizione illegittima: male captum beneretentum. Il caso sala in Italia e il caso loewen in Canada a confronto”, Archivio della nuova procedura penale, n° 6, Ed. La Tribuna, diciembre 2011, pág. 623, esgrime, que las incautaciones que se realicen sin respetar las formalidades y reglas de la Constitución Italiana, no serán válidos a efectos de medios de prueba.

⁸⁸³ BEZZON, E., LONGOBARDO. F., “Procedure di polizia guidiziaria. Guia per ióperatore di polizia locale con formulario”, Ed. Maggioli, Dogana, 2009, pág. 83.

delito en las oficinas de los abogados, al menos que esté ordenado por la autoridad judicial o bien por el fiscal en el transcurso de alguna investigación.

El precepto 244 del CCP titulado “los casos y formas en las inspecciones”, tipifica las situaciones por las cuales la policía está autorizada a realizar inspecciones tanto en las personas como en lugares u objetos cuando sea obligatorio examinar los vestigios⁸⁸⁴ y efectos materiales procedentes de un acto ilícito. Establece BERNARDI⁸⁸⁵, en virtud de los artículos del 244 al 246 del CCP, que para todas las disciplinas concernientes a las inspecciones en personas, lugares o cosas, se debe tener un auto motivado del fiscal o del juez, cuando sea necesario determinar algún tipo de vestigio u otros efectos materiales del delito.

El artículo 245 del CCP establece que antes de una inspección se deberá notificar a la persona afectada la posibilidad que tiene de poder ser asistido por un testigo o persona de su confianza⁸⁸⁶, realizándose ésta con absoluto respeto a la dignidad del sometido. Además, según la afectación o el nivel de intromisión, la inspección se llevará a cabo por medio de un facultativo acreditado. Según AMBROGIO⁸⁸⁷, cuando la inspección personal tenga lugar sobre el propio sujeto con el fin de detectar en él droga o alcohol, ésta se realizará en hospitales, respetando en todo caso su dignidad y pudor.

En cuanto al artículo 246 del CCP se ciñe expresamente a los registros en lugares o cosas (como por ejemplo en un vehículo o barco), cuyo requisito formal imprescindible consistirá en hacer entrega de una copia de la autorización, donde se recogerán las razones de las medidas expuestas.

A partir del artículo 247 del CCP, se establecen las formalidades de los registros. Esgrime dicho artículo, que cuando haya motivos para sospechar que

⁸⁸⁴ AMBROGIO, S., “I mezzi...”, op. cit., 2011, pág. 154, arguye que los vestigios pueden consistir en obtener sangre, huellas, agujeros de bala, etc. Además expone que la inspección debe ser ordenada por un decreto motivado por el fiscal.

⁸⁸⁵ BERNARDI, D.G., “La polizia giudiziaria e i mezzi di ricerca della prova”, Corso di alta specializzazione in materia di criminologia applicata, Settore Polizia Locale, Universidad de Roma, La Sapienza, 2012-2013, pág. 36.

⁸⁸⁶ En el mismo sentido se expresa IASELLI, I., “Codice di procedura penale. Illustrato con dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e materiali”, Ed. La Tribuna, Piacenza, 2010, pág. 245.

⁸⁸⁷ AMBROGIO, S., “I mezzi...”, op. cit., 2011, pág. 154.

alguna persona oculta en su cuerpo, o incluso, cuando haya razones para creer que los objetos susceptibles del delito se encuentran tanto en la propia persona como en un determinado lugar, se podrá realizar el registro, siempre y cuando se tenga un Decreto motivado.

BERNARDI⁸⁸⁸, siguiendo los argumentos que esgrime dicho artículo, entiende que pueden existir cuatro situaciones para que el registro sea lícito. Primero, cuando se cree en la posibilidad de que la persona no oculta el objeto del delito consigo (teniéndose la sospecha de que se haya en alguna propiedad privada). Segundo, cuando se tengan indicios de que el cuerpo del delito o los objetos relevantes pudieran esconderse en un lugar privado. Tercero, cuando existiesen sospechas de que dicha persona dispone de datos relevantes y programas guardados en su ordenador o en otros sistemas de comunicación. O cuarto, cuando se tengan indicios lo suficientemente contundentes para pensar que el acusado o condenado, sobre quien recayera una orden de detención, se hallase escondido en un lugar determinado.

El artículo 248 del CCP reza que se dará por finalizada la investigación cuando el sometido al registro o cacheo, de forma voluntaria, haga entrega de cada uno de los objetos o efectos que se investiguen, una vez que la autoridad judicial le haya invitado a entregarlos. Digamos que es una forma de evitar las molestias del registro⁸⁸⁹.

En cuanto al artículo 249 del CCP, que menciona la práctica del cacheo, establece que antes de realizarlo en virtud de una investigación judicial, se le debe entregar una resolución de la notificación, informándole que puede elegir a cualquier persona que desee⁸⁹⁰ para que sea testigo de los hechos, siempre y cuando esté en conformidad con el artículo 120⁸⁹¹ de este Código.

⁸⁸⁸ BERNARDI, D.G., "La polizia giudiziaria", op. cit., 2012-2013, pág. 37.

⁸⁸⁹ TOMASSETTI, S., "Perquisizioni", Studi Urbinati-Serie A, vol 56, n° 2, 2014, pág. 308, expresa que los registros pueden hacerlos tanto los funcionarios judiciales como los policiales, así como su incautación.

⁸⁹⁰ En el mismo sentido se expresa TOMASSETTI, S., "Perquisizioni", op. cit., 2010, pág. 310.

⁸⁹¹ Refiere el artículo 120 que no pueden actuar como testigos en procedimientos judiciales los menores de catorce años, las personas que sufren claramente una enfermedad mental o estado de embriaguez evidente o se hallare bajo los efectos de drogas o estupefacientes.

El artículo 250 del CCP, referido al registro en locales⁸⁹², establece que debe formalizarse éste con la entrega al acusado de una orden de registro. Si no fuera posible encontrar al dueño del local, se le podría notificar, en su defecto, al encargado o portero del mismo. En el supuesto del registro del local, de igual modo, el Tribunal, podrá emitir un Decreto motivado, autorizando a las fuerzas del orden⁸⁹³ a cachear a las personas presentes en el lugar, cuando se considere que pueden ocultar en su cuerpo, objetos relacionados con la naturaleza del delito que se investiga.

Las intervenciones indagatorias en domicilios, están registradas en el artículo 251 del CCP. En este precepto, es perceptible la realización de un registro, e incluso redadas, siempre y cuando se practique desde las 20:00 horas hasta las 07:00 horas de la mañana. No obstante, en caso de extrema urgencia, el Tribunal podrá ordenar, por escrito, que el mismo se realice fuera de los plazos indicados. Sobre las zonas susceptibles de ser registrados, quedan excluidos los armarios y áticos que estén verticalmente contiguos o separados por una discontinuidad, pero, sin embargo, se incluyen todos aquellos lugares cerrados que sean adyacentes⁸⁹⁴.

En atención a dicho precepto, no podemos olvidar lo expresado en el artículo 14 de la Constitución Italiana, ya que reza que “el domicilio es inviolable”. No se podrán efectuar inspecciones o registros ni embargos salvo en los casos y con las modalidades establecidas por la Ley, y conforme a las garantías prescritas para la salvaguarda de la libertad personal. Se regularán por leyes

También sujetos que tengan en vigor una medida de seguridad penitenciaria o una medida preventiva.

⁸⁹² Coinciden TOMASSETTI, S., “Perquisizioni”, op. cit., 2010, pág. 321 y BERNARDI, D.G., “La polizia giudiziaria”, op. cit., 2012-2013, pág. 37, que dicho artículo no sólo sirve para realizar el registro en el local propiamente dicho, sino que además se puede utilizar para la detención del sospechoso, en su sentido estricto.

⁸⁹³ Generalmente corresponde a los agentes de la policía judicial. BEZZON, E., y LONGOBARDO, F., “Procedure di polizia...”, op. cit., 2009, pág. 83. Según el Decreto Legislativo 28 de julio de 1989 n° 271, publicado en la Gazzetta Ufficiali del 5 de agosto de 1989, n° 182, establece en su artículo cinco, que la composición de la policía judicial la establecen tanto las secciones que componen los oficiales y los agentes de la policía judicial, la policía estatal, los carabinieri y el cuerpo de la policía financiera.

⁸⁹⁴ TOMASSETTI, S., “Perquisizioni”, op. cit., 2010, pág. 315.

especiales las comprobaciones e inspecciones por motivos de sanidad y de salubridad públicas o con fines económicos y fiscales”⁸⁹⁵.

En el artículo 352 del CCP habla del cacheo, expresando que en los supuestos de flagrante delito⁸⁹⁶, o en un caso de evasión⁸⁹⁷, los oficiales de la policía judicial tienen la autorización de cachear o realizar un registro domiciliario, cuando se tengan motivos bastantes⁸⁹⁸ para creer que el sometido pudiera portar efectos, objetos y vestigios del delito que pudieran ser determinantes y a su vez susceptibles de eliminarse o desaparecer. También hace alusión al cacheo cuando los indicios o pruebas estén en un lugar muy determinado y concreto, o bien, allí se encuentre oculta la persona investigada, o el fugitivo⁸⁹⁹.

Para TOMASSETTI⁹⁰⁰, cuando argumenta sobre el cacheo, aduce que éste consistirá en el registro de un individuo sobre el que se tengan motivos razonables sobre la ocultación de pruebas en su propio cuerpo, o en entre sus propiedades, objetos personales, ropa, carteras, bolsos, maletas; es decir, todo aquello que sea utilizado por aquél en su vida social.

⁸⁹⁵ AMBROGIO, S., “I mezzi...”, op. cit., 2011, pág. 153, justifica la entrada al domicilio en las formas que establece la legislación.

⁸⁹⁶ IASELLI, I., “Codice di...”, op. cit., 2010, pág. 245. Además, dicho autor aporta la sentencia a tal respecto Cass, sez. I, 06 de agosto de 1993.

⁸⁹⁷ Así justifica la Cass. pen. Sez., III, de 11 de octubre de 1995, nº 3420, por la cual refiere que habilita a la policía para realizar legalmente el cacheo o registros en caso de urgencia.

⁸⁹⁸ TOMASSETTI, S., “Perquisizioni”, op. cit., 2010, pág. 304, se pronuncia sobre el significado del término sospechoso, en aquellos casos que existan pruebas para justificar los registros, las meras especulaciones en ausencia de un vínculo fundamental con la actividad criminal no sirven como medio de prueba. Para BORASI, I., “Exclusionary rule...”, op. cit., 2011, pág. 627, aduce que las sospechas no pueden consistir nunca en motivos espurios. En la misma línea se expresa MIRANDA ESTRAMPES, M., “Libertad, intimidad y seguridad individual ante intervención Estatal”, Derecho Procesal Penal, Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, Ed. Amigo del Hogar, Santo Domingo, 2006, pág. 118, ya que justifica, que para el registro personal del artículo 352 es necesario la concurrencia de unos motivos.

⁸⁹⁹ AMBROGIO, S., “I mezzi...”, op. cit., 2011, pág. 156, esgrime que pueden tener el derecho de ser asistido por un testigo e incluso un abogado, cuyo derecho último de éste deben de notificárselo por escrito.

⁹⁰⁰ TOMASSETTI, S., “Perquisizioni”, op. cit., 2010, pág. 303.

A una persona que haya sido imputada o condenada por uno de los delitos que contempla el artículo 380⁹⁰¹, y sobre quien los Tribunales hubieran ordenado ejecutar un mandamiento de encarcelamiento, los oficiales de la policía judicial estarán facultados para cachearle, o incluso realizar un registro domiciliario siempre y cuando se cumplan las premisas del apartado uno de este artículo.

De igual modo, se podrá proceder al cacheo o registro sin necesidad de una emisión inmediata de autorización de registro si se cumplen las premisas del apartado uno y existiesen razones de urgencia⁹⁰². En el acta que se levante a tal efecto, se deberá especificar el lugar donde se realice el registro; si ha sido por flagrante delito o en caso de que pudieran destruirse pruebas; reseñar la ejecución de la orden; y, si se procediera a la detención del sujeto en cuestión, deberá detallarse cuál es el motivo, nombre completo del sometido y las razones por las cuáles se realizan las indagaciones⁹⁰³.

XI.2.3. El cacheo preventivo: ordenamiento jurídico que le ampara.

El Decreto Legislativo 28 de julio de 1989 n° 271⁹⁰⁴, establece, en el artículo 79, que tanto los cacheos como las inspecciones dirigidos hacia las personas, deben ser realizadas por personas del mismo sexo, salvo en caso de imposibilidad o de extrema urgencia.

Además, es importante destacar la Ley Italiana que dispone la tutela del orden público en la Legge Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico, n° 152 del 22 de mayo de 1975⁹⁰⁵, concretamente en su artículo 4, aduce, que sólo en aquellos

⁹⁰¹ Dicho artículo es el que habilita a los funcionarios policiales a practicar una detención "in fraganti", para aquellos delitos que tengan aparejada una pena de cadena perpetua o penas privativas de libertad superiores a 5 años. El apartado segundo, establece todo un acopio de delitos relacionados con el crimen, como el robo, delito contra el Estado, delito contra la seguridad pública, etc.

⁹⁰² En este sentido se pronuncia la Cass. pen. Sez., IV, de 14 de marzo de 2008, n° 15739.

⁹⁰³ RAMACCI, L., "Reati ambientali e indagini di polizia giudiziaria", 1ª Edición, Ed. Maggioli, Dogana, 2013, pág. 350, expone cuáles son los requisitos que deben de contener en la cumplimentación del acta formalizado a tal efecto.

⁹⁰⁴ Publicado en la Gazzetta Ufficiale el 5 de agosto de 1989, n° 182.

⁹⁰⁵ Dicha Ley es conocida como Legge Reale; LOMBARDEO EXPOSITO, L.M., "Conflicto entre...", op. cit, pág. 21. Además la STS 3997/1995, de 7 de julio, aduce en la FJ^{2º} que la

casos que sean excepcionales, de necesidad o urgencia, es decir que no se pueda extremar otra medida más oportuna, los funcionarios judiciales, los agentes de la policía judicial y las fuerzas policiales, podrán proceder, tanto a la identificación⁹⁰⁶, como al cacheo de los individuos que se encuentren en el lugar donde hayan sospechas de que pudieran portarse armas, explosivos, así como herramientas susceptibles de ser utilizadas para sustraer en el interior de viviendas.

En el mismo párrafo sigue expresando la justificación de la práctica del cacheo e identificación de un sujeto, cuando las sospechas consistan, principalmente, en circunstancias concretas de tiempo y lugar, que aporten una incongruencia en relación a la presencia y actitud de los sujetos. También se podrá cachear a todas aquellas personas que lleguen al lugar donde se tengan sospechas. De todos los cacheos que se realicen, la fiscalía deberá ser informada por escrito mediante el correspondiente formulario, en el plazo de cuarenta y ocho horas.

También el Decreto-Ley del 25 de julio de 1992, n° 349⁹⁰⁷, establece en su artículo 1.2, que la policía estará autorizada a llevar a cabo registros en locales o personas, o, incluso, en vehículos, con la finalidad de determinar si se portan armas, instrumentos, explosivos o efectos del robo⁹⁰⁸.

La Ley 205/1993 del 25 junio de 1993, n° 205, Conversione in legge, con modificazioni, del Decreto-Ley 26 aprile 1993, n° 122, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa, establece, en el artículo 5, la posibilidad de realizar cacheos en el marco de situaciones de discriminación, de odio, violencia por motivos raciales, étnicos o religiosos.

Legge Reale probablemente se utilizó para la elaboración del artículo 19.2 de la LOPSC 1/1992.

⁹⁰⁶ La sentencia Cass. Sez. II, de 27 de marzo del 2008, n° 16818, argumenta en el sentido de que la policía judicial puede actuar de oficio, en todas y cada una de las investigaciones que considere necesaria a los efectos de una infracción o la identificación de los delincuentes.

⁹⁰⁷ Este Decreto se aprobó como medidas urgentes para combatir el crimen organizado en Sicilia.

⁹⁰⁸ En este sentido se expresa TOMASSETTI, S. "Perquisizioni", op. cit., 2010, pág. 301.

El Decreto del “Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n° 309⁹⁰⁹ es el referente en la lucha para la erradicación de la droga en Italia”, donde, en su artículo 103, se habilita a los oficiales de policía a realizar controles y verificaciones en represión al tráfico ilícito de drogas.

Dichos controles consistirán principalmente en el registro del equipaje, medios de transporte o cacheos, cuando se tengan motivos para creer que pueden portar drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Todo el resultado sobre dichos controles, se deberá comunicar a la fiscalía en un plazo de cuarenta y ocho horas.

RAMACCI⁹¹⁰, sobre las actuaciones de los oficiales o agentes de la policía judicial en dicho Decreto, establece que el cacheo se realizará durante el transcurso de operaciones policiales para la prevención y represión del tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre y cuando hayan razones para creer que el sospechoso pudiera portarlas encima; habilitándose, incluso, a realizar la búsqueda en el interior de vehículos o equipajes. Asimismo, si suscitara sospechas de que el sujeto pudiera tenerlas dentro de su cuerpo, se deberá proteger, el derecho a la salud del sujeto sometido que fuera a ser sometido a dicha práctica⁹¹¹.

La Ley n° 140 del 20 de junio del 2003 establece, en su artículo 68, que a los miembros del Parlamento se les podrá privar la libertad salvo en la ejecución de una sentencia condenatoria firme. En este sentido, también arguye la norma, y dirigiendo el estudio al objeto que nos ocupa, que los parlamentarios no podrán evitar que se les realice registros personales o registros domiciliarios en este sentido. Sin embargo gozarán de inmunidad: los diplomáticos, consulares, jueces nacionales, miembros del parlamento europeo o del Tribunal Constitucional⁹¹².

⁹⁰⁹ Decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n° 309: “Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza”.

⁹¹⁰ RAMMACCI, L., “Reati ambientali...”, op. cit., 2009, pág. 95. Añade a la misma argumentación, que la forma de registro personal para detectar droga por ingestión está muy extendido, recomendando que se debe realizar en las instalaciones de los hospitales, o lugares apropiados a tal efecto, IASELLI, I., “Codice di...”, op. cit., 2010, pág. 245.

⁹¹¹ En este sentido se pronuncia la sentencia Cass. pen. sez. IV de 7 de julio de 2005, n° 33988.

⁹¹² TOMASSETTI, S. “Perquisizioni”, op. cit., 2010, pág. 311.

XI.3. EL CACHEO POLICIAL EN FRANCIA.

XI.3.1. Aproximación conceptual del cacheo; requisitos.

En el presente apartado, se va a realizar un estudio sobre cuál es el ordenamiento jurídico que regula el cacheo en Francia para así, dilucidar, cuáles son los requisitos mínimo esenciales para que resulte más adecuada su práctica indagatoria, ejercitada por los miembros de las fuerzas policiales del país galo.

Una vez consumado su estudio, descubrimos que existen dispares vocablos o palabras para referirse a la semasiología del cacheo; por ello, y de una forma ordenada, realizaremos una aproximación conceptual, con el fin de envolverlo, así, en líneas posteriores, de todas las formalidades indispensables para su correcta y legal ejecución en Francia.

El ordenamiento jurídico francés utiliza diferentes expresiones, dependiendo muchas veces del contexto en el que nos encontremos. La palabra “fouiller”⁹¹³, significa cachear, pero también indica o se refiere al verbo registrar en toda su extensión (referido a personas, cosas o vehículos); sin embargo “fouiller à corps”, conocido también como “fouille corporelle”⁹¹⁴ hace mención de forma expresa al cacheo dirigido a las personas, ya que el vocablo francés “corps”, significa cuerpo.

Pero también encontramos una expresión en las leyes, que si cabe, se ajusta aún más al término del cacheo, tal y como lo conocemos en España. Nos estamos refiriendo a la “palpations de securité”, ya que se trata de aquella actividad indagatoria consistente en una palpación de la silueta humana, con el propósito de descubrir aquellos objetos ocultos, aunque, únicamente se incluye en una relación de autoprotección o de seguridad de las personas.

⁹¹³ CORNU, G., “Vocabulaire juridique”, Presses Universitaires de France, 2007, pág. 968, expresa que la palabra “fouille” está dirigida para comprobar o controlar tanto a una persona, como a un bien. MURBACH-VIBERT, M., “Les pouvoirs d'investigation en droit français”, Essai d'une théorie générale, Tome 1, Éditions Universitaires Européennes, Heinrich-Böcking-Straße, 2011, pág. 513, arguye que “fouiller”, es una herramienta de ejecución de un agente de policía, para evitar una perturbación de orden público, que consistirá en un registro activo hacia una persona o un objeto en un lugar abierto.

⁹¹⁴ En el mismo sentido se expresa CORNU, G., “Vocabulaire...”, op. cit., 2007, pág. 968.

Podemos colegir que la expresión más apropiada para referirnos al cacheo es la frase o vocablo “fouiller par palpation”, aunque en el ordenamiento jurídico referido al cacheo francés no está incluido de una forma generalizada. Sin embargo, “fouille de véhicules”, hace referencia al registro en vehículos, definiéndose como una operación policial dirigida a comprobar el contenido de su carga, como en parecidas palabras lo revelan ROUX⁹¹⁵ y CORNU⁹¹⁶.

El Reglamento interno de la policía nacional⁹¹⁷ define la palpación de seguridad como una medida de protección consistente en realizar un registro corporal, —tanto en circunstancias de delito flagrante como para aquellas personas que estén privadas de libertad—, en aras de asegurarse que no porten armas u otros objetos peligrosos que pudieran causar un agravio a las fuerzas del orden.

El referido artículo también aduce medidas concernientes a que el cacheo sólo puede ser realizado por personas del mismo sexo. El autor MURBACH-VIBERT⁹¹⁸ en virtud de la definición realizada por el Reglamento interno de la policía nacional, indica, que los agentes pueden realizar los llamados “palpations de sécurité”, definiéndolos como aquellos registros poco intrusivos, en cuanto que se limitan a ser efectuados por fuera de la ropa de la persona sometida.

Por su parte, el artículo R434-16 del Código Nacional de Seguridad francés⁹¹⁹, aduce que la palpación de seguridad es únicamente una medida de seguridad propiamente dicha, aunque no se podría hacer de forma sistemática, ya que el propósito mayoritario radica en preservar y garantizar la seguridad del policía en casos extremadamente necesarios; es decir, consiste en la verificación de que una persona, que está siendo controlada, no lleve consigo ningún objeto peligroso para sí ni para terceros. Sigue argumentando dicho artículo, que en los

⁹¹⁵ ROUX, M., “Le rôle des acteurs dans la phase préparatoire du procès pénal. Analyse et perspectives”, Éditions Universitaires Européennes, Heinrich-Böcking-Straße, 2010, pág. 363.

⁹¹⁶ CORNU, G., “Vocabulaire...”, op. cit., 2007, pág. 968.

⁹¹⁷ Artículo 203 del Règlement Intérieur d’emploi des gradés et gardiens de la paix de la police nationale del 2006.

⁹¹⁸ MURBACH-VIBERT, M., “Les pouvoirs...”, op. cit., 2011, pág. 333.

⁹¹⁹ Code de la sécurité intérieure, versión consolidada del 22 de agosto del 2015 artículo L611-1.

controles de identidad, donde se efectúen los cacheos, se evitará realizarlos motivados por la simple apariencia o características físicas, o por el mal aspecto; y, por tanto, y en todo caso, será preciso un motivo aparente.

No obstante, el cacheo se debe realizar en circunstancias favorables que permitan practicarlo lejos de la mirada del público que se encuentre en las inmediaciones⁹²⁰. Además, incluye el CNS que los policías deben ser respetuosos con la dignidad de las personas sin excepción, garantizando, en todo momento, un comportamiento ejemplar con el fin de inspirar, así, respeto y consideración sobre todas ellas⁹²¹; e incluso, expresa el precepto, que cuando los sometidos se encuentren privados de libertad, aquéllos deberán evitar, por todos los medios, el ejercicio de la violencia y los tratos inhumanos o degradantes⁹²².

Por su parte el Código de Procedimiento Penal⁹²³, en el capítulo III sobre los “controles⁹²⁴, verificaciones y los registros de identidad”, faculta a los agentes de la policía judicial y bajo la responsabilidad de éstos, a realizar identificaciones y controles por cualquier medio, tanto a personas como a vehículos que circulen⁹²⁵,

⁹²⁰ Artículo R434-16.

⁹²¹ Artículo R434-14.

⁹²² Artículo R434-17.

⁹²³ Code de procédure pénale, versión consolidada del 06 de septiembre del 2015.

⁹²⁴ Los controles a los que se refiere el Código del Procedimiento Penal, es demasiado ambiguo, ya que no hacen referencia ni tan siquiera si consisten en un cacheo o un registro. No obstante entendemos por el final del artículo, que están dirigidos a realizar un cacheo, de los llamados de seguridad, porque lo que se pretende es consolidar tanto la seguridad de las personas actuantes como de la propiedad. En este sentido afirma LOMBARDEO EXPÓSITO, L.M., “Conflicto entre...”, op. cit., 2012, pág. 21, que dicho artículo que contiene el Capítulo III se trata del llamado cacheo de seguridad en Francia llamado como el “cacheo por control de identidad”.

⁹²⁵ Así lo autoriza el artículo del 78-2-2 al 78-2-4 CPP. En dichos artículos refieren que se podrán registrar los vehículos que circulen por la vía pública, cuando se tengan razones fehacientes para sospechar de que el conductor, o alguno de los pasajeros que los ocupen, hubieran cometido un delito, ya no sólo como autor material, sino también como cómplice. Estas disposiciones se aplican también cuando es en grado de tentativa. Además, con el propósito de su investigación, se podrá realizar el registro de vehículos y cacheos a todos los vehículos y ocupantes respectivamente que circulen o estén estacionados en vía pública, cuando estén relacionados con: el enjuiciamiento e investigación de delitos de actos terroristas, delitos relacionados con la proliferación de

es decir, registros de vehículos e incluso palpaciones de seguridad,⁹²⁶ cuando hayan sospechas razonables en los siguientes casos:

- Cuando el sujeto esté en disposición o fuere a cometer un delito.
- Cuando pueda proporcionar información útil para la investigación de un delito.
- Cuando el sujeto en cuestión esté bajo una investigación ordenada por la autoridad judicial.

XI.3.2. Registro de vehículos.

Al tener relación el registro de vehículos con los artículos del apartado anterior, nos vamos a referir, en estas líneas y para esta modalidad, a su estudio, ya que nos resulta de gran interés al tratarse de una modalidad indagatoria semejante y ligada al cacheo.

Ante la oleada de atentados a comienzos del siglo XXI contra países occidentales —especialmente el atentado del 11 de septiembre del 2001—, provocó, que los legisladores franceses, aprobaran leyes envueltas de medidas preventivas encaminadas a proteger la seguridad, el respeto a la vida y demás libertades fundamentales francesas. Estas circunstancias internacionales motivaron que el Consejo Constitucional no declarara inconstitucional leyes controvertidas que tienen como base la protección de la ciudadanía⁹²⁷.

armas de destrucción masiva, armas y explosivos, delitos de robos y receptación, o delitos contra la salud pública.

⁹²⁶ Coincide MURBACH-VIBERT, M., "Les pouvoirs...", op. cit., 2011, pág. 333, que la palpación de seguridad es una medida proactiva incluso para realizar una detención flagrante y detenidos. La Sentencia Cour de Cassation, dans un arrêt du 27 sept 1988 (Cour de cassation chambre criminelle), avala la "palpación de seguridad" de la policía en atención al CPP, ya que los encartados trataron de deshacerse de una radio de un vehículo que habían robado. En la palpación de seguridad se encontró una navaja.

⁹²⁷ En este sentido se pronuncia ROUX, M., "Le rôle...", op. cit., 2010, pág. 363, reconociendo que anteriormente existían problemas legales en el registro de vehículos por la sentencia del Consejo Constitucional del 12 de enero de 1977 que declaró inconstitucional una Ley que habilitaba a los policías a realizar todos estos menesteres de indagación.

Entre las leyes que motivaron su necesaria aprobación, por las causas que se han indicado, y que supuso un instrumento vital para la prevención del crimen, encontramos entre las más importantes, la Disposición sobre la Seguridad del Interior Francés⁹²⁸, y el citado CPP⁹²⁹, en cuyos preceptos autorizan el registro de vehículos objeto a estudio.

En dichos artículos se reseña que se podrán registrar los vehículos que circulen por la vía pública, cuando se tengan razones de peso para sospechar que se hubiera perpetrado un crimen. Esta acción indagatoria podrá recaer tanto sobre el conductor de un vehículo como sobre alguno de sus pasajeros, que pudieran resultar ser autor o cómplice de los hechos investigados⁹³⁰. Estas disposiciones se aplican también cuando es en grado de tentativa⁹³¹. Remarca ROUX, que la intención del registro de los vehículos en atención al CPP es la de evitar un perjuicio grave para el orden público⁹³², sin olvidar que la detección del vehículo sospechoso se realizará en el tiempo estrictamente necesario con el motivo de realizar las pesquisas pertinentes.

Además, con el propósito de su investigación, se podrán realizar los correspondientes registros y cacheos a todos aquellos vehículos y ocupantes que circulen por la vía pública, aun cuando estén estacionados; siempre y cuando estén relacionados con un enjuiciamiento e investigación sobre delitos de actos terroristas, delitos relacionados con la proliferación de armas de destrucción masiva, armas y explosivos, delitos de robos y receptación, o delitos contra la salud pública.

⁹²⁸ LOI n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

⁹²⁹ El registro de vehículos está tipificado en los artículos 78-2-2 hasta el 78-2-4 del CPP.

⁹³⁰ La Sentencia de Cour de cassation, 9 janvier 002 (Caso cour de cassation criminelle, Champre criminelle), autoriza a los oficiales de policía al registro de un vehículo sobre el que tenían información que se encontraba involucrado en una transacción importante de drogas. Aduce que está dentro del marco legal del capítulo primero del CPP, titulada "los crímenes y delitos flagrantes".

⁹³¹ De acuerdo con lo expresado ROUX, M., "Le rôle...", op. cit., 2010, pág. 364.

⁹³² ROUX, M., "Le rôle...", op. cit., 2010, pág. 367.

XI.3.3. Registro domiciliario.

Otros de los supuestos que habilita la realización del cacheo y el registro domiciliario en Francia, es el que otorga el Capítulo I sobre los crímenes y delitos flagrantes⁹³³, y cuyo artículo 56 del CPP expresa, que los oficiales de policía pueden realizar registros en todos aquellos lugares⁹³⁴ sobre los que se tengan indicios que el sujeto, por el cual se esté investigando un hecho delictivo, hubiera podido ocultar todos aquellos documentos, datos, papeles u otros objetos que sean relevantes para el esclarecimiento de su participación en el crimen.

Los procedimientos previstos en el artículo 56 deben hacerse en presencia de abogado, y en su defecto, el agente de policía elegirá a dos testigos de la elección de la persona intervenida para levantar la preceptiva acta donde se reseñarán las rúbricas de sus firmas. En el supuesto de que se negase a firmarla, no será causa de anulación y se hará constar en el acta dicha circunstancia, así como el inventario de los objetos o documentos incautados.

En el supuesto de que informado el sujeto sometido al registro domiciliario, éste se negare a ello, la policía se abstendrá de ejecutarlo puesto que se ha de obtener su consentimiento expreso; por lo que, en este caso, el Juez deberá autorizarlo previamente de forma razonada y por escrito⁹³⁵.

XI.3.4. Desnudos integrales.

En cuanto a los desnudos integrales, se puede concretar que cuando una persona ha sido detenida, el CPP⁹³⁶ autoriza a los policías a realizar un desnudo integral con el propósito de cerciorarse de que el detenido no porte consigo

⁹³³ ROUX, M., "Le rôle...", op. cit., 2010, pág. 52, aclara que la definición de un delito flagrante debe de tener un criterio temporal, ya que el legislador no proporciona ninguna indicación clara en cuanto a su interpretación, dejando a la jurisprudencia cierta libertad de apreciación en este sentido.

⁹³⁴ En este contexto de los registros ROUX, M., "Le rôle...", op. cit., 2010, pág. 367, expone que en los registros domiciliarios nocturnos se pueden llevar a cabo incluso en lugares que no constituyen, en principio, una residencia o morada para los principales sospechosos.

⁹³⁵ Artículo 76 del CPP.

⁹³⁶ Del artículo 63-6 al 64.

ningún objeto peligroso, aunque debe ser definido por orden de la autoridad ministerial competente.

En cuanto a su tipología, existen dos posibilidades: la primera está encuadrada para velar por la protección del detenido e incluso de la fuerza actuante; y la segunda, consiste en aquellas intervenciones dirigidas a incautar aquellos efectos del detenido en el marco de una investigación⁹³⁷.

El desnudo integral deberá ser ordenado por un oficial de la policía y realizado en un lugar o espacio cerrado llevado a cabo por un individuo del mismo sexo que el detenido, respetando su dignidad personal. Esta modalidad indagatoria, se realizará siempre y cuando no fuera suficiente la realización de otras medidas menos gravosas; como, por ejemplo, efectuar un cacheo superficial, o la utilización de medios de detección electrónicos.

Cuando sea esencial por las necesidades de la investigación, se podrá llevar a cabo inspecciones internas sobre el cuerpo de la persona, de modo que se precisará indispensablemente de un médico o facultativo requerido a tal efecto. De todo lo expuesto, el oficial de policía judicial elaborará un informe en el que se hará constar si se ha realizado un desnudo integral o no, así como una relación de todos aquellos elementos que se le intervengan.

XI.3.5. El cacheo de la seguridad privada y policial en protección de edificios públicos y eventos.

En cuanto a la vigilancia y protección de edificios públicos, el CSN, menciona cuáles son las actividades tanto de los agentes encargados de su custodia, como también de los vigilantes de seguridad⁹³⁸ en el ejercicio de sus funciones.

⁹³⁷ De igual modo el artículo R434-17 del CSN, aduce que nadie puede ser despojado por completo (desnudo integral), excepto en los casos y condiciones previstos en el artículo 63-7 del CSN en aras de buscar pruebas de un delito o falta. A toda persona detenida que se encuentre bajo la protección de la policía o de los gendarmes deben garantizar que se evite toda violencia y tratos inhumanos o degradantes.

⁹³⁸ El artículo L613-4 del CSN, arguye que los vigilantes que van a llevar a cabo una actividad establecida por el artículo L611-1, deberán contener, en el ejercicio de sus funciones, un traje especial, que de ningún modo podrá crear confusión con los uniformes de los funcionarios públicos, incluida la policía nacional, la gendarmería nacional, las

El artículo L611-1 del CSN, establece que están sujetos a las disposiciones de este título las actividades de:

- Proporcionar servicios relacionados con la vigilancia humana, o un control por los sistemas electrónicos de seguridad o vigilancia de bienes muebles o inmuebles, así como la seguridad de las personas en los edificios.

- Proteger la integridad física de las personas.

- Proteger contra amenazas de los buques que lleven la bandera francesa.

- Transportar y vigilar hasta su entrega efectiva, la joyería que represente un valor de al menos 100.000 euros, a excepción de los empleados de correos que el valor es inferior, o los metales preciosos.

De forma específica, alude que además los agentes de la policía podrán ser autorizados por el representante del Estado en el correspondiente departamento, o por el prefecto de la policía en París, para ejercer estas funciones en carreteras públicas, incluso sobre los viajeros, así como la vigilancia dirigida a erradicar o disminuir los delitos de robos o daños contra las propiedades que custodien. Además podrán disponer del uso de perros para la ejecución de estas actividades indagatorias, en función de las necesidades concretas de formación y cualificación profesionales requeridas por los propios agentes.

Sin embargo, los vigilantes de seguridad tendrán que disponer de una autorización especial aprobada, o bien por el representante del Estado en el departamento en cuestión, o por el prefecto de la policía en París, pero siempre en las condiciones establecidas por Decreto en Consejo de Estado.

No obstante, los vigilantes de seguridad tienen una serie de restricciones en cuanto al cacheo se refiere. Así es, el artículo L613-3 del CSN expresa que, en circunstancias particulares, especialmente relacionadas con la existencia de una amenaza grave de la seguridad pública, podrán proceder al cacheo de las personas, únicamente, eso sí, cuando éstas hubiesen prestado su consentimiento

aduanas o la policía municipal. También refiere el artículo L613-6 que los vigilantes de seguridad encargados de vigilar edificios, bienes inmuebles, etc., cuando tengan conocimiento de un delito o crimen tienen que averiguar dicho aspecto antes de llamar a los funcionarios policiales.

expreso⁹³⁹. Por otro lado, la “palpación de seguridad”⁹⁴⁰, deberá ser realizada por una persona del mismo sexo.

Los vigilantes autorizados a tal efecto⁹⁴¹ durante los eventos deportivos, recreativos o de reunión cultural de más de 300 espectadores, podrán realizar cacheos de seguridad bajo la supervisión de un oficial de policía, y con el consentimiento expreso de las personas que accedan al recinto.

Además, se expresa que estarán facultados para realizar una inspección visual del equipaje de mano que porten, y con el consentimiento de la persona intervenida podrán realizar un registro de sus pertenencias. Para MURBACH-VIBERT⁹⁴², es evidente que, respecto a las “libertades civiles”, existe una diferenciación en las funciones de una palpación de seguridad o un cacheo con respecto a una inspección visual de sus pertenencias o equipaje de mano. Pero reconoce que realizar esta medida más intensa (el cacheo), se compensa con un aumento de la protección e incluso de las investigaciones.

La sentencia de “Conseil Constitutionnel, de 18 de marzo de 2003⁹⁴³, refrenda las actuaciones de los vigilantes de seguridad en atención a las funciones señaladas por la Ley de Seguridad Privada en Francia⁹⁴⁴, y que tiene igual similitud con la CSN, en cuanto a la inspección visual del equipaje de mano, y a los cacheos y registros de las personas o bienes que porten, salvo, cuando exista una negativa taxativa por parte de las personas que estén siendo sometidas a

⁹³⁹ La Sentencia de Cour de cassation, du 1 avril 1999 (Cas Cour de Cassation, Chambre civile 2), aparece como legal que un vigilante de seguridad que prestaba servicio en la vigilancia de unos grandes almacenes y un supermercado, invitase a una persona a que presentara voluntariamente el contenido de sus bolsas personales.

⁹⁴⁰ Es la expresión utilizada por dicha Ley referida al cacheo.

⁹⁴¹ Expresa el artículo L613-3, que los profesionales que ejerzan dicha actividad, deberán ser aprobados por el Comité Regional sobre el marco de lo dispuesto por el Decreto del Consejo de Estado, así como los miembros del servicio de seguridad asignado por el organizador de la seguridad del evento deportivo, de conformidad con la institución recreativo cultural en lo dispuesto en el artículo L211-11 sobre la celebración de un título reconocido por el Estado y aprobado por el Comité Regional.

⁹⁴² MURBACH-VIBERT, M., “Les pouvoirs...”, op. cit., 2011, pág. 517.

⁹⁴³ Conseil Constitutionnel du 18 Mars 2003, (Cas Loi pour la Sécurité intérieure).

⁹⁴⁴ LOI n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité, regula dichos aspectos en el artículo 1.3.

dichas prácticas indagatorias, recordando que han de ser realizadas siempre por personas del mismo sexo.

XI.3.6. El cacheo en operaciones marítimas y portuarias, en el transporte aéreo y en los Centros escolares.

Para garantizar la seguridad preventiva de las operaciones marítimas y portuarias que se le atribuyen, por un lado, a los funcionarios de la policía judicial y, por otro, a los funcionarios de aduanas, se les otorga la potestad de entrar e inspeccionar buques, excepto en aquellas zonas que se consideren de uso exclusivo de morada, en cuyo caso, se abstendrán de realizar cualquier tipo de cacheo o registro de equipajes, paquetes, carga o vehículos que se encuentren en dichas zonas restringidas.⁹⁴⁵

Incluso, según el artículo aludido, existe la posibilidad de que los operadores de las instalaciones portuarias y navieras puedan llevar a cabo el registro del equipaje de mano así como el cacheo de las personas, aunque siempre con el consentimiento de su propietario o del sujeto respectivamente⁹⁴⁶. Pueden incluso llevar a cabo inspecciones en los transportes de mercancías con la finalidad de detectar polizones. Estos operadores, cuando ejerzan las funciones que les son atribuidas, lo realizarán bajo el control de los agentes de policía o funcionarios de aduanas de nacionalidad francesa o de otro Estado miembro de la Unión Europea⁹⁴⁷.

⁹⁴⁵ Lo establece el artículo L5332-6 de la Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports.

⁹⁴⁶ La Sentencia de Cour de cassation, du 26 Février, 1990 (cas. Cour de cassation chambre criminelle, du 26f), habilita para que los funcionarios en atención al Código Aduanero, puedan registrar el equipaje y los bolsos de los pasajeros cuando lleguen a suelo francés. Además define, que equipaje se aplica a todos los artículos transportados por un viajero en bolsas, maletas o baúles.

⁹⁴⁷ LOI n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, también se le puede aplicar estos aspectos a la Nueva Caledonia, Polinesia francesa, Islas Wallis y Futuna, Mayotte, con el único fin de asegurar de forma proactiva la seguridad de las operaciones marítimas y portuarias relacionadas con los mismos.

Sobre la legislación de la seguridad del transporte aéreo “aux mesures de sûreté du transport aérien”, de 6 de noviembre de 2006⁹⁴⁸, y en atención al código de aviación civil aéreo, expresa, en su artículo 16, que se podrá realizar, incluso al azar, cacheos selectivos cuando se cuente con la anuencia del respectivo individuo. Igualmente, el artículo 17 señala que se podrá realizar el registro del equipaje de mano.

En cuanto al debate sobre la posibilidad de que los docentes, o policías, puedan proceder, o no, a realizar cacheos o registros a los discentes de los Centros de enseñanza; el Ministro⁹⁴⁹ de Educación Nacional, Enseñanza Superior e investigación, publicó una Circular⁹⁵⁰ importante ante la proliferación de actos indisciplinados que se habían dado en los últimos años en el país francés.

Por ello, la Circular dictamina que la escuela pública debe tomar aquellas medidas adecuadas para sancionar todos los actos y conductas contrarias, pero incorporando, a su vez, una política de prevención en la participación educativa (personal, discentes y padres de familia), con el fin de reducir la necesidad de recurrir a la imposición de las sanciones más graves.

El punto 3, sobre las iniciativas de prevención, es rotundo al reseñar que una medida para prevenir la ocurrencia de incidencias e irregularidades⁹⁵¹, es la incautación del objeto susceptible de ser peligroso en el interior de los Centros de enseñanza. Por tanto, los profesores podrán confiscar aquellos objetos peligrosos, aunque deberán entregarlos a la persona que tuviere la responsabilidad de custodiar el menor intervenido. Sobre el tema que nos ocupa, lo más importante que arguye la Circular, es lo referente a que los estudiantes no podrán ser obligados a someterse a ningún tipo de registro, ni a los cacheos ni tampoco a los registros de sus pertenencias. En todo caso, y solamente un oficial de policía,

⁹⁴⁸ El artículo 1 de dicha Orden, tiene por objeto establecer ciertas condiciones para el acceso y la circulación dentro de las zonas restringidas.

⁹⁴⁹ Benoit Hamon.

⁹⁵⁰ Circulaire n° 2011-111 du 1er août 2011 relative à l'Organisation des procédures disciplinaires dans les collèges, les lycées et les établissements régionaux d'enseignement adapté, mesures de prévention et alternatives aux sanctions.

⁹⁵¹ Otra de las medidas que establece es referente a que el alumno tome el compromiso de cumplir los objetivos específicos en términos de comportamiento.

estará facultado para aplicar dicho procedimiento indagatorio cuando fuere solicitado por los profesores, durante el ejercicio de sus funciones.

XI.4. EL CACHEO POLICIAL EN COLOMBIA.

XI.4.1. Introducción.

La República de Colombia se constituye como un Estado social de derecho, democrática, participativa y pluralista, fundada en el absoluto respeto de la dignidad humana, prevaleciendo el interés general de todos los ciudadanos⁹⁵².

El legislador colombiano, en cuanto a la persecución y descubrimiento de los delitos y de los delincuentes se refiere, se ha servido de leyes tan importantes como es el Código de Procedimiento Penal Colombiano⁹⁵³, en cuyos preceptos se regulan el conjunto de intervenciones corporales llevadas a cabo por la policía judicial⁹⁵⁴, dirigidas principalmente para constituir una fuente de pruebas periciales en la persecución de una actividad pos-delictual⁹⁵⁵.

Entre el conjunto de las intervenciones corporales, destacamos aquellas intromisiones que consistan en inspecciones corporales, registros personales (donde se incluyen los cacheos), así como la obtención de muestras, tales como los fluidos corporales, cabellos, vello púbico, etcétera. Para el presente estudio nos centraremos, principalmente, en las exploraciones anatómicas y en las conductas

⁹⁵² En términos parecidos se expresa la Constitución Política de la República de Colombia de 1991.

⁹⁵³ Ley 906 de 2004.

⁹⁵⁴ El Manual Policía Judicial; Parte General, Fiscalía General de la Nación, 2012, pág. 13, los define como aquellos que tienen las funciones de “apoyar la investigación penal en el campo investigativo, técnico, científico y operativa, por iniciativa propia o por orden impartida por el fiscal de la investigación”.

⁹⁵⁵ RUIZ-JARAMILLO, L. B., “Intervenciones corporales en el código de procedimiento penal de 2004, análisis de la sentencia C822 de 2005 de la Corte Constitucional Colombiana”, *Vniversitas*, nº 114, Ed. Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá), 2007, pág. 232. En la página 228 reconoce que una de las novedades del CPPC es el establecimiento de una amplia gama de medidas que interfieren en el cuerpo humano, y que sirven para la obtención de pruebas.

afines, así como en los registros personales, ya que son intervenciones donde se incluye el cacheo.

Sin embargo, lejos de todas estas actuaciones referidas anteriormente y de las que, como bien indica el CPPC⁹⁵⁶, se requieren autorización judicial para su debida realización, se encuentran todos aquellos procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública (como son los miembros de la policía nacional), consistentes en el cacheo o registros de las pertenencias de un sujeto, con la finalidad y fundamento de preservar el orden público, la seguridad nacional y garantizar la convivencia pacífica⁹⁵⁷.

No es menos cierto que, sobre el estudio de estas indagaciones que incluye el CPPC, hemos de realizar un estudio paralelo de la Sentencia n° 822/2005 de la Corte Constitucional, de 10 de agosto de 2005⁹⁵⁸, puesto que se configuró como base sólida y ejemplar para ulteriores fallos dimanantes de los demás Tribunales, y en general como jurisprudencia colombiana.

En dicha sentencia, se desarrollan todos aquellos aspectos jurídicos que incumben a las intervenciones corporales en su conjunto, habida cuenta que incluyen definiciones taxativas y precisas para disipar dudas en cuanto a su tratamiento, así como el desarrollo de todas aquellas pautas y requisitos indispensables, con el objetivo de proteger el principio de proporcionalidad y la dignidad de las personas⁹⁵⁹.

No obstante, no podemos obviar la Sentencia Constitucional n° 789/06 de Corte Constitucional, del 20 de septiembre de 2006, en cuanto que incluye unos

⁹⁵⁶ En el capítulo III de la CPPC, con la rúbrica: "actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización", regulan todos aquellos artículos que incluyen todas las actuaciones dirigidas hacia el cuerpo de la personas, con mayor o menor incidencia, necesarios para la investigación en un proceso penal.

⁹⁵⁷ En parecidos términos se expresa el Manual policía judicial; Parte General, de la Fiscalía General de la Nación, Colombia, 2012, pág. 30.

⁹⁵⁸ La citada sentencia, dilucida sobre la constitucionalidad de los artículos 247, 248, 249 y 250, es decir, las figuras indagatorias de inspección corporal, registro corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o víctimas de agresiones sexuales.

⁹⁵⁹ La Sentencia de Constitucionalidad n° 540/12 de Corte Constitucional, de 12 de julio de 2012, establece que tanto el registro corporal como el personal, se han de realizar y ser compatibles con la dignidad de la persona registrada.

requisitos importantes que legitiman dichas prácticas en la vía pública, sin la autorización judicial.

XI.4.2. Las intervenciones corporales en el Procedimiento Penal.

Las intervenciones corporales que a continuación van a analizarse, las consideramos de gran interés policial, tanto por su trascendencia, en cuanto a la intromisión corporal que sufre el sometido durante una investigación judicial, como por el amplio espectro de los derechos fundamentales que pueden verse afectados.

Destacamos a la autora MONTEALEGRE RUBIANO⁹⁶⁰, por la vasta difusión que efectúa en referencia a todos aquellos derechos que son afligidos durante la práctica de las diligencias probatorias contenidas en el CPPC.

Entre las más importantes, destacamos sucintamente: la afectación de la dignidad humana cuando se expone el cuerpo del sometido a la realización de esta clase de procedimientos de indagación; el derecho a la intimidad⁹⁶¹, por la exposición o los tocamientos de las partes del cuerpo del sometido, aunque normalmente fuera del alcance de la vista de terceras personas; la intromisión que supone en el derecho a la integridad física, en cuanto que se invade el cuerpo humano mediante el uso de punciones o agujas para la extracción de muestras, o la introducción de aquellos instrumentos médicos en los orificios naturales; la limitación de la autonomía personal, por la imposición de aquellas prácticas relacionadas con este tipo de injerencias corporales; el derecho a la no autoincriminación; la libertad de movimientos del individuo por la imposibilidad de circular de forma autónoma, puesto que para la práctica de estas indagaciones pudiese resultar acuciante proceder al traslado del individuo sometido al lugar

⁹⁶⁰ MONTEALEGRE RUBIANO, L.M., “Los registros personales e inspecciones corporales realizados por los funcionarios de policía judicial frente al derecho a la intimidad y a la exclusión de la evidencia en el proceso penal”, Universidad libre; Maestría en derecho penal, Bogotá, 2011, pp. 84-86.

⁹⁶¹ PATIÑO URIBE, E., “Controles aeroportuarios...”, op. cit., 2013, pág. 5, en el estudio de cuáles son los mejores mecanismos de control y seguridad que se realizan en los aeropuertos colombianos, se busca un fin importante; el cuidado de la intimidad de las personas y preservar su integridad.

donde se encontrare el facultativo⁹⁶², con el fin de realizarle una exploración corporal.

Finalmente argumenta nuestra autora, que según la situación que se exponga “puede ser pertinente analizar la prohibición de la tortura, así como la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, puesto que la forma, condiciones y frecuencia con las cuales se practiquen las inspecciones corporales o la toma de muestras íntimas puede significar un grado de sufrimiento físico o moral constitucionalmente inadmisibles”⁹⁶³.

El capítulo III bajo la rúbrica “actuaciones que requieren autorización judicial⁹⁶⁴ previa para su realización”, se encuentran incorporadas dichas intervenciones corporales, revelando en su artículo 246 del CPPC, que la autorización judicial estará proferida por el juez de control de garantías, a petición del fiscal que así le corresponda. Sin embargo, cuando se presenten aquellas contingencias que ameriten una extrema urgencia, la policía judicial podrá requerir una autorización previa directamente del juez, no sin antes reseñar que el fiscal será inmediatamente informado de ello.

XI.4.2.1. Definición y diferenciación de la inspección corporal y el registro personal.

Al ser exigua y casi inexistente la definición que realiza el CPPC respecto a las figuras indagatorias de las inspecciones corporales y los registros personales, en cuanto que no menciona ni tan siquiera el término de intervenciones corporales, trataremos de exponer lo que la jurisprudencia y la doctrina ha dicho al respecto, puesto que, gracias a ello, se ha facilitado la creación jurídica de esta

⁹⁶² RUIZ-JARAMILLO, L. B., “Intervenciones corporales...”, op. cit., 2007, pág. 236, realiza también un desglose de los derechos afectados en las intervenciones corporales, reseñando además la afectación del derecho a no ser molestado en su persona.

⁹⁶³ MONTEALEGRE RUBIANO, L.M., “Los registros...”, op. cit., 2011, pág. 86.

⁹⁶⁴ La Sentencia de Corte Suprema de Justicia, Sala penal nº 37130 de 3 de julio de 2013, establece que; la toma de muestras íntimas, junto con la inspección corporal, el registro personal, el reconocimiento y examen físico de las víctimas de delitos sexuales o que afecten a la integridad corporal, son actuaciones que requieren la autorización judicial.

categoría que sirve para incluir así mismo, los diferentes tipos de intervenciones que aparecen en el referido CPPC⁹⁶⁵.

En referencia al registro personal, la SCCC indica que consiste en todas aquellas exploraciones dirigidas a la persona, mediante el empleo de métodos superficiales, que no comprendan los orificios corporales, ni tampoco los que se encuentran bajo la piel, ya que la locución “registrar” se emplea generalmente para los términos de “cachear” y “palpar” entre otros.

Además, la locución “persona”, refuerza aún más la interpretación de que el registro personal supone una actividad indagatoria que afecta a la superficialidad del individuo, y a toda la indumentaria que porte el sometido, reafirmandose el hecho de que se excluyan, de esta actividad, las exploración de cavidades u orificios corporales.

Por el contrario, en las inspecciones corporales, la SCCC no hace una definición precisa al respecto. En la redacción que divulga sobre las garantías para su legítima práctica, permite conocer algunos pormenores sobre dicha diligencia. Esgrime que se tratan de “inspecciones que involucren cavidades vaginales, genitales o anales, o que requieran el empleo de instrumentos que deban ser introducidos en el cuerpo del imputado”, que deberán, en todo caso, ser realizados por un médico o facultativo acreditado.

La doctrina⁹⁶⁶ es unánime en afirmar que existe una diferenciación sustancial entre ambas figuras procesales, tanto por el procedimiento llevado a

⁹⁶⁵ De esta forma se expresa, LÓPEZ PINILLA, A. M., “La obtención de muestras corporales del imputado en el Proceso Penal Colombiano, Ley 906 de 2004”, Escuela de derecho, Ed. Universidad Eafit, Medellín, 2013, pág. 8.

⁹⁶⁶ NOVOA VELÁSQUEZ, N. A., “Inspección corporal”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia, año 1, n° 1, Junio 2009, pág. 230. MONTEALEGRE RUBIANO, L.M., “Los registros...”, op. cit., 2011, pág. 106, añade que el registro corporal supone una revisión de la superficie del cuerpo, mientras la inspección según los fines de la investigación puede acarrear una revisión de orificios naturales. RUIZ-JARAMILLO, L. B., “Intervenciones corporales...”, op. cit., 2007, pág. 232, expresa que las inspecciones corporales recaen sobre el interior del cuerpo humano, en sus cavidades naturales o incluso debajo de la piel, mientras que los cacheos, referidos al registro corporal, recae exclusivamente sobre la exterioridad del cuerpo humano, incluso de sus ropas. LÓPEZ PINILLA, A. M., “La obtención...”, op. cit., 2013, pág. 8, reconoce

cabo, como por el nivel de intromisión en las vidas de las personas. Como consecuencia de ello, estamos en disposición de afirmar que, dependiendo del nivel de intensidad en su ejecución, éstas afectarán los derechos fundamentales en mayor o menor medida.

La palabra inspección, como hemos tenido ocasión de comprobar, ya sea bien durante un reconocimiento, o bien durante una exploración, va más allá del contacto superficial del cuerpo humano⁹⁶⁷ del sometido. Puesto que si el procedimiento consistiere en una mera palpación externa de la silueta humana, éste se incluiría, entonces, entre los denominados registros o cacheos.

Además, la expresión “cuerpo” utilizada en el artículo 247 en la figura de la inspección corporal, así como la expresión “persona” referida en el artículo 248 respecto al registro corporal, nos muestra la existencia de la disparidad en su exégesis, en cuanto que este último vocablo viene a referirse a la persona en general, mientras que aquel término se dirige a una de sus partes concretas.

En atención a esta última reflexión, el autor NOVOA VELÁSQUEZ realiza una distinción entre ambas figuras, pues el concepto de cuerpo, es el “conjunto de las partes materiales que componen su organismo, permitiendo distinguir que con la inspección al cuerpo se quiere escudriñar o buscar elementos materiales y evidencias al interior del organismo, y con el registro, busca elementos de conocimiento que la persona lleve consigo en la parte exterior de su cuerpo, de allí que el registro personal sea mucho menos invasivo que la inspección corporal”⁹⁶⁸.

que tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de pronunciarse sobre estas figuras, ya que existe una diferenciación evidente.

⁹⁶⁷ En el mismo sentido MONTEALEGRE RUBIANO, L.M., “Los registros...”, op. cit., 2011, pág. 105.

⁹⁶⁸ NOVOA VELÁSQUEZ, N. A., “Inspección corporal”, op. cit., 2009, pág. 230. Concluye en su explicación que “en algunos casos para la inspección corporal es necesario el empleo de producto invasivo de tipo quirúrgico, es decir, instrumentos que penetran parcial o completamente en el interior del cuerpo bien por un orificio corporal natural o a través de la superficie corporal por medio de una intervención quirúrgica”.

XI.4.2.2. La inspección corporal.

El artículo 247 de la CPPC regula con la rúbrica “inspección corporal”, aquellas actividades realizadas por la policía judicial, cuando el fiscal tenga motivos razonables fundados⁹⁶⁹ para creer que, en el mismo cuerpo de la persona, existiesen elementos materiales lo suficientemente probatorios con los que motivar dicha inspección. La expresión “mismo cuerpo”, constituye una locución tan evidente como para interpretar que la inspección corporal está dirigida a la propia anatomía humana, que soporta el cuerpo y protege⁹⁷⁰ sus órganos internos.

El propio artículo del CPPC incluye algunos circunscritos en la propia SCCC cuando argumenta la constitucionalidad del artículo 247 en referencia a:

- Que para la inspección corporal es ineludible la preceptiva autorización del juez de control de garantías, que ponderará la solicitud del fiscal o de la policía judicial, en circunstancias consideradas como excepcionales de extrema urgencia. La determinación de dicha medida, se basará principalmente en si es pertinente y si, en las condiciones particulares del caso, se cumple los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

- Cuando se le requiriera al imputado para realizar la inspección corporal, y éste se negare alegando otras circunstancias no tenidas en cuenta al conferirse la autorización judicial; el juez habrá de ponderar nuevamente la congruencia de ordenar su realización, o denegarla, en el supuesto de que estimare las alegaciones del sometido.

⁹⁶⁹ Así lo reconoce el autor, CARRILLO PUENTES, J., “Apuntes jurídicos y jurisprudenciales sobre el derecho a la intimidad en Colombia”, Ed. Edison Puentes, Colombia, 2014, pág. 247, al aducir que el Fiscal General o el Fiscal deben tener indicios o motivos razonados y fundados para creer que en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios. También RUIZ-JARAMILLO, L. B., “Intervenciones corporales...”, op. cit., 2007, pág. 229. La SCCC cuando se pronuncia sobre los “motivos razonablemente fundados, no se refiere a la responsabilidad del imputado, sino a los criterios objetivos con base en los cuales existiría fundamento para creer que en el cuerpo del imputado se encuentra algún elemento material probatorio necesario para la investigación”.

⁹⁷⁰ En este sentido se expresa NOVOA VELÁSQUEZ, N. A., “Inspección corporal”, op. cit., 2009, pág. 229, que además alude que este concepto que deriva en anatomía humana o antropología está a la luz de una interpretación de la ciencia médica.

- La inspección corporal que se realice, deberá respetar la seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad del imputado.

De todo lo expuesto, podemos aducir, que las inspecciones corporales se convierten en una medida agresiva de carácter jurídico probatorio que tiene una naturaleza jurídica de prueba pericial⁹⁷¹ dirigida a las personas. La consideramos, incluso, residual, ya que como indica NOVOA VELÁSQUEZ, la inspección corporal que tuvo en cuenta el legislador está pensado para que “aquellas evidencias físicas necesarias para la investigación se buscaran en el interior del cuerpo del imputado o en sus orificios naturales⁹⁷² (...), o cavidades naturales⁹⁷³ (la boca, los oídos, las ventanas o fosas nasales, la uretra, el recto o ano y la vagina, a través de la introducción de instrumental médico, agujas, sondas⁹⁷⁴ (...), mini-cámaras⁹⁷⁵, etc., intervenciones que por lo general deben ser realizadas por personal médico o especializado en ciencias de la salud⁹⁷⁶, en condiciones de limpieza e higiene”⁹⁷⁷.

⁹⁷¹ De esta forma se expresa RUIZ-JARAMILLO, L. B., “Intervenciones corporales...”, op. cit., 2007, pág. 233.

⁹⁷² Indica nuestro autor que se trata de cualquier abertura natural del cuerpo, así como la superficie externa del globo ocular, o una abertura artificial creada de forma permanente, como una estoma.

⁹⁷³ En el mismo sentido se pronuncia MONTEALEGRE RUBIANO, L.M., “Los registros...”, op. cit., 2011, pág. 53, alegando además, que tiene un fin primordial referido a la búsqueda de cualquier objeto que esté oculto en tales orificios.

⁹⁷⁴ El informe nº 38/96, Caso 10.506, Argentina, de 15 de octubre de 1996, de la Comisión Americana de Derechos Humanos, contempla que los derechos a la integridad personal, dignidad humana, intimidad de una mujer y su hija, fueron vulnerados por el hecho de que, en un Centro penitenciario, les realizaran una inspección vaginal cuando iban a visitar a su esposo y padre, respectivamente, y que estaba recluso.

⁹⁷⁵ Se pronuncia con respecto a Mini-sondas cónicas, en bola, plano, cervical.

⁹⁷⁶ MONTEALEGRE RUBIANO, L.M., “Los registros...”, op. cit., 2011, pág. 49, arguye que para la obtención de muestras íntimas, tales como el semen, la sangre el cabello o la saliva, se exige la preceptiva actuación de los facultativos.

⁹⁷⁷ NOVOA VELÁSQUEZ, N. A., “Inspección corporal”, op. cit., 2009, pág. 229.

XI.4.2.3. El registro personal.

No existe una definición legal clara⁹⁷⁸ sobre qué debe entenderse por “registro personal”, preexistente y tipificado en el artículo 248⁹⁷⁹ del CPPC. Debido a esta confusión conceptual que, de cierto modo, perjudicaría los derechos del sometido en este tipo de procedimiento indagatorio practicado por la policía judicial, la SCCC, asumiendo dicha deficiencia, rectificó o amplió ya no sólo su definición, sino también incluyó, aunque de forma muy escueta, cuáles debían ser las formalidades más idóneas para su legítima práctica.

La SCCC, deja claro, que el término registrar es sinónimo de cacheo y de palpación del cuerpo, “lo cual indica que la exploración que se realiza en el registro personal, es superficial”. También alude que el vocablo persona, “permite inferir que el registro personal supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta, repudiando cualquier exploración de cavidades u orificios corporales. Este registro puede comprender además el área física inmediata y bajo control de la persona, donde puede ocultar armas o esconder evidencias”. NOVOA VELASQUEZ⁹⁸⁰, defiende, sin embargo, que el legislador tuvo muy en cuenta para que su finalidad estuviera enfocada en la búsqueda de la parte externa del cuerpo humano, dirigida a sus ropas o incluso a su piel.

De esta definición, arguye la SCCC que el registro personal puede recaer o estar dirigido al imputado, como también a una tercera persona que esté relacionada con la investigación; tanto a su indumentaria, como a otros elementos y áreas situadas bajo su control físico (bolsos, maletas, etc.), estando justificado incluso el palpamiento de aquellas áreas íntimas del cuerpo.

⁹⁷⁸ Coincidimos con LÓPEZ PINILLA, A. M., “La obtención...”, op. cit., 2013, pág. 10, sobre dicho aspecto.

⁹⁷⁹ En dicho precepto, únicamente se recoge que el registro de la persona está relacionada con que se tengan motivos razonablemente fundados de que ésta mantenga relación con la investigación que se lleve a cabo, por encontrarse en posesión de elementos u objetos materiales probatorios. Al menos en el segundo párrafo, incluye que el registro personal debe realizarse por una persona del mismo sexo, y ser compatible con la dignidad humana.

⁹⁸⁰ NOVOA VELÁSQUEZ, N. A., “Inspección corporal”, op. cit., 2009, pág. 230.

Asimismo, hace alusión, aunque de forma sucinta, que dentro de esta modalidad de registro personal o cacheo, se halla incluso el referido desnudo integral del imputado o de una tercera persona. RUIZ-JARAMILLO⁹⁸¹, refiriéndose a todas las intervenciones corporales, donde, como hemos visto, se incluyen los cacheos, concluye, que éstas están integradas por aquellas medidas de “tratamientos diversos sobre la interioridad del cuerpo humano vivo incluyendo la exterioridad al desnudo de sus partes pudendas que se practican sobre la parte del imputado o un tercero, testigo o víctima”.

Pues bien, sobre la víctima a la que alude el autor referenciado, se pronuncia la SCCC, respecto de la exclusión del vocablo “desnudo integral” de ciertas conductas o procedimientos, cuando éstos estuvieran dirigidos al tocamiento de órganos sexuales y senos, o a la observación del cuerpo desnudo, por encuadrarse tales medidas dentro del artículo 250⁹⁸² del CPPC.

Como también ocurría con las inspecciones corporales, el CPPC, incorpora algunos aspectos sobre el registro personal que apunta la SCCC, referidos a:

- Que salvo durante una detención, el registro corporal requerirá autorización previa del juez de control de garantías, en cuyo caso dilucidará sobre la emisión de la solicitud del fiscal o de la policía judicial en circunstancias excepcionales.

- El establecimiento de las condiciones de los registros personales en aquellos casos en los que la persona, sobre la cual recae la acción, se negare, recaerá en el juez de control de garantías.

En cuanto al registro “incidental a la captura”, o lo que, en España, es lo mismo al referimos al cacheo cuando se produce una detención, la SCCC, hace hincapié en que para que sea constitucionalmente admisible se requiere que se realice inmediatamente después de la detención, que sea legítima; esté ordenada por un juez; y que su ejecución recaiga exclusivamente sobre la superficialidad de

⁹⁸¹ RUIZ-JARAMILLO, L. B., “Intervenciones corporales...”, op. cit., 2007, pág. 229.

⁹⁸² El artículo 250 con la rúbrica “procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales”, versa sobre todas aquellas investigaciones que están relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito para el que sea exigible el preceptivo reconocimiento o examen de un perito forense.

la persona, su indumentaria o enseres que llevare consigo, excluyendo cualquier tocamiento sobre sus órganos sexuales y senos, o la acción de observarla desnuda.

Por último, y en cuanto a las garantías que demanda la SCCC sobre los registros personales en atención a la compatibilidad con la dignidad humana, señala que “cuando se trate del registro de áreas con connotación sexual, o del cuerpo desnudo de la persona el registro se realice con el mayor decoro y consideración posible; que se evite someter a la persona a tocamientos o exposición de su cuerpo de carácter obsceno o humillantes, y que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para la persona sobre la cual recae la medida”.

XI.4.3. El registro personal preventivo.

La diferencia⁹⁸³ más palpable del cacheo policial preventivo con respecto al cacheo tutelado por la CPPC, es que no requiere autorización judicial⁹⁸⁴, puesto que no dimana de una investigación llevada a cabo por un proceso penal con la finalidad de juzgar conductas punibles que atenten contra los bienes jurídicamente tutelados; ni tampoco está enfocado para realizar inspecciones corporales que incluyan el tocamiento de orificios genitales⁹⁸⁵.

No hay que olvidar que, la limitación de la dignidad humana juega un papel fundamental en este tipo de intervenciones, atendiendo al grado de incidencia en referencia a las partes del cuerpo registradas, la mecánica que se

⁹⁸³ MONTEALEGRE RUBIANO, L.M., “Los registros...”, op. cit., 2011, pág. 79, refiriéndose a la inspección corporal, arguye que puede ser una medida policial, realizada con fines preventivos.

⁹⁸⁴ CARRILLO PUENTES, J., “Apuntes jurídicos...”, op. cit., 2014, pág. 218, apunta a que el registro preventivo realizado por la policía no requiere autorización judicial.

⁹⁸⁵ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal n° 434, de 7 de diciembre del 2011, justificaba una palpación externa del cuerpo de un sujeto, ya que este tipo de procedimiento se asocia a un cacheo, y por ello, no necesita autorización judicial. Alude además que, es un caso distinto si tuvieran que tocar los orificios genitales, ya que en este supuesto, si es preceptivo la orden.

realiza, o incluso, la diferencia de género entre el funcionario que efectúa el registro y el registrado⁹⁸⁶.

El cacheo preventivo es llevado a cabo dentro de las actividades de la policía o las fuerzas militares⁹⁸⁷, en caso excepcional, cuyas competencias están orientadas al mantenimiento del desarrollo del orden público⁹⁸⁸ y del ejercicio de los derechos y libertades públicas⁹⁸⁹.

Por su parte, la policía nacional, encargada de las funciones preventivas en la vía pública⁹⁹⁰, tiene como fin primordial prevenir, intervenir, o incluso evitar conductas punibles de la sociedad colombiana, pero con una limitación del ejercicio de la libertades de las personas en general, lo que, obviamente, supone

⁹⁸⁶ Así lo expresa la Sentencia de constitucionalidad n° 822/05 de Corte Constitucional, 10 de Agosto de 2005. De igual modo, la Sentencia n° 11001-6000-015-2010-08681-01 de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, de 29 de Enero de 2014, justifica el cacheo de un policía de género femenino hacia una persona del mismo sexo, a quien encontraron un monedero que acababa de arrojar, conteniendo 23 cápsulas de cocaína y sus derivados.

⁹⁸⁷ El Código Penal Militar, Ley n° 1470, de 2010, reza en el artículo 370, que cuando en el ejercicio de la actividad de la policía, los servidores de la policía nacional (refiriéndose a los funcionarios militares) descubriesen elementos probatorios durante el desarrollo de un registro personal y/o registro de vehículos, deberán presentarlos a la policía judicial. En el artículo 407, expresa que cuando se realicen registros a personas, lo llevarán a cabo militares del mismo sexo, recordando que se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles, eso sí, con la dignidad humana.

⁹⁸⁸ El Decreto n° 1355 de 1970 del 4 de septiembre de 1970 donde desarrolla el Código Nacional de Policía, reza en su artículo 2 que a la policía le “compete la conservación del orden público interno. El orden público que protege la policía resulta de la prevención y la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad pública”.

⁹⁸⁹ En este sentido se pronuncia la Sentencia de Constitucionalidad n° 789/06 de la Corte Constitucional, de 20 de septiembre de 2006, cuyos argumentos se centran, en gran medida, sobre los registros personales durante las actividades preventivas que desarrolla la policía.

⁹⁹⁰ La Sentencia n° 050016000000201200370 de Tribunal Supremo del Distrito Judicial de Medellín, Sala Penal, de 15 de octubre de 2013, avala la actuación realizada por agentes que efectuaron un registro personal a una pareja de transeúntes, y que dada su experiencia policial, le suscitaron sospechas, por lo que procedieron a un registro, encontrando una bolsita de estupefacientes y dos pastillas de Rivotril, por lo que se procedieron a su detención.

una carga que las personas deben soportar con el fin de que exista una convivencia ordenada⁹⁹¹.

El artículo 208, del CPPC, regula sucintamente la facultad de la policía nacional colombiana, para realizar registros personales, inspecciones corporales, registros de vehículos, otras figuras afines, e, incluso, aquellas diligencias policiales concernientes a la identificación, con la finalidad de descubrir aquellos elementos materiales probatorios y evidencias físicas.

Por su parte, el Decreto n° 1355 de 1970 del 4 de septiembre de 1970, por el que se desarrolla el Código Nacional de Policía, ni siquiera hace referencia alguna al cacheo o registro de personas; haciendo únicamente referencia al “registro de domicilio”⁹⁹².

Ante la evidente ausencia de una regulación legal y procedimental sobre los registros y cacheos en las funciones de prevención llevadas a cabo por la policía, la Corte Constitucional tuvo que pronunciarse mediante la Sentencia n° 789/06, de 20 de septiembre de 2006, con el objetivo de subsanar cualquier duda respecto a las actuaciones policiales, y sirviendo, asimismo, a su vez, como punto de apoyo argumentativo para los fallos de posteriores jurisprudencias.

⁹⁹¹ De acuerdo con lo expresado por MORENO GONZÁLEZ, F., y MORENO RAMÍREZ, M. A., “Criterios para implementar la medida de protección y prevención en el nuevo código nacional de Policía”, Revista Iusta, Universidad de Santo Tomás, n° 38, Enero 2013, pág. 164.

En el mismo sentido se expresa la sentencia anteriormente aludida, en cuyos argumentos refiere sobre la facultad que tienen los funcionarios policiales para realizar prácticas prospectivas fuera del proceso penal (ya que en este supuesto requiere autorización judicial), en aras de garantizar la convivencia ordenada. La sentencia se expresa de la siguiente manera: “está claro, entonces, que el registro de personas llevado a cabo en desarrollo de la actividad de policía difiere sustancialmente del registro que se dispone y practica dentro del proceso penal, ya que el primero responde al cumplimiento de un deber constitucional en cabeza de la Policía Nacional, institución a la cual compete el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, al paso que el segundo atiende la necesidad de investigar y juzgar las conductas punibles que atentan contra bienes jurídicamente tutelados. De ahí que tratándose de registros preventivos realizados por la policía no sea menester contar con la previa autorización judicial, en tanto que en el segundo evento, esto es, el registro personal en el proceso penal sí necesite dicha autorización”.

⁹⁹² En el artículo 80 y siguientes de dicha norma.

En tal sentido, se ha expresado argumentando que: “en cuanto a los procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública, éstos corresponden a las requisas o cacheos realizados en lugares públicos, que implican la inmovilización momentánea de la persona y una palpación superficial de su indumentaria para buscar armas o elementos prohibidos con el fin de prevenir la comisión de delitos, o para garantizar la seguridad de los lugares y de las personas, procedimientos que se encuentran regulados en las normas vigentes de policía. Estos procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones penales y, por lo tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública, (...) por lo tanto, dichas normas de policía continúan aplicándose sin que la inexequibilidad de la expresión señalada impida que la fuerza pública cumpla las funciones que le son propias de conformidad con las leyes vigentes”.

Por tanto, la referida sentencia declaró condicionalmente exequible el artículo 208 de la CPPC, en cuanto que interpretó el registro personal como una “revisión externa, superficial y no invasiva”⁹⁹³; es decir, lo que conocemos como cacheos, y que normalmente es realizado por la policía nacional⁹⁹⁴. Pero ya no sólo se ha declinado en avalar la congruencia del registro personal, sino también la de los registros en vehículos, definiendo ambas figuras como “procedimientos de rutina autorizados” y, en concreto, al registro de los vehículos, como “actos elementales de rutina, para identificar al conductor y a los pasajeros, constatar las características y la propiedad del vehículo, al igual que la naturaleza, procedencia y legalidad de los objetos transportados”.

⁹⁹³ CARRILLO PUENTES, J., “Apuntes jurídicos...”, op. cit., 2014, pág. 218.

⁹⁹⁴ La Constitución Política de Colombia de 1991, señala en el artículo 218 que “la policía nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”.

Con esta interpretación y ante la ausencia de reglamentos⁹⁹⁵ que especifiquen lo contrario, podemos aseverar, que los funcionarios policiales, encargados de la vigilancia y seguridad ciudadana, están capacitados jurídicamente para realizar todas aquellas actividades relacionadas con los cacheos a las personas de forma aleatoria; es decir, éstas actividades se encuentran entre las funciones que les son encomendadas a aquéllos y que, por ende, se circunscriben en medidas dirigidas a disuadir a la población en general⁹⁹⁶. Sin ir más lejos, la Corte Suprema de Justicia⁹⁹⁷, avaló una intervención de la policía nacional, en la que se incautó una maleta ubicada en un bar debajo de una mesa, y la cual contenía una balanza y seis contenedores rectangulares con cocaína en su interior, sin necesidad de argumentar, previamente, los motivos por los que se había realizado tal registro, o si éste era fruto de sospechas o indicios.

⁹⁹⁵ Como ejemplo de ello nombramos el Manual Policía Judicial; Parte General, Fiscalía General de la Nación, 2012, pág. 30, ya que la diligencia del registro personal tiene dos consideraciones o clases aparentes, una de ellas el carácter preventivo, sin otorgar en el mismo más detalles.

⁹⁹⁶ En el mismo sentido se expresa CARRILLO PUENTES, J., "Apuntes jurídicos...", op. cit., 2014, pág. 218. TORO LUCENA, O.A., "Intervenciones corporales...", op. cit., 2010, pág. 199, asevera y a la vez critica que en Colombia, el cacheo realizado en un contexto policivo, se incrementa significativamente su práctica para tratar de persuadir a las personas. De cualquier modo, afirma nuestro autor, que están obligados a respetar los derechos fundamentales.

⁹⁹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal n° 38171 de 24 de julio de 2013, donde condenaron a los sujetos de un delito contra la salud pública.

XII. CONCLUSIONES.

Primero: La diligencia del cacheo plantea una variada problemática que exige para poder abordarla con eficacia, delimitar con claridad cuáles son los elementos que la configuran y diferencian de otras figuras afines. Por ello se ha previsto realizar el estudio de otras modalidades prospectivas, que si bien es cierto que no encajan con precisión en el concepto del cacheo, no es menos cierto que disfrutan de gran similitud indagatoria y son complementarias con su praxis.

Nos estamos refiriendo al supuesto del registro de aquellos enseres que portan consigo los sometidos; los registros de vehículos; así como para aquellas medidas o actividades indagatorias que supongan una intromisión más intensa en los derechos fundamentales, destacando en este sentido, el cacheo con desnudo integral, semidesnudo, búsqueda en cavidades humanas, utilización del uso de radiografías de rayos X, o escáner corporales, entre otras.

El cacheo en el sistema constitucional español, plantea numerosas cuestiones de legalidad atendiendo principalmente a los fines que se persigan, así como también a las personas involucradas en la práctica del cacheo, como, por ejemplo, el sujeto activo: profesional o ciudadano facultados para llevar a cabo dicha prospección; o el sujeto pasivo, es decir, aquellos individuos que son sometidos al cacheo.

Segundo: El cacheo policial nos sitúa en presencia de una práctica indagatoria con un objeto plural, ya que su finalidad puede tener tanto un carácter preventivo como postdelictual y, en consecuencia, se puede pretender con ella tanto evitar, como descubrir un hecho constitutivo de delito. También forma parte de su contenido la salvaguarda de la propia seguridad de las FCS que practican el cacheo, así como la seguridad del propio sometido, o incluso la de terceros, bien en la vía pública, en las dependencias policiales o en los momentos previos a la introducción de los presuntos delincuentes en los calabozos.

Por lo tanto, tiene especial relevancia las actuaciones policiales dirigidas a sancionar las infracciones administrativas en la vía pública, como es el caso asiduo de la tenencia y consumo de drogas, constituidas, todas ellas en

intervenciones a las que denominamos “cacheo preventivo-administrativo”, aun siendo una modalidad compleja y controvertida, no deja de estar bajo el amparo de la nueva LOPSC, ya no sólo para sancionar las infracciones tipificadas por ésta, sino también dirigidas para aquellas que se encuentren incorporadas en otras Leyes y normas de rango inferior.

El cacheo policial se configura, por tanto, con aquellas intervenciones dirigidas al propio cuerpo del sometido, de forma que consistirán en la palpación o tocamiento de la silueta del requerido, vaciado de bolsillos y registro de aquellos elementos anexos al vestido, quedando circunscrito siempre al cuerpo humano.

Sin embargo, la actividad referida al registro, se hace extensible como una actividad complementaria para la indumentaria, equipaje u otros objetos del sujeto. Por consiguiente, el cacheo tiene un tratamiento conceptual diferente al registro; consistiendo éste último en la inspección más minuciosa del propio cuerpo humano que no se corresponda con la simple palpación, así como también en el examen o control de aquellos enseres u objetos que no vayan adheridos al propio cuerpo de la persona. No obstante lo anterior, tanto el registro de los enseres u objetos de las personas como incluso el registro de los vehículos, contienen el mismo tratamiento jurídico y garantías que el cacheo, tanto en cuanto afecte a los derechos fundamentales de los interesados, tal y como así ha marcado la jurisprudencia.

En lo que respecta a los límites de la actuación policial y las garantías que deben acompañarla podemos cifrarlas de la siguiente manera:

La existencia de un marco legal que lo contemple. En este sentido, tanto la LOFCS como la LOPSC facultan a los funcionarios policiales para cachear tanto con carácter preventivo como indagatorio en delitos y delitos leves. Es destacable reseñar, que todas las cuestiones de la antigua LOPSC de 1992 que ha ido dirimiendo la jurisprudencia sobre la práctica del cacheo, motivó que se consolidara en la nueva LOPSC un ofrecimiento expositivo sobre una serie de requisitos que establecieron los Tribunales para formalizar dicha práctica indagatoria, con el único fin para el legislador de revestir de una mayor seguridad jurídica en el uso y empleo del cacheo.

La necesaria concurrencia de unas sospechas o indicios que justifiquen dicha intervención, de forma que se eviten las actuaciones intuitivas o aleatorias. No obstante, la determinación de qué ha de entenderse por sospechas o indicios no está exenta de problemas, de forma que podemos encontrar una variada jurisprudencia al respecto llegando incluso alguna sentencia a sentar como criterio para justificar la praxis del cacheo, la experiencia de las FCS que les permitiría valorar datos que pasarían desapercibidos a personas no expertas.

El necesario respeto al principio de proporcionalidad capaz de operar como pauta de actuación al indicarnos la necesidad de guardar un justo equilibrio entre los beneficios obtenidos con dicha actuación y los perjuicios que la misma comporta para la persona en cuestión. Por lo demás, se trata de un principio de construcción jurisprudencial que comprende tres criterios: el criterio de necesidad, que nos ilustra acerca de la posibilidad de acudir a otro recurso menos gravoso para el derecho fundamental; el criterio de idoneidad, que nos informa acerca de la adecuación de la medida para el fin propuesto; y, el criterio de proporcionalidad en sentido estricto encargado de ponderar los beneficios para el interés general frente a los perjuicios ocasionados en otros bienes o valores en conflicto.

Con estas garantías el cacheo supondría, en palabras del Tribunal Constitucional un sometimiento legítimo a las reglas de policía (Providencia de 26 de noviembre de 1990, recurso de amparo 2252/90).

Tercero: La jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que no puede identificarse con una detención la práctica de la retención para el cacheo. De esta forma, no resultan de aplicación para este supuesto las garantías constitucionales previstas por el art. 17 CE para la detención.

Ahora bien, y dado que la práctica del cacheo en la vía pública no se considera equivalente a una detención, entre otras razones, por su escasa duración, hemos de señalar que el principal problema que plantea el cacheo respecto al derecho a la libertad es, precisamente, la determinación del tiempo permitido para su práctica; cuestión esta de difícil solución, dado que el tiempo necesario para la realización efectiva de dicha práctica indagatoria no puede establecerse de antemano al depender de cada caso concreto. La doctrina es divergente en esta valoración.

Hemos detectado una mayor relevancia en el supuesto de que el cacheo no se realice “in situ”, sino que se proceda al traslado a las dependencias policiales para su verificación, supuesto en el que ya no estaríamos ante una simple inmovilización sino ante una retención. Dado que esta figura de la retención en la vía pública es más gravosa que la mera inmovilización, hemos de considerar aplicable a este supuesto la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional respecto al traslado a las dependencias policiales a efectos de identificación ya que en ella encontraremos las pautas a seguir para que ese traslado a las dependencias policiales a efectos de verificar el cacheo sea legítimo. La STC 341/1993 entendió que dicho traslado a efectos de identificación era una privación de libertad que no podía considerarse una detención a efectos del art. 17 CE, pero, pese a ello, consideró que en dicho supuesto resultaban de aplicación las garantías previstas en el art. 17.2 cuando dispone que la detención “no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos” y las previstas en el art.17.3 referente a que toda persona tiene que ser informada inmediatamente del motivo de la detención (en este supuesto del traslado).

En este sentido consideramos acertada por parte del legislador la inclusión, en la LOPSC, de algunos aspectos que aduce el TC, puntualizando como más relevante la temporalidad de la referida restricción, de modo que limita taxativamente la duración y permanencia en dependencias policiales a un máximo de seis horas. Aunque el legislador haya concretado el límite temporal en dependencias policiales, consideramos que el tiempo empieza a contar desde el mismo instante en que las FCS inician el traslado de cualquier individuo. Pues bien, toda esta doctrina asentada por el TC para la identificación en dependencias policiales, la consideramos trasladable al cacheo efectuado, igualmente, en dependencias policiales tras el correspondiente traslado.

Por lo tanto, no hay que olvidar nunca que, en uno u otro supuesto, el cacheo se deberá realizar “con moderación y con el máximo respeto de la persona cacheada y solo cuando sea necesario y hasta donde lo sea en aras de tal finalidad de obtener los instrumentos y efectos de una actividad delictiva”⁹⁹⁸.

⁹⁹⁸ STS 432/2001, de 16 de Marzo, FJ2º.

Cuarto: El derecho a la intimidad es uno de los que más problemas plantea al respecto, dado que es precisamente este derecho el que sufre una mayor injerencia con dicha práctica. Existe un expreso pronunciamiento del TC de que no existe vulneración del derecho a la intimidad en la práctica simple de cacheos y registros corporales siempre y cuando se cumplan unos criterios mínimos que hay que tener en cuenta para que el cacheo no lesione el derecho a la intimidad del requerido para ello. Estos son que el cacheo se realice por alguien del mismo sexo; que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en sitio cerrado y que se eviten posturas o situaciones degradantes o humillantes.

Ahora bien, cosa distinta es que el cacheo recaiga sobre las partes más íntimas del sometido o, ante el fracaso en la obtención de pruebas, se viera complementado por otras actuaciones capaces de alcanzar un nivel superior de afectación del derecho a la intimidad. Nos estamos refiriendo fundamentalmente a los desnudos integrales, práctica que puede tener lugar en las dependencias policiales o en la vía pública, una vez localizado el lugar oportuno para ello, sea éste un portal, los lavabos de un local público, etc.

Los Tribunales no han tenido problema en reconocer la legitimidad de esta intervención corporal realizada en los calabozos siempre que se encuentre motivada por circunstancias concretas que justifiquen fehacientemente la necesidad de su práctica al objeto de garantizar la investigación de hechos delictivos o al objeto de preservar la seguridad tanto del detenido como de los agentes implicados.

Una mayor complejidad plantea la posibilidad del desnudo integral, no ya en las dependencias policiales sino en la vía pública, ya que, a diferencia del supuesto anterior, el status del ciudadano no se ha visto modificado, como si ocurre con la persona detenida, por el surgimiento de una relación especial de sujeción, lo que nos lleva a mantener la necesidad de que concurra un plus de justificación objetiva y razonable para su práctica.

La novedosa LOPSC, ha creado una figura de prospección dirigida al cuerpo humano, prescribiendo ciertos requisitos para salvaguardar el derecho a la intimidad, y que ya marcaron los Tribunales anteriormente con respecto al desnudo integral. Nos estamos refiriendo a lo que denominamos como

“semidesnudo” o “desnudo parcial”, intervención indagatoria consistente en dejar a la vista de los agentes, partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa.

Aducimos en este sentido que esta figura indagatoria afectará al derecho a la intimidad personal, e incluso a la intimidad corporal, dependiendo de las partes del cuerpo que se exhiban a requerimiento de las FCS. Por ello desaconsejamos la práctica del semidesnudo como un procedimiento rutinario, el cual se deberá limitar, especialmente, a supuestos de especial gravedad, en atención a la rapidez o inmediatez de la intervención para perseguir el fin, y sobre la base de los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad.

No debemos obviar la afectación al derecho a la intimidad en la práctica del cacheo de las FCS en los programas televisivos, o su divulgación, de por vida, en plataformas digitales de internet. No tiene sentido, bajo el punto de vista del que suscribe, que si para la práctica del cacheo debe evitarse la visión de terceros, o realizarse en una zona más privada y fuera del alcance de la vista de otras personas; luego se exponga al público, mediante imágenes audiovisuales vía televisión o internet, las intervenciones policiales donde se visualice la realización de cacheos a individuos, y en cuyas reproducciones, además, se muestran los rostros de la personas que fueron sometidas a tal actividad prospectiva.

Con fin de tratar sobre este asunto, acudimos al estudio del derecho al olvido, consolidado en el año 2014 con la resolución de una sentencia del TJUE (conocido como el caso Google Spain), en cuanto que, de forma análoga, entendemos que esta sentencia obliga igualmente a los responsables de las plataformas digitales, a suprimir aquellas imágenes en las que aparezcan individuos siendo cacheados. Consideramos, por tanto, que se está infringiendo de forma masiva el derecho fundamental a la intimidad de los ciudadanos que hubieran sido sorprendidos, identificados y cacheados durante una intervención policial con cámaras televisivas de por medio.

Quinto: En cuanto al derecho a la integridad física, tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en señalar que se trata de un derecho no afectado por la práctica del cacheo, porque al tratarse de una palpación superficial de la silueta, su incidencia en el cuerpo humano es mínima y en consecuencia no comporta menoscabo alguno del derecho a la integridad física. No obstante lo anterior, y en lo que respecta a las intervenciones radiológicas de rayos X,

frecuentemente utilizadas por los miembros de las FCS tanto en puertos como en aeropuertos (lugar idóneo donde las organizaciones criminales incrementan actividades delictivas), la jurisprudencia es unánime en declarar que no existe vulneración a la integridad física siempre que estén en los límites de lo permisible, concretándose a su vez dos condiciones: que la persona intervenida no esté detenido y que preste libremente su consentimiento.

En el estudio de la posible afectación del escáner corporal, hemos concluido que se trata de un aparato que no afecta a la integridad física en cuanto que no existe ninguna radiación que afecte al cuerpo. Sin embargo, la principal ventaja, en cuando a la intimidad de las personas se refiere, es que en la pantalla donde los operarios visualizan los resultados obtenidos, no representa el contorno del sujeto en cuestión, sino más bien, se señala las partes del cuerpo en las que aparecen los objetos sospechosos, aunque, eso sí, representando la silueta humana mediante un dibujo, o modelo preconstituido, que será utilizado para cada una de las pruebas que se realicen.

Sexto: En cuanto a la afectación de derechos se refiere, hemos de plantearnos cuál es el significado del principio de la dignidad de la persona en el ámbito de la práctica del cacheo. Recordemos que el principio de la dignidad de la persona tiene una doble vertiente. Por un lado, constituye un obstáculo a cualquier intento de instrumentalización o cosificación del ser humano y, por otro lado, es portador de un ámbito de autonomía que impide cualquier conducta tendente a privar al hombre de la capacidad de determinar su propia existencia. Trasladando ambos contenidos al tema que nos ocupa deberíamos concluir, por un lado, afirmando la existencia de una afectación no legítima de dicho principio, en aquellos supuestos en los que el cacheo se realizara de forma inhumana, vejatoria o denigrante, y, por otro lado, deberíamos aceptar la posibilidad de que se produjera una afectación legítima de dicho principio por el mero carácter coactivo del cacheo, pues esa merma de la autonomía otorgada al sujeto por su dignidad personal estaría justificada por el interés de la justicia en la persecución de los delitos, lo que nos situaría en presencia de un supuesto de sometimiento legítimo a las reglas de policía.

Séptimo: En el ámbito penitenciario, lo primero a destacar sería que, a diferencia de lo que ocurre en la vía pública, el cacheo goza de una mayor

flexibilidad, ya que puede estar justificado no sólo en razones muy concretas y específicas, sino también en consideraciones generales que atiendan a preservar el orden y el buen funcionamiento del Centro. Ahora bien, ello no puede significar en modo alguno la posibilidad de que en las Instituciones penitenciarias, los cacheos puedan tener un carácter indiscriminado.

El cacheo penitenciario nos coloca ante una práctica común en los Centros de internamiento que tiene por objeto fundamental permitir a la Institución penitenciaria el cumplimiento de los cometidos que le son propios tales como el aseguramiento de los delincuentes y el mantenimiento del orden y la seguridad del Centro.

La situación de relación especial de sujeción en la que se encuentran los internos respecto de la Institución penitenciaria explica que en dicho ámbito el cacheo sea una práctica más frecuente y presente ciertas peculiaridades respecto del cacheo policial. Entre ellas, se encuentra la mayor relevancia del cacheo con desnudo integral que, a diferencia del desnudo policial, carente de regulación legal, éste sí que se encuentra previsto y regulado en el Reglamento Penitenciario, que exige respecto de éstos mayores garantías que respecto de los cacheos ordinarios y requiere la necesaria concurrencia de una justificación racional y concreta para su debida práctica.

De igual modo, se ha procedido al estudio de algunas actividades indagatorias que afectan a la seguridad de los Centros, y que complementan a la práctica del cacheo. Nos referimos a los recuentos, a la observación y a los registros en celda. Especial consideración tiene el registro en celda por la problemática que plantea su consideración como domicilio o no, a los efectos de poder ser registrada sin el consentimiento o la presencia del que habita en ella. Nuevamente ha sido la jurisprudencia la que ha negado el carácter domiciliario de la celda y por tanto la entrada en ella no requiere de autorización judicial alguna que la permita.

Sobre las personas ajenas a la Institución penitenciaria, y que entran en relación con los internos en régimen de visitantes, son compelidos a someterse a los controles, registros y cacheos que el Centro estime pertinentes con la subsiguiente quiebra del derecho a la intimidad, justificada por esa fuerza expansiva de la que goza el principio de la relación especial de sujeción, en aras

del mantenimiento del buen orden y la seguridad en el Centro. No obstante lo anterior, esa fuerza expansiva no puede ser ilimitada y el principio de proporcionalidad acude en nuestro auxilio para recordarnos la necesaria ponderación que debemos realizar entre el fin perseguido y los daños causados.

La mayor incidencia de las medidas interventoras en los derechos de los penados no puede comportar en modo alguno la desaparición de todo derecho o libertad en dicho ámbito. Como acertadamente ha señalado el TC en una de sus sentencias, la situación de sujeción especial del interno en un establecimiento penitenciario no puede significar la eliminación de sus derechos fundamentales ni, por tanto, que “la justicia se detenga a la puerta de las prisiones”⁹⁹⁹.

Octavo: La corriente de la doctrina jurisprudencial, Instrucciones e Informes del Ministerio del Interior, junto a la elaboración de Leyes que condicionan un protagonismo en el ámbito privado referido a la seguridad, dado su evidente expansión en España, ha llevado al legislador a elaborar la Ley de Seguridad Privada en el año 2014, considerando que aún siendo vaga e imprecisa en algunas de las cuestiones objeto de estudio, sí proporciona, sin embargo, una mayor seguridad jurídica a las actuaciones de los vigilantes de seguridad sobre esta materia, que antes divagaba en meras interpretaciones.

No estamos de acuerdo en aquellas opiniones doctrinales referentes a que la seguridad privada conlleva una intromisión profesional en materia de seguridad pública reservada a las FCS, en cuanto que la seguridad privada contiene una aproximación funcional y de naturaleza jurídica con respecto a aquéllas. Deducimos que, por tanto, de una forma indirecta, los vigilantes de seguridad asumen funciones de prevención del delito, considerándolas como un conjunto subordinado y coordinado que forma parte de la trilogía de la seguridad pública.

El anclaje sólido que ha suscitado el deber genérico de la constante colaboración y auxilio de la seguridad privada a las FCS, ha generado que las nuevas leyes sean más realistas al asumir que las funciones en el ámbito privado constituyan un elemento preventivo del delito que busca la seguridad y el buen funcionamiento de aquellas instalaciones donde asiste gran afluencia de público.

⁹⁹⁹ STC 2/1987, de 21 de enero.

Los vigilantes de seguridad tienen la obligación de proteger los bienes tanto de naturaleza penal como administrativa y, como consecuencia de ello, deberán perseguir únicamente aquellas infracciones recogidas en el ordenamiento jurídico en materia de seguridad; porque de perseguir otra tipología de infracciones, constituiría un atropello a los derechos de los ciudadanos.

En cuanto a la legitimación del cacheo practicado por la seguridad privada, únicamente tendrán la condición de agentes de la autoridad, cuando, hallándose bajo las órdenes de las FCS, fueran agredidos o desobedecidos. Si dedujéramos que los vigilantes de seguridad no pueden cachear a ninguna persona por carecer de tal condición, es decir, que no están facultados o capacitados “por sí solos” para ejecutar legítimamente el cacheo corporal del sometido, habríamos de cuestionarnos si en realidad se están vulnerando, en todo el territorio nacional, y de forma sistemática, los derechos fundamentales de los ciudadanos, dado que la prospección del cacheo, por parte de este colectivo profesional, se está practicando en la actualidad con mucha más intensidad, especialmente en los aeropuertos, o incluso en los filtros de seguridad previa entrada a los recintos donde van a desarrollarse espectáculos deportivos de gran relevancia.

El posicionamiento jurisprudencial, ha dejado al margen, aspectos jurídicos y sustanciales referentes al cacheo en el sector de la seguridad privada, debido a la falta de precisión por parte de los magistrados en sus procedimientos judiciales. No obstante, hemos de aseverar que la sospecha o los indicios han sido los requisitos subsumibles para que el cacheo sea amparado legamente, aunque existe una corriente jurisprudencial que avala, o más bien admite, los controles aleatorios en los aeropuertos, que, sin ningún tipo de sospecha previa, se hubieren motivado practicar. Entendemos que, en este caso, existe una justificación avalada por el fin primordial de mantener la seguridad en las instalaciones de los aeropuertos, en cuanto que, dicho espacio, es un hervidero de conductas ilícitas, tanto para las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de drogas, así como un lugar idóneo para la perpetración de actos terroristas. No obstante aducimos, y avalados por la jurisprudencia, que los cacheos arbitrarios y aleatorios sin la persecución de ningún fin, se convierten en prácticas abusivas.

Los cacheos de los vigilantes de seguridad deben estar supervisados y bajo el mando de las FCS; esto quiere decir, que miembros de estos cuerpos policiales

deberán estar presentes en el mismo instante que aquéllos realicen dichas prácticas con el fin de garantizar que se realizan de forma correcta y conforme a los fines perseguidos.

Los profesionales de la seguridad privada, deberán solicitar, a los ciudadanos, su consentimiento expreso a ser sometidos a la práctica del cacheo, al menos verbalmente, a quienes comunicarán que, en caso de negarse a ello, serán los propios funcionarios policiales los que realizarán dichas indagaciones, por estar éstos legalmente habilitados. Consideramos que en la mayoría de los casos, la ciudadanía lo acepta como algo normal, e incluso, necesario, dado que se es consciente de que si se negase alguno a ser cacheado, ello le reportaría más problemas que soluciones para lograr su propósito de acceder, finalmente, al interior de las instalaciones a las que pretende entrar; lo que sumado al desconocimiento de su legitimidad, hace que esta práctica se convierta, a su vez, en un desagradable trámite que al garantizar, al fin y al cabo, la seguridad común, es aceptado finalmente. Por consiguiente, de lo que se trata es de conseguir que los ciudadanos se sometan de una forma libre, voluntaria y conscientemente, con ausencia de fuerzas externas que les oprima y coarte, mediante coacciones, su libre albedrío, para, con ello, legitimar y amparar jurídicamente esta práctica.

La práctica del cacheo realizado en la vía o espacios públicos, puede entrar en conflicto con las funciones competenciales de los agentes de la autoridad, al asemejarse este tipo de procedimiento al de la función pública. Debido a la inexactitud de su regulación en la Ley, consideramos que, los profesionales del sector privado se encontrarán legitimados para realizar dichas funciones indagatorias, siempre y cuando estos lugares o espacios públicos estén rigurosamente acotados y determinados a las funciones de protección que se hubiesen especificado.

Respecto a los registros de bolsos, maletas y demás pertenencias se refiere, la doctrina jurisprudencial debiera haber sido más contundente en sus fundamentaciones para fijar unos criterios mínimos con los que establecer, sin ambages, su legitimidad, puesto que deja al margen el núcleo esencial de su estudio y su afectación de los derechos fundamentales. No obstante, consideramos que sus prácticas afectan al derecho de la intimidad personal recogido en el artículo 18 de la CE. Además, la presencia del personal auxiliar de

servicios, como por ejemplo el caso de los empleados que se encuentran trabajando en una caja registradora de un centro comercial, conlleva ciertamente en sí un efecto disuasorio, pero de ningún modo éstos podrán efectuar labores de seguridad, ni mucho menos registrar bolsos ni cachear a cliente alguno.

Por tanto, de una forma implícita y sistemática, se están vulnerando los derechos de la intimidad y dignidad de las personas sometidas a la práctica del cacheo efectuada por los vigilantes de seguridad, en cuanto que éstos no deben cachear por sí solos al carecer de la condición de agentes de la autoridad. Aunque a priori pareciera que el hecho de que los ciudadanos expresen su voluntariedad a someterse a esta clase de registros superficiales, habilita a los trabajadores de la seguridad privada a realizarlos; esta voluntariedad está más que cuestionada, por lo que creemos absolutamente importante reseñar que se deberá regularizar un plan integral de seguridad, con el objetivo de ayudar a los profesionales de este sector a cumplir sus funciones, de un modo eficaz, con respecto a su especial obligación de auxiliar y colaborar con las FCS.

Noveno: En cuanto al cacheo realizado a los menores de edad, no cabe duda de que el acopio del ordenamiento jurídico nacional y supranacional, ha condicionado a las Administraciones para velar por el interés rector del menor, con el fin de salvaguardar sus derechos fundamentales (en especial el derecho a la intimidad), dado que su capacidad volitiva e intelectual, así como el desarrollo de su personalidad, no se encuentran completamente culminadas en su proceso de maduración.

Ahora bien, el cacheo a un menor, en circunstancias no privativas de libertad, se practicará como último extremo; es decir, teniendo siempre como referencia el principio de mínima intervención. No obstante lo anterior, la consideración suprema de “protección del interés del menor”, la estimamos de vital importancia para la práctica del cacheo, habida cuenta que los menores se exponen a ser cacheados con la misma intensidad que los adultos en determinadas situaciones de gravedad, como así expresa la jurisprudencia, en cuyos argumentos se refleja que el cacheo a menores de edad en circunstancias no privativas de libertad, no difiere significativamente al realizado a los adultos, cuando se trata de garantizar y proteger el interés y “beneficio del propio menor”.

La diferencia estriba con respecto a los adultos, en las técnicas procedimentales que se han de llevar a cabo, las cuales se realizarán aun con mayor y especial interés al derecho a la intimidad, al honor, a la propia imagen y a la dignidad de aquéllos.

El cacheo efectuado a los menores de edad dentro de los Centros de Internamiento, reseñamos que la relación especial de sujeción, coloca a la Administración en una posición de absoluta preeminencia, convirtiéndose en garante frente al menor, atendiendo siempre, en este tipo de supuesto, a una finalidad meramente educativa.

Las Administraciones deben garantizar con efectividad, el estricto cumplimiento de los diferentes programas de intervención educativa, y ello conlleva, intrínsecamente, velar por la vigilancia, el buen orden y seguridad de los menores.

Por consiguiente, el cacheo estaría legitimado porque constituye en sí un instrumento mediante el cual garantizar la convivencia ordenada dentro de los Centros, ya que éstos se hallan supeditados a realizar las correspondientes labores de vigilancia y control, a fin de promover la ansiada seguridad del Centro, y, con ello, garantizar la programación de intervención educativa, así como el cumplimiento de la normativa disciplinaria interna. No obstante, el tratamiento que se da a los menores de edad infractores dista del dado a los adultos, ya que consideramos que los cacheos que les son efectuados no son tan intensos como los llevados a cabo sobre estos últimos, de modo que su realización, en su justa medida, quedaría circunscrita a supuestos excepcionales o extraordinarios.

Décimo: El estudio del tratamiento jurídico de las personas transexuales es complejo, dado que, algunas vicisitudes legales, que hemos de tener en cuenta, podrían confrontar la protección del derecho a la intimidad del sometido respecto a su identidad sexual, con la obligación de éste a someterse, en aquellos casos amparados jurídicamente, a la práctica del cacheo.

En el marco institucional internacional se ha generado hasta nuestros días un acopio de normas (Declaración Universal, Convenio de Derechos Humanos, Tratados Europeos, Recomendaciones europeas etc...), que ha asentado en Europa, y en el resto del mundo, las bases para el reconocimiento del pluralismo

de la identidad sexual, la no discriminación y la tolerancia e igualdad entre hombres y mujeres.

La consolidación en España y en el resto de las CCAA del derecho a la identidad sexual, y que esto, además, sea considerado como expresión del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona, ha generado la promulgación de Leyes en defensa de la igualdad y los derechos de los transexuales que se han de tener muy en cuenta.

El referido ordenamiento jurídico, así como la línea de la jurisprudencia doctrinal, ha consolidado que un individuo, cuya identidad sexual entrare en conflicto con su anatomía sexual originaria, disfrute en la actualidad de la oportunidad de cambiar de sexo en el registro civil. Esta circunstancia acarrea dos situaciones a las que podrían enfrentarse los profesionales que posean la facultad de cachear.

La primera de ellas, la exponemos en atención al hipotético supuesto de que la persona transexual se hubiere sometido a una intervención quirúrgica, o de cirugías para transformar su anatomía sexual, en cuyo caso no existe mayor complejidad para su correcta resolución, en cuanto que el cacheo estaría legitimado si ésta fuere cacheado por un profesional del mismo sexo, tal y como estipulan, de forma consolidada, las Leyes, la doctrina y la jurisprudencia.

La segunda cuestión a la que nos referimos, y siempre bajo nuestro punto de vista, conllevaría una mayor complejidad en cuanto a su debida solución jurídica. Se ha de tener en cuenta previamente que no es indispensable la transformación anatómica del cuerpo para conseguir el reconocimiento y cambio del sexo en el registro civil, en atención a la orientación o identidad sexual, —sin perjuicio, eso sí, de hallarse en posesión del pertinente informe clínico del médico o psicólogo—. Es por ello que podemos aducir que esto, a su vez, puede generar dos circunstancias concurrentes bien diferentes, en atención a si el individuo en cuestión hubiera cambiado su identidad sexual en el registro civil, o, si de lo contrario, no lo hubiera hecho todavía.

La primera de ellas no resulta difícil de dirimir si, una vez comprobado su DNI o el registro civil, se practica el cacheo en función del sexo que indique el documento en cuestión. Ahora bien, ¿De qué modo debería actuarse con aquellas personas que sintiéndose del sexo contrario al que nacieron, no se hubieren

sometido a una intervención quirúrgica o de cirugía, ni tampoco estuvieren inscritas en el registro civil como tal, bien porque no hubieran visto oportuno realizar su inscripción, o bien porque, una vez solicitada, estuvieran pendientes de la resolución definitiva por los organismos competentes?

Este supuesto no deja de tener ciertas connotaciones jurídicas muy complejas y de difícil solución. No obstante, habríamos de acudir al criterio de idoneidad, habida cuenta de que se debe utilizar la medida menos gravosa para el individuo transexual. Por su parte, habríamos de aplicar también, con el fin de aportar una respuesta apropiada, idónea y proporcional, el principio de la dignidad de la persona, entendida como una expresión de su libertad, autonomía y voluntariedad, de modo que, los profesionales deberán respetar, en todo momento, la voluntad expresada por aquél, en cuanto a la opción de elegir la sexualidad del profesional que le fuere a cachear, siempre en virtud de su identidad sexual, con la finalidad de proteger las máximas garantías constitucionales. Únicamente de este modo, estamos absolutamente convencidos de que se evitará tanto la intromisión como el perjuicio de sus derechos fundamentales.

Undécimo: La legitimidad, o no, de la realización de cacheos a los alumnos, por parte de los docentes o de las FCS, en un Centro educativo, dado el incremento grave de conflictos —derivados de la violencia escolar, individual o grupal, acoso escolar, bullying, etcétera—, así como de la indisciplina generada por los propios discentes en el interior de las aulas, y que, desde hace varias décadas, ha llegado a convertirse, en la actualidad, en un problema muy extendido dentro de nuestra sociedad.

La educación constituye uno de los pilares fundamentales, y a su vez, se erige como un reducto medular invulnerable sobre la que se sustenta una sociedad civilizada y democrática. Por ello, la relación especial de sujeción, en este contexto, tiene como misión, conseguir con efectividad el objetivo constitucional. Ahora bien, consideramos que más bien ésta se trata de una “relación jurídica especial” entre la Administración escolar y los discentes, en cuanto que conlleva una intensidad inferior al de un Centro de internamiento o penitenciario, porque, entre otras cosas, los alumnos no se encuentran privados

de libertad. Aun así, la comunidad escolar, de algún modo, experimenta cierta limitación de los derechos fundamentales reconocidos en la CE.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido que otorgarle a la Administración educativa que sea garante de los alumnos, conlleva aparejada una responsabilidad para los profesores, quienes han de garantizar el buen orden del Centro, así como también supone una restricción de algunos derechos para los alumnos, en aras de conseguir el cumplimiento del régimen disciplinario y, con ello, alcanzar el respeto de las normas de convivencia que permitan, al fin y a la postre, la finalidad de estos lugares de enseñanza que no ha de ser otra que la esencialmente educativa.

Uno de los instrumentos que ha utilizado el Estado, —mediante la promulgación de Leyes tanto estatales como de las CCAA, y del propio CP—, con el objeto de combatir las crecientes conductas disruptivas dentro de los Centros escolares, ha consistido en otorgarle a los funcionarios docentes la condición de “autoridad pública”, aunque únicamente para cuando fueren agredidos o desobedecidos gravemente, así como también dotarles de un valor probatorio y de presunción de veracidad en cuanto a la adopción de medidas correctoras se refiere, siempre y cuando, eso sí, se hallen realizando las funciones propias educativas que tienen encomendadas.

Además, la obligación que, a los Centros escolares, insta la LOMCE, para desarrollar un plan de convivencia en el que se desarrollen preceptos que contengan normas de convivencia en sentido estrictamente docente, y en virtud del cual se sancionará a los alumnos que incumplan los mismos, lo consideramos otro medio para combatir el problema en las aulas.

Ahora bien, cuando durante la convivencia escolar, entendida ésta como el respeto del alumno a las obligaciones de tolerancia, relación y entendimiento dentro de la sociedad educativa en aras de conseguir una armonía de deferencia hacia los demás compañeros y profesores, se producen hechos relevantes que afectan a la seguridad y al buen desarrollo de la misma, nos encontramos ante una tesitura no menos complicada, puesto que podríamos cuestionarnos si una medida coercitiva, como es la práctica del cacheo, podría ser propicia e idónea, atendiendo al contexto educativo que nos encontramos, para erradicar, con más eficacia, conflictos que afecten a la propia seguridad del Centro como

consecuencia de la utilización de objetos e instrumentos capaces de generar un peligro a la integridad del personal estudiantil o docente, o de otro tipo de elementos que, llevarlos consigo, constituyeran una infracción al régimen interno del propio Centro escolar.

Consideramos que estos medios, no son lo suficientemente eficaces como para solventar el problema, puesto que los profesores son igualmente protagonistas en esa relación profesor-alumno, y en la cual aquéllos mantienen una posición de garante frente a los discentes.

Nos encontramos, por tanto, con numerosas circunstancias a las que se han de enfrentar los docentes o las FCS, dada la existencia de una regulación de objetos prohibidos en el interior de las instalaciones docentes, que es de lo más variopinto, y que afectan al régimen interno así como también a la prevención de actos delictivos. No hemos de olvidar que la prohibición de objetos prohibidos debe tener una finalidad y un carácter estrictamente educativo como sería, por ejemplo, prohibir la introducción de teléfonos móviles, mecanismos de comunicación, e incluso el consumo de chicles, etc.; y que dependerá de la regulación realizada por el respectivo consejo escolar dadas las circunstancias concretas de cada Centro.

La obligatoriedad por parte de los docentes de evitar la introducción de objetos prohibidos que constituyan infracciones al plan de convivencia, de ningún modo, justificará que esta acción se repele mediante la práctica del cacheo, ni tampoco mediante registros masivos de mochilas, ni emplazando a la puerta del Centro, o del aula, unos arcos de detector de metales, etc.; ya que, en primer lugar, los docentes no están facultados para practicar dichas indagaciones; y, en segundo lugar, porque la idea de los Centros educativos está encauzada en una pedagogía educativa, debiendo de trazarse, por consiguiente, otras medidas menos gravosas pero igualmente disuasorias y preventivas que tenga como única finalidad la meramente educativa.

La solución más apropiada a tal efecto, la resolveríamos si el Observatorio Estatal de Convivencia incluyera necesariamente como infracción, en los distintos planes de convivencia, la negativa de los discentes a entregar aquellos objetos o efectos prohibidos, que pudieran generar un menoscabo de la convivencia escolar, cuando fueren requeridos por un docente; con la advertencia de ser

expulsado si se persiste en hacer caso omiso al requerimiento. De este modo, opinamos, se evitaría tomar otras medidas mucho más lesivas para los derechos de los alumnos.

Otra de las cuestiones, es el concerniente al hecho de que el menor portase objetos o sustancias capaces de causar grave peligro o daños a los bienes, la integridad de las personas, y que, además, estuviese tipificado o bien como delito o bien como infracción a la LOPSC. Para la resolución de este supuesto, y siempre en atención al principio de mínima intervención, los docentes deberán instar a las FCS para su debida intervención sobre la base de la prevención y persecución de actos delictivos o infracciones administrativas graves.

Además de la facultad que disfrutaban las FCS de actuar en el interior de los Centros docentes a petición del Director, por las causas que se expresan en el apartado anterior; los miembros de las FCS estarán igualmente legitimados a actuar de oficio, cuando, por ejemplo, realizando una patrulla de vigilancia por las inmediaciones de un Centro docente, se percatasen de la comisión de un ilícito penal en el interior del mismo.

Ahora bien, no sería lícito que las FCS realizasen controles masivos a los Centros docentes, motivados simple y llanamente por la función preventiva, a no ser que hubieran serios y fundados indicios concernientes a evitar el quebranto de la seguridad del Centro, aunque siempre en casos muy excepcionales que tuvieran cierta connotación de seguridad pública o de prevención ciudadana derivada de una alarma social de gran importancia.

Decimosegundo: En los Estados Unidos Mexicanos, debido a que se organiza políticamente en un estado Federal, se ha desarrollado un acopio importante de normas de una misma naturaleza sobre la regulación del cacheo policial a distintos niveles: Federal, Estatal y Municipal. Esta circunstancia ha dado lugar a la existencia, a su vez, de distintas Instituciones policiales independientes según su jurisdicción.

El cacheo policial está regulado, a su vez, en dos niveles diferenciados en función del fin perseguido. El primero es el concerniente al cacheo motivado por un procedimiento penal, y el segundo referido al cacheo policial preventivo.

La práctica del cacheo dentro de un procedimiento penal, está dirigida fundamentalmente para realizar registros de personas involucradas en una

investigación de hechos delictivos. Está regulado por el Decreto que expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, con fecha de 5 de febrero del 2014. Este Código Nacional está desarrollado, a su vez, por los respectivos Códigos Penales de los diferentes Estados que componen el país de México.

Nos hallamos en disposición de destacar que encontramos subsumidos en este supuesto dos figuras prospectivas relevantes de distinto calado, respecto al nivel de afectación de los derechos fundamentales. La primera es la que hace mención a las “inspecciones de personas”, que consisten en una exploración externa de las posesiones del sujeto investigado. Dichas intervenciones deben estar precedidas de la existencia de flagrancia o fundada sospecha de que la persona, a la que se va a intervenir, porte consigo, u oculte entre sus ropas, toda clase de instrumentos, productos u otros objetos relacionados con el hecho delictual investigado.

La segunda figura es la referida a la “revisión corporal”, que, a priori, es una expresión que puede confundirse con respecto al otro término, pero que una vez analizado, podemos concluir que, dentro de una investigación policial, estaría dirigida para todas aquellas intervenciones atendidas a un nivel más intenso de afectación de los derechos de las personas.

En ambas figuras sería suficiente, para realizar dichas prospecciones, el simple consentimiento del sometido; y en caso de negativa, se elevaría una autorización previa al juez de control. No obstante lo anterior, existen algunas figuras que la Ley encuadra dentro de las inspecciones, para las que sería ineludible la preceptiva autorización judicial como son los casos del cateo, desnudo integral, extracción de sangre, toma de cabello; etcétera.

El supuesto del cacheo policial preventivo se rige por la Ley de la Policía Federal Preventiva del 4 de enero de 1999, cuya atribución se le otorga a las FCS para mantener y restablecer el orden y la paz pública. Tanto en dicha Ley como en las de régimen inferior que lo desarrollan, la jurisprudencia ha avalado las actuaciones preventivas del cacheo cuando el individuo en cuestión muestre una actitud de sospecha o se tengan indicios lo suficientemente concluyentes como para entender que se hubiera cometido un delito; o lo que es lo mismo, se debe evitar en todo momento la realización de cacheos subjetivos, caprichosos y de rutina.

Además se habilita a las FCS para realizar registros en el interior de vehículos cuando estén en disposición de los requisitos que anteriormente se han reseñado. La doctrina reconoce que dicha labor es utilizada con mucha frecuencia por los cuerpos policiales.

También refieren otras normas, sobre todo aquellas dimanantes de los Gobiernos Municipales, que autorizarán cachear tras una detención con el fin de proteger y garantizar la integridad física de los intervinientes.

Por último, reseñar que en cuanto a los cacheos colectivos se refiere, la Comisión Nacional de Derechos Humanos no deja de ser vaga e incompleta en su interpretación, por lo que ha suscitado que para aquellas intervenciones que afecten a una masa de personas, deba ser también el Ministerio Público el que autorice las mismas en aras de velar por su legitimidad.

La República de Colombia, al igual que el país anterior, regula en dos escenas diferentes, las intervenciones corporales a sus ciudadanos: una sobre el marco de la persecución de una actividad pos-delictual realizada por la policía judicial, y la otra sobre aquellas otras actuaciones indagatorias concernientes al registro personal preventivo efectuado, esta vez, por funcionarios policiales.

Los cacheos están regulados en el Código de Procedimiento Penal Colombiana, para la persecución de delitos y de los delincuentes. En virtud de estas investigaciones policiales, la autoridad judicial autorizará todas aquellas intromisiones policiales que consistan en inspecciones corporales, registros personales (donde se encuadra concretamente el cacheo), así como la obtención de muestras, tales como fluidos corporales, cabellos, etcétera.

Todas estas intervenciones corporales, fueron dirimidas y legitimadas por la Sentencia nº 822/2005 de la Corte Constitucional, de 10 de agosto de 2005, cuyos argumentos se configuró como base sólida y ejemplar para ulteriores fallos dimanantes de los demás Tribunales y en general como jurisprudencia colombiana.

En este sentido, se constituyen dos figuras principales que clasificamos según han indicado tanto la jurisprudencia como el ordenamiento jurídico. Nos estamos refiriendo a la inspección corporal y al registro personal, donde la doctrina también se ha pronunciado de forma unánime en aseverar que existe una

diferencia sustancial entre ambas figuras procesales en atención al nivel de intensidad en su ejecución.

En cuanto a la inspección corporal está dirigida para aquellas actividades realizadas por la policía judicial, cuando el Fiscal tenga motivos razonables fundados para creer que, en el mismo cuerpo de la persona, existieran elementos materiales probatorios con los que motivar dicha inspección. Podemos concluir que estando estas actividades inspectoras dirigidas a buscar pruebas en el interior del cuerpo del imputado, así como en sus orificios y cavidades naturales, todas las intervenciones que hayan de efectuarse al respecto deberán ser realizadas por personal médico.

Con respecto al registro personal, lo cual definimos como cacheo, la legislación no ha sido clara al referirse a ello, por lo que debemos de destacar las aclaraciones que la Sentencia Constitucional nº 789/06 de corte Constitucional, de 20 de septiembre de 2006 ha argumentado al respecto.

Aseveramos que el registro personal, aludida en la legislación, trata de aquellas exploraciones dirigidas sobre la persona, mediante el empleo de métodos superficiales que no comprendan los orificios corporales y que estén relacionados con la investigación llevada a cabo, afectando también a otros elementos y áreas de control físico como son los bolsos y maletas. No obstante lo anterior, y como quiera que estas indagaciones encuentran su fundamento en el marco de una investigación policial, será perceptible la autorización judicial para llevarlas a cabo.

En cuanto a las detenciones practicadas por la policía, lo que la legislación nombra como "incidencia a la captura", la jurisprudencia ha sido sólida al refrendar el cacheo efectuado inmediatamente después de la detención. Su ejecución debe recaer exclusivamente sobre la superficialidad de la persona, su indumentaria o enseres que llevaré consigo, excluyendo cualquier tocamiento sobre sus órganos sexuales.

Por lo que respecta al registro personal preventivo (cacheo), la diferencia más palpable con respecto al cacheo efectuado a raíz de una investigación llevada a cabo por la policía, es que no requiere autorización judicial. El cacheo preventivo es llevado a cabo por la policía y, excepcionalmente, por las fuerzas

militares, cuyas competencias están orientadas al mantenimiento del orden y a la defensa del ejercicio de los derechos y libertades públicas.

La jurisprudencia ha avalado que el cacheo es externo, superficial y no invasiva, por lo que se ha inclinado en aceptar la legalidad de dicha prospección corporal, ya no sólo sobre las personas, sino también para el registro de vehículos en la vía pública.

Llama la atención que ante la ausencia de normas y jurisprudencia que especifiquen lo contrario, los funcionarios policiales, encargados de la vigilancia y de la seguridad ciudadana, estarán capacitados jurídicamente para realizar aquellas actividades relacionadas con los cacheos a individuos de forma aleatoria, circunscritas en medidas dirigidas a disuadir a la población en general.

En la República Italiana, la expresión “perquisizione personali”, es la más adecuada para referirnos al vocablo cacheo. Se tipifican como delito, en el Código Penal italiano, todas aquellas conductas que consistan en un abuso por parte de un funcionario público, como por ejemplo las inspecciones o registros personales que se realicen de forma arbitraria.

El ordenamiento jurídico italiano alude principalmente a dos formalidades que legitiman el cacheo. En primer lugar nos referimos a la recopilación de pruebas de una investigación policial sobre la base del Decreto del Presidente Della Republica 22 settembre de 1998, n° 447, Codice di Procedura Penale, en cuyos preceptos se recoge la figura del cacheo junto con otras figuras tales como los registros en un domicilio o lugar privado o, incluso, en las cosas, bajo la garantía de un auto motivado, tanto del Fiscal como del propio Juez, cuando fuere necesario determinar algún tipo de vestigio u otros efectos materiales del delito. La doctrina asevera que todas estas figuras, junto a las escuchas telefónicas, componen medios de prueba en la investigación de un ilícito penal.

El CCP, esgrime ciertas formalidades para motivar y amparar estos registros, como el requisito de la sospecha o el indicio; o bien que se den por finalizados de forma voluntaria, cuando el inculpado hiciera entrega a los intervinientes de los objetos que motiven la investigación; o bien, la elección por parte del sometido de un testigo de su confianza para que sea partícipe de los cacheos o registros.

Durante los registros de los locales, también por medio de un decreto motivado, las fuerzas del orden podrán cachear a las personas que se encuentren en el lugar, si se considera que pudiesen ocultar en sus cuerpos, o entre sus vestimentas o pertenencias, objetos relacionados con el delito investigado. De igual modo, se podrá proceder al cacheo, o al registro, sin necesidad de una autorización previa, si existieran razones de urgencia, o en aquellos supuestos de delito flagrante, o también en caso de fuga.

En segundo lugar, ya en cuanto al cacheo preventivo se refiere, sorprende el significativo acopio de Leyes que refrendan el cacheo que, llevado a cabo por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la vía pública, sirva para ayudar a erradicar el tráfico de drogas, la discriminación por motivos de odio e intolerancia, o la violencia por motivos raciales, étnicos o religiosos. Incluso la Ley nº 140 de junio del 2003 habilita a los funcionarios a cachear a los miembros del Parlamento Italiano cuando éstos se hallasen privados de libertad, como consecuencia de la comisión de un ilícito penal. Por último, nombramos a la *Legge Reale*, cuyos preceptos mucho tienen que ver con la LOPSC en España, destacando de ella que entiende como sospecha la existencia de incongruencias en relación a la presencia y actitud de los sujetos con respecto al tiempo y lugar donde hubieran sido identificados.

El cacheo policial en Francia descubrimos que existen dispares vocablos para referirse a la semasiología del cacheo. La expresión “*fouiller á corps*” conocido también como “*fouille corporelle*” es la forma más adecuada para referirnos al cacheo de las personas.

El Reglamento interno de la policía nacional habilita al cacheo en circunstancias de delito flagrante o a sujetos que estén privados de libertad. También el Código Nacional de Seguridad francés habilita a realizar palpaciones de seguridad en los casos extremadamente necesarios, siempre lejos de la mirada del público; y evitando que se realicen de forma sistemática, o motivados por simples apariencias físicas.

En cuanto a las investigaciones policiales, el Código de Procedimiento Penal francés también avala la legitimidad del cacheo cuando su ejecución pudiere proporcionar información útil para la investigación de un delito ordenada por la autoridad judicial.

También el registro de vehículos está asociado a la búsqueda de pruebas para la protección de la ciudadanía. Se podrá realizar dicha prospección cuando se sospeche que los ocupantes del mismo hubieran perpetrado un infracción penal, o bien cuando estén relacionados con la investigación de actos terroristas, delitos relacionados con la proliferación de armas de destrucción masiva, armas y explosivos, etc.

En cuanto al desnudo integral de un detenido, existen dos modalidades lícitas para practicarlo. La primera es la motivada a velar por la seguridad de los funcionarios policiales tras una detención; y la segunda es la tendente a descubrir aquellos efectos u objetos del detenido en el marco de una investigación.

Refiere la legislación, avalada también por la jurisprudencia, que los vigilantes de seguridad podrán realizar cacheos ante la existencia de una amenaza grave para la seguridad pública, pero salvaguardando dos requisitos vinculantes: uno, que los sometidos hubieran prestado su consentimiento expreso; y dos, que se hubiese aprobado previamente una autorización especial.

También es de destacar la aprobación legislativa para cachear por parte de la policía judicial en operaciones marítimas y portuarias, o en el transporte aéreo. Señala la legislación de la seguridad del transporte aéreo, que se podrá incluso realizar al azar cacheos selectivos, cuando se cuente con la anuencia del respectivo individuo. Por último, ha de subrayarse además que, para los Centros docentes, la legislación establece que los profesores no estarán habilitados para proceder al cacheo, y únicamente se ceñirán a la incautación de aquellos objetos peligrosos que pudieran portar sus alumnos.

XIII. FUENTES.

XIII.1. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.

ABASCAL MONEDERO, P.J., Y OTROS, "Guía de intervención administrativa y judicial con menores de protección" Ed. Dykinson, Madrid, 2014.

ACEDO PENCO, A., "Introducción al derecho privado", Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

ACOSTA GALLO, P., "Derecho de la seguridad, responsabilidad policial y penitenciaria", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., "Las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública y privada. ¿Se opera algún cambio en el nuevo Estatuto para Cataluña?", Revista Catalana de Seguretat Pública, nº 17, 2006.

AGUADO I CUDOLÀ, V., "Revista catalana de Seguridad pública: Seguridad pública y privada: el nuevo modelo de protección de la ciudadanía", nº 17, Barcelona, 2006.

AGUILERA PORTALES, R., y GONZÁLEZ CRUZ, J., "Derechos humanos y la dignidad humana como presupuesto de la eutanasia", Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, nº 69, noviembre 2012, pp. 151-168.

ALONSO PÉREZ F., "Cacheos y registros corporales", Diario la Ley, Sección Doctrina, tomo 5, 1999.

ALFONSO PÉREZ, F., (Coord.), "Manual del policía", 4ª Edición, Ed. La Ley Actualidad, Madrid, 2004.

ÁLVAREZ CUESTA, H., "Igualdad y no discriminación en el trabajo por razón de identidad sexual", Revista del derecho social, nº 65, Ed. Bomazo, 2014.

ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C., "Sentencia Google Spain y derecho al olvido", Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez), nº 38, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 110-118.

AMADO GARCÍA, J.A., "Anatomía de un imposible. La imagen jurisprudencial del policía", Seguridad en la sociedad de riesgo: un debate abierto, Ed. Atelier, 2003, pp. 181-198.

AMBROGIO, S., "I mezzi di ricerca della prova", Compendio di diritto processuale penale, Ed. La Tribuna, Piacenza, 2011, pp. 153-165.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, "Entender la labor policial", Ed. Amnistía Internacional, Madrid, 2005.

ANADÓN JIMÉNEZ, M.G., "La recogida de pruebas en relación al proceso penal por la policía judicial", Diario la ley, Sección doctrina, Ed. La Ley, tomo 5, 1999.

ARILLA PLATERO, J., "Intervención corporal en el proceso penal. Especial referencia a la extracción y análisis de sangre, publicación: sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales 17/2002", Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2002.

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, J., y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., "Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemáticos y recopilación de legislación", 5ª Edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

ARRIBAS LÓPEZ, J.E., "Breves consideraciones sobre la asistencia médica forzosa a los internos en los Centros penitenciarios", Actualidad Jurídica Aranzadi nº 705/2005, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006.

AZAOLA CALDERÓN, L., "Las intervenciones corporales, un análisis comparativo entre México y España", Derecho en libertad, Revista del centro de investigación jurídicas de la Facultad de Derecho de Monterrey, Ed. Facultad Libre de Derecho de Monterrey, nº 5, México, 2010, pp. 33-52.

BADOS PÉREZ, B., "Estatutos y posición de los operarios de vigilancia", Diario La Ley, Sección Tribuna, Ed. La Ley, nº 8046, 2013.

BEDOYA SIERRA, L., "La limitación de los derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano", Ed. Librería Jurídica Comlibros, Medellín, 2008.

BANACLOCHE PALAO, J., "La libertad personal y sus limitaciones", Ed. MacGraw-Hill, Madrid, 1996.

BAYÓN LÓPEZ, C., "El cacheo policial", Diario la ley, Sección Tribuna, Ed. La Ley, nº 7148, 2009.

BENITO LÓPEZ, R., "Algunas cuestiones sobre el régimen disciplinario en los Centros de internamiento de menores", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 18, 2008, pp. 9-28.

BERNARDI, D.G., "La polizia giudiziaria e i mezzi di ricerca della prova", *Corso di alta specializzazione in materia di criminología applicata, Settore Polizia Locale, Universidad de Roma, La Sapienza*, 2012-2013.

BEZZON, E., LONGOBARDO, F., "Procedure di polizia giudiziaria. Guida per l'operatore di polizia locale con formulario", Ed. Maggioli, Dogana, 2009.

BORASI, I., "Exclusionary rule, invalidità derivata e rapporto dipresupposizione in temi di attività perquisitorie intercettazioni", *Archivio della nuova procedura penale*, nº 6, Ed. La Tribuna, Piacenza, Diciembre 2011, pp. 627-630.

BRAGE CAMAZANO, J., "Limitaciones específicas a los derechos fundamentales en las relaciones de especial sujeción" en Portal web: Panóptico, Observatorio Penitenciario, UNED, Recurso electrónico disponible en http://www.uned.es/dpto_derechopolitico/brage.pdf

BUSTOS MORENO, Y.B., "La transexualidad de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo", Ed. Dykinson, Madrid, 2008.

CABEZUELO ARENAS, A.L., "Derecho a la intimidad", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

CÁMARA ARROYO, S., "Internamiento de menores y sistema penitenciario", Ed. Ministerio del Interior Secretaria General Técnica, 2010.

CÁMARA ARROYO, S., "La finalidad educativa de los Centros de internamiento de menores: el hospicio como antecedente", *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá III*, 2010, pp. 521-554.

CANCER MINCHOT, P., "Calificación del delito: conceptualización del profesor como autoridad", *Anuales de la Abogacía General del Estado*, septiembre 2009, pp. 806-815.

CANOSA USERA, R., "El derecho a la integridad personal", Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006.

CARRILLO PUENTES, J., "Apuntes jurídicos y jurisprudenciales sobre el derecho a la intimidad en Colombia", Ed. Edison Puentes, Colombia, 2014.

CASAL HERNANDEZ, J.M., "Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación", Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

CASARES VILLANUEVA, M.L., "Atentado, resistencia y desobediencia", Revista del Poder Judicial, nº 45, 1995, pp. 147-214.

CASILLO, R., "La dignità nel rapporto di lavoro", Rivista di diritto civile, vol. 4, Ed. Università di Napoli Federico II, 2008.

CASINO RUBIO, C., "La denominada seguridad privada ¿es realmente privada?", Revista catalana de Seguridad pública: Seguridad pública y privada: el nuevo modelo de protección de la ciudadanía, Barcelona, 2006.

CECCARINI, T., "Costituzione e perquisizione dei detenuti", Rivista penale, nº 4, Ed. La Tribuna, Abril 2002, pp. 320-323.

CERVELLÓ DONDERIS, V., "Derecho penitenciario", 2ª Edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

CERVELLÓ DONDERIS, V., "La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa", Estudios Penales y Criminólogos, vol. XIX, Cursos e congresos, nº 95, Ed. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 2012, pp. 53-164.

COBO DEL ROSAL, M., "Magisterio y Autoridad Pública", Justicia Penal Democrática y Justicia justa: Reflexiones, Ed. Dykinson, 2011.

CORBELLA I DUCH, J., "El derecho a la intimidad personal en el ámbito penitenciario", Diario La Ley, Sección doctrina, Ed. La Ley, Tomo 1, 1999.

CORNU, G., "Vocabulaire juridique", Presses Universitaires de France, 2007.

CORTÉS FERNÁNDEZ, B., "El Tribunal europeo respaldada el derecho al olvido", Boletín mercantil, nº 17, Ed. CMS Albiñana & Suárez de Lezo, 2014, pp. 39-41.

COTINO HUESO, L. "Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia consitutcional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)", Revista del Poder Judicial, (3ª época), nº 55, 1999, pp. 291-324.

COYLE, A., "La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos", en Manual para el personal penitenciario, Ed. Centro internacional de estudios penitenciarios, Londres, 2002.

CRUECES, E., y AQUESOLO, J., (Coor.), "Los años convulsos. 1931-1945. Documentación del Archivo Histórico Provincial de Málaga", Junta de Andalucía, Ed. Consejería de Cultura, Cádiz, 2006, pp. 67-77.

DE ANTÓN Y BARBERÁ, F., "Táctica policial", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

DE DIEGO ARIAS, J.L., "El derecho a la intimidad de las personas privadas de libertad y el principio celular a la luz de la jurisprudencia constitucional", Revista de Derecho UNED, nº 8, 2011.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I., "Transexualidad y restricción del régimen de visitas", Revista crítica de derecho inmobiliario, nº 713, 2009.

DE TERWANGNE, C., "Privacidad en internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido", Revista de Internet, Derecho y Política, nº 13, Ed. UOC, Barcelona, 2012, pp. 53-66.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., "La observación de los internos, los recuentos de la población reclusa, los controles e intervenciones como medida de seguridad interior de los establecimientos penitenciarios", Diario La Ley, Sección doctrina, Ed. La Ley, nº 7121, 2009.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., "Registros y cacheos en el ámbito penitenciario", Revista de derecho y proceso penal, Ed. Aranzadi, nº 22, 2009, pp. 31-50.

DE VICENTE PACHÉS, F., "Naturaleza jurídica de las funciones de los guardias jurados de seguridad privada: ¿suponen sus actividades ejercicio del poder público?", Revista doctrinal Aranzadi, nº 339/2001, pamplona, 2001.

DEFENSOR DEL PUEBLO, "Informe anual y debates en las Cortes Generales", Ed. Cortes Generales, Madrid, 1989.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA, "Informe especial sobre la atención a menores infractores en Centros de internamiento de Andalucía", Ed. Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2014.

DEL VAL CID, C., VIEDMA ROJAS, A., y REVIRIEGO PICÓN, F., "Hacia una medida objetiva de la discriminación en la cárcel: indicadores e índice de punición, *Revista Criminalidad*, vol. 55, nº 2, Bogotá, pp. 29-47.

DELGADO RINCÓN, L., "Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los presos en los Centros penitenciarios", *Teoría y realidad constitucional*, nº 18, 2006, pág. 199-211.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados; pleno y diputación permanente, nº 230, X legislatura, 2014.

DIAZ CABIALE, J.A., "Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (adn, sangre, etc.), medidas restrictivas de derechos fundamentales", *Cuadernos de Derecho judicial*, nº 12, 1996, pp. 67-196.

DIAZ RODRÍGUEZ, J.M., "Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial", *Actualidad Laboral* nº 7, Ed. La Ley, Tomo I, 2011.

DUART ALBIOL, J.J., "Inspecciones; registros e intervenciones corporales en el proceso penal", Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2014.

DUART ALBIOL, J.J., "Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal", (Tesis), Ed. Universitat Autònoma de Barcelona, 2014.

ELVIRA PERALES, A., "Transexualidad y derechos", *Revista General del Derechos Constitucional*, Nº17, Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

ESTEBAN DE LA ROSA, G., "Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: Algunas cuestiones controvertidas", *Diario La Ley*, Sección doctrina, Ed. La Ley, nº 5714, 2003.

FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.A., "Cuestiones actuales del proceso penal", Ed. Experiencia, Barcelona, 2015.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E., "Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita", Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Medidas de seguridad y vigilancia", *Manual de derecho penitenciario*, Ed. Colex, Madrid, 2001, pp. 243-259.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. (coord.), "Diccionario jurídico", 3ª Edición, Ed. Aranzadi, 2004.

FERREIRA DE ABREU, F., "La pena y su ejecución en la doctrina de la sala constitucional del Tribunal Supremo de justicia", Capítulo Criminológico, Vol. 35, nº 3, 2009, pp. 307-349.

FIGUERAS TUGAS, J., "Privacidad en los escáneres corporales en los aeropuertos de la U.E.", Novática, nº 217, 2012, pp. 39-44.

FLORY, J. G., "Retenes policiales a la luz del control de convencionalidad", Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, nº 7, 2015.

FOSAR BENLLOCH, E., "El reconocimiento de la transexualidad en la sentencia de la Sala de Lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987; y en los dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos: Casos Van Oosterwijk contra Bélgica -1 de marzo de 1979- y Rees contra Reino Unido -12 de diciembre de 1984", Documentación, Ministerio de Justicia, nº 1476, 1987, pp. 74-113.

FREIXES SAN JUÁN, T., y REMOTTI CARBONELL, J.C., "La configuración constitucional de la seguridad ciudadana", Departament de Ciència Política I de Dret públic, anuari 1992, 1ª Edición, Barcelona, 1994, pp. 15-43.

GALIZO LLAMAS, M., "Concepción Arenal y la humanización del sistema penitenciario. Pasado, presente y futuro del reto humanista en las prisiones", Acción e investigaciones sociales, nº 32, Ed. Faculta de Ciencia Sociales y del Trabajo, 2012, pp. 45-59.

GARCÍA ARÁN, M., y REBOLLO BARGAS, R., "La Exploración del cuerpo del sospechoso, el deber de colaborar y la sanción de su si fracción", Departament de Ciència Política I de Dret públic, anuari 1992, 1ª Edición, Barcelona, 1994.

GARCÍA DÍEZ, M., y FERNÁNDEZ ARIAS, C., "Régimen interno y potestad disciplinaria aplicable en los Centros de internamiento de menores con medidas judiciales. Experiencias prácticas y correcta interpretación y aplicación del Reglamento de menores", Revista científica anual IPSE-ds, Departamento de Educación de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, vol. 4, 2011, pp. 33-56.

GARCÍA GARCÍA, C., "Derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional". Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2003.

GARCÍA GARCÍA, M.J., "La imposición de prestaciones personales en concepto de sanción en el ámbito educativo", *Revista catalana de dret públic*, nº 49, 2014, pp. 130-150.

GARCÍA-GUERRERO, J., y MARCO, A., "Sobreocupación en los Centros Penitenciarios y su impacto en la salud". *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, vol. 14, nº 3, 2012, p. 106-113.

GARCÍA MACHO, R., "Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española", Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

GARCÍA MORILLO, J., "El derecho a la libertad personal", Ed. Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, 1995.

GARCÍA VILA M., "Los cacheos: delimitaciones y clases", *Actualidad Penal*, Sección doctrina, Editorial La Ley, tomo 1, 2000.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., "El matrimonio del transexual (y ii) el marco constitucional y conclusión", *Revista de derecho privado*, nº 2002-09, 2002, pp 649-679.

GINER ALEGRÍA, C. A., "Teorías Criminológicas", *Criminología, derecho penal y derechos humanos*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013.

GINER ALEGRÍA, C.A., "Las medidas cautelares penales personales en el proceso penal español y su vinculación con los Derechos Fundamentales (especial referencia a las recomendaciones internacionales en materia de Derechos Humanos)", Tesis doctoral, Ed. Facultad de ciencias jurídicas y de la Empresa de la Universidad Católica de Murcia, 2014.

GINER ALEGRÍA, C.A., "Víctimas escolares: el bullying", *Ciencias Jurídicas y Victimológicas. Derechos Humanos en el contexto de la victimología y la marginación*, Año II, nº 2, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014.

GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L., y AGORRETA RUIZ, D., "Prontuario de Seguridad Pública e Intervención Policial", Ed. Dapp publicaciones jurídicas, Pamplona, 2007.

GÓMEZ HEREDIA, A., "Reflexiones sobre el sentido de una Ley de Autoridad del profesorado", *Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España*, nº 18, mayo 2013.

GÓMEZ RECIO, F., "Sobre la sensación de impunidad de los menores de edad frente a la actual regulación penal", *Diario La Ley*, nº 5693, Sección Doctrina, Ed. La Ley, 2003.

GÓNZALEZ I JIMÉNEZ, A., "Las diligencias policiales y su valor probatorio", Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2014.

GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., "La delincuencia juvenil desde la prisma del Consejo de Europa: una primera lectura de las reglas europeas para los menores delincuentes que son objeto de sanciones y medidas", *Diario La Ley*, nº 7179, Sección Doctrina, Ed. La Ley, 2009.

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, A., "La convivencia escolar y su reflejo en el Derecho. Propuestas jurídicas para mejorar el clima en las aulas y la calidad de la enseñanza", *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, Nueva Época, nº 1, enero-junio, 2014

GÜELL PERIS, S., (Coor.), "La privatización del uso de la Fuerza Armada: Política y Derecho ante el fenómenos de las empresas militares y de seguridad privadas", Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2009.

HERNÁNDEZ CARMONA, O., "Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales", *Revista letras jurídicas*, nº 29, Ed. Universidad Veracruzana, Enero 2014, pp. 230-235.

HERRERA DE LA HERAS, R., "El derecho a la propia imagen de los menores de edad ante los medios de comunicación", *Diario La Ley*, Sección Tribuna, nº 8319, Ed. La Ley, 2014.

HERRERA PÉREZ, A., "La prevención de los delitos: elementos fundamentales en la seguridad pública", *La Administración de la seguridad pública y las policías en México*, *Revista de Administración Pública*, nº 106, Septiembre – Noviembre, Ed. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2002, pp. 73-91.

IASELLI, I., "Codice di procedura penale. Illustrato con dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e materiali", Ed. La Tribuna, Piacenza, 2010.

Instituto Valenciano de Seguridad Pública y Emergencias, "El nuevo Panorama Legislativo 2015, Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana", Generalitat Valenciana, Conselleria de Governación y Justicia, NPL/01/2015.

ISLAS COLÍN, A., "Derecho a la dignidad", *Perfiles de las ciencias sociales*, Año I, vol. I, nº 1, Ed. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Julio-diciembre 2013, pp. 125-228.

IZQUIERDO CARRASCO, M., "La seguridad privada a debate. Algunas cuestiones jurídicas esenciales", Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior, 2005.

IZQUIERDO CARRASCO, M., "La noción y los servicios de seguridad privada", *Revista Catalana de Seguretat Pública* nº 17, 2006.

JUANATEY DORADO, C., "Los límites al derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario", *La Ley Penal*, nº 49, 2008.

LASAGABASTER HERRARTE, I., "Las relaciones de sujeción especial", Ed. Cívitas, Madrid, 1994.

LLOP ANELO, E., "Régimen jurídico de la seguridad privada", Tomo I, 1ª Edición, Ed. Instituto de estudios de la gobernabilidad y la seguridad, 2002.

LOMBARDERO EXPOSITO, L.M., "Conflicto entre derechos fundamentales e investigación policial: el caso del cacheo", *Revista de Estudios Jurídicos*, Universidad de Jaén, nº 12/2012.

LÓPEZ AGUILAR J.F., "El legislador europeo en materia de seguridad y justicia tras el tratado de Lisboa: avances hacia la cooperación judicial penal en la UE", UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013.

LÓPEZ GUILLÉN, G., y MADRID Y.J., "La policía en la investigación del delito", *Revista digital de la reforma penal (Nova Iustitia)*, Año I, nº 4, Agosto 2013, pp. 162-175.

LÓPEZ LÓPEZ, A.M., "Tratamiento policial de los menores de edad penal. Comentarios prácticos de la LO 5/2000", *Diario La Ley*, Ref. D-186, Tomo I, Ed. La Ley, 2001.

LOPEZ-NIETO y MALLO, F., "El modelo policial español", *Diario la Ley*, Ed. El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007.

LÓPEZ-NIETO y MALLO, F., "Seguridad en lugares públicos", Edición 3ª, Ed. El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007.

LÓPEZ PINILLA, A. M., "La obtención de muestras corporales del imputado en el Proceso Penal Colombiano, Ley 906 de 2004", Escuela de derecho, Ed. Universidad Eafit, Medellín, 2013.

LORENTE VELASCO, S. M., "Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia", Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

MACÍAS CASTILLO, A., "El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen", Diario La Ley, Sección Doctrina, nº 6919, Ed. La Ley, 2008.

MAGRO SERVET, V., "La actuación en los cacheos y registros como modalidad de las intervenciones corporales en el proceso penal", Diario la ley, Sección doctrina, tomo 5, 2001.

MAGRO SERVET, V., "Las intervenciones corporales por los agentes de la autoridad: ¿intervención judicial permanente y en cualquier caso?, La Ley Penal, nº 89, Sección practica penal, Ed. La Ley, Enero 2012.

MAQUEDA ABREU, M.L., "La criminalización del espacio público: el imparable ascenso de las clases religiosas", Revista electrónica de ciencia penal y criminológica, nº 17, 2015.

MARIA NANNA, G., "Polizia Giudiziaria e minori. Tecniche di intervento e tutela", Ed. Cacucci, Bari, 2013.

MARTÍN ANCÍN, F., y ÁLVAREZ RODRIGUEZ, J.M., "Metodología del atestado policial", 4ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ ATIENZA, G., "Derecho Civil, Penal Sustantivo y Procesal. Jurisprudencia del Tribunal Supremo", Ed. VLEX, Barcelona, 2015.

MARTÍNEZ BASTIDA, E., "Manual para litigantes del procedimiento nacional acusatorio y oral", Ed. Raúl Juárez Carro, Coyoacán, 2014.

MARTÍNEZ CABALLERO, J., "Las funciones del/la trabajador/a social penitenciario/a como miembro del equipo técnico: régimen cerrado, especialmente, departamento especiales", Universidad de Jaén, Facultad de Trabajo Social, 2014.

MARURI JIMÉNEZ, J.A., "El aspecto criminalista del nuevo proceso penal de corte acusatorio adversarial y oral en el estado de México", Archivos de

criminológica, criminalística y seguridad privada, Centro de estudios superiores en ciencias jurídicas y criminológicas, nº 10, Enero 2013.

MEIX CERECEDA, P. "Descentralización de la enseñanza y derechos fundamentales. Un estudio comparado entre España y Alemania", Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.

MENÉNDEZ SALES, B., "Evaluación de casos en el Centro Penitenciario El Acebuche", Ed. Universidad de Almería, 2012.

MINERO ALEJANDRE, G., "A vueltas con el derecho al olvido. Construcción normativa y jurisprudencia del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital", Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 129-155.

MIRANDA ESTRAMPES, M., "Libertad, intimidad y seguridad individual ante intervención Estatal", Derecho Procesal Penal, Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, Ed. Amigo del Hogar, Santo Domingo, 2006, pp. 109-179.

MONTEALEGRE RUBIANO, L.M., "Los registros personales e inspecciones corporales realizados por los funcionarios de policía judicial frente al derecho a la intimidad y a la exclusión de la evidencia en el proceso penal", Universidad libre; Maestría en derecho penal, Bogotá, 2011.

MONTERO HERNANZ, T., "La relación jurídica de los menores internados en Centros de reforma: sus deberes", Diario La Ley, nº 7893, Sección Doctrina, Ed. La Ley, 2012.

MONTERO HERNANZ, T., "La relación jurídica de los menores internados en Centros de reforma: sus derechos", Diario La Ley, nº 8006, Sección Doctrina, Ed. La Ley, 2013.

MORA CHAMORRO H., "Manual del vigilante de seguridad", Tomo I, Ed. Club Universitario, Alicante, 2013.

MORENO GONZÁLEZ, F., y MORENO RAMÍREZ, M. A., "Criterios para implementar la medida de protección y prevención en el nuevo código nacional de Policía", Revista Iusta, Universidad de Santo Tomás, nº 38, Enero 2013, pp. 157-179.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., "La comisión por omisión: presupuestos y vigencia", Ciencias Jurídicas y Victimológicas. Derechos Humanos en el contexto de la victimología y la marginación, Año II, nº 2, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 43-76.

MURBACH-VIBERT, M., "Les pouvoirs d'investigation en droit français" Tome 1, Essai d'une théorie générale, Éditions Universitaires Européennes, Heinrich-Böcking-Straße, 2011.

NAHUATT JAVIER, M., "Diferencia entre datos de prueba, medios de prueba y prueba: en el nuevo proceso penal acusatorio", Revista del Instituto de la Judicatura Federal, nº 38, 2014, pp. 161-171.

NICOLÁS GUARDIOLA, J.J., "Evolución de la política penitenciaria europea", 1ª Edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.

NIEVA FENOLL, J., "La protección de derechos fundamentales en las diligencias policiales de investigación del proceso penal", La Ley Penal, Sección legislación aplicada a la práctica, nº 50, 2008.

NISTAL BURÓN, J., "El cumplimiento en Centros penitenciarios de la medida de internamiento impuesta a los menores infractores al alcanzar la mayoría de edad. Problemática jurídica (a propósito del nuevo art. 14 introducido por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)", Diario La Ley, nº 6664, Sección Doctrina, Ed. La Ley, 2007.

NOVOA VELÁSQUEZ, N. A., "Inspección corporal", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia, año 1, nº 1, Junio 2009, pp. 224-237.

ORTEGO PÉREZ F., "Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal", Diario la Ley, Sección doctrina, nº 6049, 2004.

ORTIZ TREVIÑO, R.G., "La seguridad jurídica. Los derechos humanos en la jurisprudencia mexicana", Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, octubre 2014.

PACHECO MARTÍN, P., "Régimen jurídico administrativo de la seguridad privada en España", (Tesis doctoral), Ed. Universidad de Málaga, 2006.

PALACIOS VALENCIA, Y., "Una excusa para la protección de los derechos humanos en la sociedad del riesgo", Ed. *Díkaion* 22-1, 2013, pp. 313-357.

PATIÑO URIBE, E., "Controles aeroportuarios, procedimientos necesarios por seguridad pero incómodos por facilitación e intimidad", Ed. Universidad Militar Nueva Granada, Especialización en administración aeronáutica, noviembre 2013.

PEITEADO MARISCAL, P., "Las competencias de los juzgados de vigilancia penitenciaria (II). Control de la Administración penitenciaria y amparo de los derechos de los reclusos". La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad, Ed. De Derecho Reunidos EDERSA, Madrid, 2006.

PEMÁN GAVÍN. I., "El sistema sancionador español (hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas)", Ed. CEDECS, Barcelona, 2004.

PÉREZ CEPEDA, A., "De los derechos y deberes de los internos. La relación jurídico-penitenciaria", Manual de derecho penitenciario, Ed. Colex, Madrid, 2001, pp. 141-156.

PICCICHÈ, F., "Sequestro a seguito di perquisizione illegittima: male captum bene retentum. Il caso sala in Italia e il caso loewen in Canada a confronto", *Archivio della nuova procedura penale*, Ed. La Tribuna, nº 6, diciembre 2011, pp. 623-625.

PICONTÓ NOVALES, T., "La responsabilidad, protección y derechos de los menores. Los derechos de los niños. Perspectivas sociales, políticas jurídicas y filosóficas". Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

POZO MOREIRA, F. J., "La categoría profesional ficticia de escolta reconocida jurisprudencialmente", *Diario La Ley*, Sección doctrina, nº 7030, Ed. La Ley, 2008.

PRESNO LINERA, M.A., "Los límites a los límites de los derechos fundamentales de los militares", Seminario estudios de la Defensa Nacional. Facultad de derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

RABASA GAMBOA, E., "La reforma penal de los juicios orales", Ed. Nostra, México, 2012.

RAMMACCI, L., "Reati ambientali e indagini di polizia giudiziaria", 9^o Edición, Ed. Maggioli, Dogana, 2009.

RAMACCI, L., "Reati ambientali e indagini di polizia giudiziaria", 11^o Edición, Ed. Maggioli, Dogana, 2013.

REDONDO HERMIDA, A., "El Delito contra la Integridad Moral por Violación de la Intimidación Corporal de la Víctima" Revista de derecho penal, procesal y penitenciario, n^o 57, 2009, pp. 91-99.

REVIRIEGO PICÓN, F., "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los Centros penitenciarios", Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n^o 13, 2004, pp. 87-108.

REVIRIEGO PICÓN, F., "Comunicaciones y Centros penitenciarios", Ley, razón y justicia. Revista de investigación en ciencias jurídicas y sociales, Ed. Alveroni, Córdoba (Argentina), 2010, pp. 119-150.

REVIRIEGO PICÓN, F., "Multiculturalidad y Centros penitenciarios", Estudios de Deusto, vol. 60/1, Bilbao, 2012, pp. 107-144.

RIOS MARTÍN, J.C., "Manual de ejecución penitenciaria, defenderse de la cárcel", 2^o Edición, Ed. Colex, Madrid, 2001.

RIVERO RODRÍGUEZ, L.G., "Seguridad pública a cargo de las fuerzas armadas. Un análisis sobre el tipo de garantías y el nivel de protección con que cuenta el gobernado, cuando son vulnerados sus derechos fundamentales por elementos castrenses" (Tesis), Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales de México, Ed. Flasco Sede académica de México, 2008, pág. 25.

RODRÍGUEZ ALONSO, A., "Lecciones de derecho penitenciario", 3^o Edición, Ed. Colmares, Granada, 2003.

RODRÍGUEZ ROMÁN, F.J., "Defensa integral penitenciaria", Revista de Artes Marciales Asiáticas, vol. 4, n^o 4, 2012, pp. 86-101.

ROLDÁN BARBERO, H., "La seguridad privada en la prevención del delito", Diario la Ley, Sección doctrina, Ed. La Ley, 2001.

ROMEOMALANDA, S., "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario", Diario La Ley, Sección Doctrina, Ed. La Ley, Ref. D-251, 2000.

ROUX, M., "Le rôle des acteurs dans la phase préparatoire du procès pénal. Analyse et perspectives", Éditions Universitaires Européennes, Heinrich-Böcking-Straße, 2010.

RUBIO LARA, P.A., "Denegación de auxilio por funcionario público", Ed. CESEJ, Madrid, 2006.

RUBIO LARA, P.A., "Respuesta penal a la ausencia de represión de la violencia escolar por padres, docentes, autoridades académicas y trabajadores de los Centros escolares: análisis general de esta problemática", Cuadernos de Política Criminal, nº 91, Ed. Dykinson, 2007, pp. 149-167.

RUIZ-JARAMILLO, L. B., "Intervenciones corporales en el código de procedimiento penal de 2004, análisis de la sentencia C822 de 2005 de la Corte Constitucional Colombiana", Universitas, nº 114, Ed. Pontífica Universidad Javeriana (Bogotá), 2007, p. 227-250.

RUIZ ORTIZ, S.F., "Intervenciones corporales y derechos humanos. Especial referencia a las extracciones hemotológicas", Ciencias jurídicas y victimológicas; derechos humanos en el contexto de la victimología y la marginación, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 197- 217.

SAN JULIÁN PUIG, V., "De la responsabilidad civil de los maestros a la responsabilidad civil del titular del Centro docente", Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2005.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (Coor.), "Dogmática y práctica de los derechos fundamentales", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

SÁNCHEZ REYERO, D., "El derecho administrativo sancionador y las funciones de los auxiliares de vigilancia", nº 7114, Diario La Ley, Sección Tribuna, Ed. La Ley, 2009.

SALGUERO SALGUERO, M., "La carta de derechos y deberes de los alumnos en el ámbito escolar", Revista de Educación, nº 315, 1998, pp. 155-177.

SILVA DE LA PUERTA, M., "El derecho al olvido como aportación española y el papel de la abogacía del Estado", Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez), nº 38, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 7-12.

SOLAZ SOLAZ, E., y MAGRO SERVET, V., "Manual Práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión", Ed. La Ley, Madrid, 2008.

SOTO RODRÍGUEZ, M.L., "Las intervenciones corporales y vulneración de derechos fundamentales", Diario La Ley, nº 8392, Sección Doctrina, Ed. La Ley, Octubre 2014.

SUÁREZ LÓPEZ, J.M., "Propuesta alternativa del grupo de estudios de estudios de política criminal sobre el uso de la fuerza policial; 1ª Parte. Actuaciones policiales preventivas", Cuadernos de política criminal, nº 105, III, Época II, diciembre 2011, pp. 337-358.

SUAY HERNÁNDEZ, C., "Intervención de los servicios de seguridad privada en materia de seguridad ciudadana", Departament de Ciència Política I de Dret públic, anuari 1992, 1ª Edición, Barcelona, 1994.

TAMARIT SUMALLA J.M., y OTROS, "Curso de derechos penitenciario", 2ª Edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

TERRÓN SANTOS, D., "Etnia y requerimiento policial de identificación: Comentario a la STC 13/2001, de 29 de enero". E-Derecho Administrativo (e-DeA), nº 2, 2001.

TOMASSETTI, S. "Perquisizioni". Studi Urbinati-Serie A, 2014, vol. 56, nº 2, pp. 303-334.

TORO LUCENA, O.A., "Intervenciones corporales y derechos fundamentales; límites", Criterio jurídico garantista, vol. 2, nº 3, 2010, 188-199.

TÓRTORA ARAVENA, H., "Las limitaciones a los derechos fundamentales", Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 2, 2010, pp. 167-200.

MORA CHAMORRO, H., "Manual del vigilante de seguridad", Tomo I, Ed. Editorial Club Universitario, 2013.

UEDA TSUBOYAMA S. G., "Revista de información general y documental para ayuntamientos y policía local: Aspectos relevantes del nuevo proyecto de la ley de seguridad privada", nº 117, 2014.

VILASAU SOLANA, M., "El caso Google Spain: La afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido

(análisis de la STJE de 13 de mayo de 2014)”, Revista de Internet: Derecho y política, nº 18, Ed. UOC, Barcelona, 2014, pp. 16-32.

WAGMAN, D., “Discriminación Policial-Racial Profiling”, Boletín Criminológico, nº 87, 2006.

ZAFFARONI, E. R., “El enemigo en el derecho penal”, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

ZARAGOZA HUERTA, J., BARBA ÁLVAREZ, R., y LÓPEZ MARTÍNEZ C.J., “Los derechos humanos en el ámbito carcelario mexicano”, Letras jurídicas, nº 10, Ed. Universidad de Guadalajara, México, 2010, pp. 1-24.

XIII.2. FUENTES JURÍDICAS.

- Acuerdo 05/2012 del 27 de febrero del 2012 del Secretario de Seguridad Pública, por el que se emiten los lineamientos generales para poner a disposición de las autoridades competentes a personas u objetos.
- Asunto 35 Asiáticos de África Oriental, D4626/70 et el, 13/5 y 13/17 (1978).
- Aux mesures de sûreté du transport aérien, de 6 de noviembre de 2006.
- Boletines informativos de la Dirección General de la Policía (Comisaría General de Seguridad Ciudadana/ Unidad Central de Seguridad Privada). nº 8, septiembre de 2001/nº 25, mayo de 2008/nº 14 de 2004/nº 17, de diciembre del 2004.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C364/01).
- Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada el 8 de julio de 1992, por el Parlamento Europeo en Resolución A3-0172/92.
- Circulaire nº 2011-111 du 1er août 2011 relative á l’Organisation des procédures disciplinaires dans les collèges, les lycées et les établissements régionaux d’enseignement adapté, mesures de prévention et alternatives aux sanctions.
- Circular 1/2015, de 19 de junio del 2015 “sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015”.
- Code de la sécurité intérieure, versión consolidada del 22 de agosto del 2015.
- Código de Ejecución de Sanciones Penales y Medidas de Libertad Anticipada para el Estado de Chiapas, aprobado el 28 de noviembre de 2014.

- Código Municipal de Aguascalientes, publicado el 28 de octubre de 2001.
- Código de Procedimiento Penal Colombiano n° 906 de 2014.
- Código Penal Militar Colombiana, Ley n° 1470, de 2010.
- Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán del 18 de mayo del 2012.
- Código Procesal Penal del Estado de Durango de 8 de mayo del 2014.
- Constitución de la República italiana promulgada el 27 de diciembre de 1947
- Constitución Española de 1978.
- Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
- Constitución Política de la República de Colombia de 1991.
- Consulta 3/1993, de 20 de octubre, de la Fiscalía General del Estado acerca de si los vigilantes de seguridad privada durante el ejercicio de sus funciones ostentan el carácter de agentes de la autoridad.
- Consulta 2/2008, de 25 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre la calificación jurídico-penal de las agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos sanitario y educativo.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José).
- Convención de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1988.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Convenio de Colaboración suscrito el 29 de junio de 1999, entre la Secretaría de Estado de Seguridad y AENA en materia de seguridad aeroportuaria.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de Noviembre de 1950.
- Criterios de Actuación, Conclusiones y Acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007.
- Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: 2012-2013. Sala Segunda.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III).
- Decreto n° 1355 de 1970 del 4 de septiembre de 1970, por el que se desarrolla el Código Nacional de Policía.

- Decreto 2048/1973, de 26 de julio, sobre servicio de Vigilantes Jurados.
- Decreto 36/2002, de 8 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Centros para la ejecución de medidas de internamiento de menores y jóvenes infractores dictadas por los juzgados de menores.
- Decreto 115/2005, de 21 de octubre, por el que se establecen las normas de convivencia con fondos públicos que imparten enseñanzas docentes de la Región de Murcia.
- Decreto 275/2007, de 23 de febrero, por el que se creó el Observatorio Estatal de la Convivencia Escolar.
- Decreto 15/2007, de 19 de abril, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los Centros docentes de la Comunidad de Madrid.
- Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell, sobre la convivencia en los Centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios.
- Decreto 163/2008, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la actividad de control de acceso a espectáculos públicos y actividades recreativas.
- Decreto 80/2009, de 21 de abril, sobre Centros educativos de cumplimiento de medidas privativas de libertad en la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- Decreto Foral 47/2010, de 23 de agosto, de derechos y deberes del alumnado y de la convivencia en los Centros educativos no universitarios públicos y privados concertados de la Comunidad Foral de Navarra.
- Decreto 207/2014, de 21 de octubre, de regulación del ejercicio de competencias de la Comunidad Autónoma de Euskadi en materia de seguridad privada.
- Decreto 8/2015, de 8 de enero, por el que se desarrolla la Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad en materia de convivencia escolar de la Xunta de Galicia.
- Decreto 98/2015, de 3 de marzo, por el que se regula la organización, funcionamiento y características de los Centros de Internamiento de Menores Infractores de Andalucía y se crea la comisión Andaluza de Centros de Internamiento de Menores Infractores.

- Decreto del Presidente Della Repubblica 22 settembre de 1988 n° 447 Codice di Procedura Penale.
- Decreto del “Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n° 309.
- Decreto Legislativo 28 de julio de 1989 n° 271, publicado en la Gazzetta Ufficiali del 5 de agosto de 1989.
- Decreto-Ley Italiano del 25 de julio de 1992, n° 349
- Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales con fecha del 5 de febrero del 2014.
- Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados; pleno y diputación permanente, n° 230, X legislatura, 2014.
- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación.
- Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.
- Informe 2013/062, de 23 de septiembre de la Unidad Central de Seguridad Privada.
- Instrucción 6/1988, de 12 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la posibilidad de que exista un delito de desobediencia en relación con la negación de las personas posibles portadoras de droga a ser objeto de reconocimiento.
- Instrucción 21/96, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias; Régimen y Seguridad.
- Instrucción de servicio para el funcionamiento del Centro Socio Educativo Juvenil del Gobierno de Cantabria: “Reglamento de Régimen Interno”, 2001.
- Instrucción 6/2005, de 23 de mayo, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: Actualización de la Instrucción 23/96, relativa a las conducciones de internos.
- Instrucción 19/2005, de 13 de septiembre, del Secretario de Estado de Seguridad, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las fuerzas y cuerpos de seguridad.
- Instrucción 4/2005, de 16 de septiembre del 2005, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias; Comunicaciones Internos.

- Instrucción 7/2006, de 6 de marzo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, integración penitenciaria de personas transexuales.
- Instrucción nº 11/2007 de 12 de septiembre, de la Secretaria de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el protocolo de actuación policial con menores.
- Instrucción 12/2007, de 14 de septiembre, de la Secretaria de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial.
- Instrucción 1/2009, de 29 de enero, sobre criterios para la aplicación de la integración de las extintas escalas masculina y femenina del cuerpo de ayudantes de Instituciones penitenciarias.
- Instrucción 12/2011, de 29 de julio, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sobre los internos de especial seguimiento/medidas de seguridad.
- Instrucción 7/2015, de 30 de junio, de la Secretaria de Estado de Seguridad relativa a la práctica de la diligencia de identificación, los registros corporales externos y las actuaciones con menores, que están previstos en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.
- Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959.
- Ley 23/1992, de 23 de julio de Seguridad Privada.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 205/1993 del 25 junio de 1993, nº 205, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-ley 26 aprile 1993, nº 122, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.
- Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.
- Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

- Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.
- Ley 2/2010, de 15 de junio de Autoridad del Profesor de la Comunidad de Madrid. Ley 8/2012.
- Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad educativa de Galicia.
- Ley 3/2012, de 10 de mayo, de Autoridad del Profesorado de Castilla La Mancha.
- Ley 8/2012, de 13 de diciembre, de Autoridad del Profesorado en la Comunidad Autónoma de Aragón.
- Ley 1/2013, de 15 de febrero, de Autoridad Docente de la Región de Murcia.
- Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.
- Ley de la Comunidad de Castilla y León 3/2014, de 16 de abril, de autoridad del profesorado.
- Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia de Cataluña.
- Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Canarias.
- Ley 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.
- Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley Italiana que dispone la tutela del orden público en la Legge Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico, nº 152 del 22 de mayo de 1975.
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

- Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Corpus.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.
- Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores
- Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.
- Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía.
- Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.
- Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.
- Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la Calidad Educativa.
- Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
- Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana, de 30 de marzo.
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación.
- LOI n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité.

- LOI n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.
- LOI n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.
- Orden de 28 de marzo de 1973, sobre custodia de metálico o valores por vigilantes jurados bancarios en el exterior de los locales
- Orden de 6 de junio de 1997 por la que se determinan las funciones de los Órganos de la Dirección General de la Guardia Civil, en desarrollo del artículo 4 del Real Decreto 1885/1996, de 2 de agosto, de estructura básica del Ministerio del Interior.
- Orden de 19 de octubre de 2006, por la que se crea el observatorio para la convivencia escolar en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- Orden de 1 de marzo de 2011, por la que se aprueban las Normas de Funcionamiento Interno de los Centros de Internamiento Educativo para menores infractores de Canarias.
- Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports.
- Protocolo de actuación para la realización de cacheos con desnudo integral con fecha 09 de Marzo del 2005, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.
- Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (n° de expediente 121/000105).
- Real Decreto 629/1978, de 10 de marzo, por el que se regula la función de los vigilantes jurados de seguridad.
- Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General Penitenciario.
- Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.
- Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada.
- Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los Centros docentes.
- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.
- Real Decreto 419/2001, de 25 de marzo, que modifica el Reglamento Penitenciario.

- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- Real Decreto 1836/2008, de 8 de noviembre, por el que se establecen criterios para la aplicación de la integración de las extintas escalas masculina y femenina del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Recomendación 1117/1989 de 29 de septiembre del Consejo de Europa, sobre la condición de los transexuales.
- Recomendación R (2003) 20 relativa a nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea.
- Recomendación CM/R (2008) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas.
- Recomendación general nº 19 referida a los cateos ilegales, de 12 de agosto de 2011.
- Recomendación 10/2015 de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.
- Recomendación nº 17/2015 de la Gaceta de Derechos Humanos, Órgano informativo de la Comisión de la de la Comisión de Derechos Humanos del estado de México, Año IX, nº 109.
- Regio Decreto 19 ottobre 1930, nº 1398, Codice Penale.
- Reglamento de los Centros de Readaptación Social del Gobierno del Estado de Baja California Sur, aprobado el 01 de agosto de 1978.
- Reglamento de los Centros Preventivos y de Readaptación Social del Estado, aprobado el 30 de noviembre de 1992.
- Reglamento CE 2320/2002 sobre los Programas Nacionales de Formación de Seguridad en la Aviación Civil.

- Reglamento (UE) nº 185/2010 de la comisión de 4 de marzo de 2010 por el que se establecen medidas detalladas en la aplicación de las normas básicas comunes de seguridad aérea.
- Reglamento Interior para el Centro Especializado en la Aplicación de Medidas para adolescentes del Estado de Yucatán, aprobado el 8 de septiembre de 2012.
- Règlement Intérieur d'emploi des gradés et gardiens de la paix de la police nationale del 2006.
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de Menores, "Reglas de Beijing", Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.
- Resolución del Parlamento europeo del 12 de septiembre de 1989, publicado en el DOC. A. 3-16/89.
- Resolución A-0028/94, de 8 de febrero, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea, publicado en el DOC 18/02/94.
- Resolución nº 2435 de 3 de junio de 2008 de la Asamblea General de los Estados Americanos, en materia de derechos humanos, orientación sexual e identidad de género.
- Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos (Principios Yogyakarta), 17/19 del 2011 sobre los "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género".
- Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183 INI).
- Resolución de 11 de septiembre de 2014, por la que se establecen las instrucciones y órdenes de servicio del Documento 1 "Protocolo de Registros a Personas y Dependencias en los Centros de Internamiento Educativo para Menores Infractores de la Comunidad Autónoma de Canarias".
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea del 12 de junio de 1985.
- Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, firmado en Maastricht.

Autos del Tribunal Constitucional.

- ATC 382/1996, de 18 de diciembre.

Sentencias del Tribunal Constitucional.

- STC 11/1981, de 8 de abril.
- STC 6/1982, de 22 de marzo.
- STC 33/1982, de 8 de junio.
- STC 22/1984, de 17 de febrero.
- STC 117/1984, de 5 de diciembre.
- STC 103/1985, 3 de octubre.
- STC 107/1985, de 7 de octubre.
- STC 174/1985, de 17 de diciembre.
- STC 178/1985, de 19 de diciembre.
- STC 15/1986, de 31 de enero.
- STC 98/1986, de 10 de Julio.
- STC 2/1987, de 21 de enero.
- STC 53/1985, de 11 de abril.
- STC 114/1987, de 6 de julio.
- STC 37/1989, de 15 de febrero.
- STC 61/1990, de 28 de marzo.
- STC 181/1990, de 15 de noviembre.
- STC 341/1993, de 18 de noviembre.
- STC 57/1994, de 28 de febrero.
- STC 195/1995, de 19 de diciembre.
- STC 35/1996, de 11 de marzo.
- STC 207/1996, de 16 de diciembre.
- STC 120/1990, de 27 de junio.
- STC 94/1999, de 14 de abril.
- STC 148/2000, de 30 de junio.

- STC 204/2000, de 24 de julio.
- STC 218/2002, de 25 de noviembre.
- STC 89/2006, de 27 de marzo.
- STC 196/2006, de 3 de julio.
- STC 206/2007, de 24 de septiembre.
- STC 159/2009, de 29 de junio.
- STC 106/2012, de 21 de mayo.
- STC 140/2013, de 8 de julio.
- STC 171/2013, de 7 de octubre.
- STC 153/2013, de 9 de septiembre.

Autos del Tribunal Supremo.

- ATS 2824/1994, de 13 de octubre.
- ATS 1474/2005, de 28 de junio.
- ATS 1235/2006, de 24 de mayo.
- ATS 2625/2006, de 11 de diciembre.
- ATS 152/2007, de 25 de enero.
- ATS 33/2007, de 11 de enero.
- ATS 797/2007, de 19 de abril.
- ATS 409/2009, de 19 de febrero.
- ATS 1397/2011, de 14 de noviembre.
- ATS 1590/2012, de 18 de octubre.
- ATS 7/2013, de 17 de enero.
- ATS 2255/2013, de 21 de noviembre.
- ATS 2325/2013, de 5 de diciembre.
- ATS 438/2014, de 13 de marzo.
- ATS 599/2014, de 27 de marzo.
- ATS 1577/2014, de 9 de octubre.

Sentencias del Tribunal Supremo.

- STS 4366/1979, de 29 de octubre.
- STS 421/1987, de 27 de enero.
- STS 4665/1987, de 2 de julio.
- STS 9445/1988, de 15 de julio.
- STS 191/1989, de 20 de enero.
- STS 8700/1989, de 2 de julio.
- STS 2466/1989, de 5 de octubre.
- STS roj. 1170/1990, de 14 de septiembre.
- STS 2141/1991, de 19 de abril.
- STS 168381/1991, de 25 de noviembre.
- STS 13785/1992, de 18 de noviembre.
- STS 3587/1992, de 06 de mayo.
- STS 723/1993, de 18 de marzo.
- STS 120/1993, de 15 de junio.
- STS 662/ 1994, de 23 de febrero.
- STS 1359/1994, de 27 de abril.
- STS 1128/1994, de 15 de diciembre.
- STS 3776/1994, de 23 de diciembre.
- STS 3997/1995, de 7 de julio.
- STS 178/1996, de 1 de marzo.
- STS 297/1996, de 1 de abril.
- STS 316/1996, de 20 de abril.
- STS 7060/1996, de 10 de diciembre.
- STS 1171/1997, de 29 de septiembre.
- STS 1344/1997, de 11 de noviembre.
- STS 515/1998, de 6 de abril.
- STS 874/1998, de 26 de junio.
- STS 4533/1998, de 7 de julio.
- STS 1122/1998, de 29 de septiembre.
- STS 1424/1998, de 23 de noviembre.
- STS 560/1999, de 9 de abril.
- STS 1170/1999, de 30 de diciembre.

- STS 103/2000, de 2 de febrero.
- STS 525/2000, de 31 de marzo.
- STS 1519/2000, de 6 de octubre.
- STS 84/2001, de 29 de enero.
- STS 432/2001, de 16 de marzo.
- STS 792/2001, de 26 de abril.
- STS 1112/2001, de 12 de junio.
- STS 510/2002, de 18 de marzo.
- STS 613/2002, de 8 de abril.
- STS 1393/2002, de 24 de julio.
- STS 253/2003, de 19 de febrero.
- STS 892/2003, de 17 de junio.
- STS 92/2004, de 30 de enero.
- STS 260/2004, de 23 de febrero.
- STS 1696/2005, de 12 de enero.
- STS 473/2005, de 14 de abril.
- STS 2061/2005, de 5 de octubre.
- STS 2070/2005, de 05 de noviembre.
- STS 1579/2005, de 22 de diciembre.
- STS 352/2006, de 15 de marzo.
- STS 763/2006, de 10 de julio.
- STS 892/2006, de 12 de septiembre.
- STS 7206/2006, de 10 de noviembre.
- STS 2625/2006, de 11 de diciembre.
- STS 220/2007, de 12 de marzo.
- STS 8287/2007, de 4 de diciembre.
- STS 929/2007, de 17 de septiembre.
- STS 707/2008, de 30 de octubre.
- STS 340/2009, de 11 de febrero.
- STS 233/2009, de 3 de marzo.
- STS nº recurso 9576/2004, de 17 de marzo de 2009.
- STS 277/2009, de 13 de abril.

- STS 577/2009, de 28 de mayo.
- STS 677/2009, de 17 de junio.
- STS 465/2009, de 22 de septiembre.
- STS 8013/2009, de 16 de diciembre.
- STS 861/2011, de 30 de junio.
- STS 1391/2011, de 14 de septiembre.
- STS 928/2011, de 12 de diciembre.
- STS 416/2012, de 7 de marzo.
- STS 571/2012, de 15 de marzo.
- STS 882/2012, de 14 de noviembre.
- STS 941/2012, de 29 de noviembre.
- STS 156/2013 de 7 de marzo.
- STS 503/2013, de 19 de junio.
- STS 97/2015, de 24 de febrero.
- STS 187/2015, de 14 de abril.
- STS 560/2015, de 30 de septiembre.
- STS 553/2015, de 6 de octubre.
- STS 545/2015, de 15 de octubre.

Autos de la Audiencia Nacional.

- AAN nº recurso 725/2010, de 27 de febrero de 2012.

Sentencias de la Audiencia Nacional.

- SAN nº recurso 725/2010, de 29 de diciembre del 2014.
- SAN 187/2015, de 14 de abril.
- SAN nº recurso 1686/2009, de 1 de febrero del 2012.
- SAN nº recurso 947/2002, de 13 de abril de 2005.
- SAN 34/2009, de 29 de julio.
- SAN nº recurso 772/2010, de 11 de Septiembre de 2013.
- SAN nº recurso 725/2010, de 29 de diciembre de 2014.

Sentencias de las Audiencias Provinciales.

- SAP de Cantabria 333/1996, de 6 de febrero.
- SAP de Vizcaya 368/1996, de 27 de septiembre.
- SAP de Barcelona 4166/1998, de 24 de noviembre.
- SAP de Madrid 6/1999, de 27 de enero.
- SAP de Madrid 242/1999, de 5 de junio.
- SAP de Lleida, 218/2000, de 5 de mayo.
- SAP de Cádiz 7/2001, de 17 de enero.
- SAP de Lérida 119/2001, de 12 de marzo.
- SAP de Tarragona, nº recurso 205/2000, de 20 de junio de 2001.
- SAP de Valencia 329/2001, de 3 de octubre.
- SAP de Madrid 2520/2002, de 27 de septiembre.
- SAP de Sevilla 332/2003, 29 de octubre.
- SAP de Soria 64/2003, de 12 de noviembre.
- SAP de Jaén 118/2003, de 28 de noviembre.
- SAP de Castellón 120/2004, de 24 de abril.
- SAP de Madrid, 469/2004, de 14 de julio.
- SAP de Madrid 207/2005, de 4 de mayo.
- SAP de Córdoba 73/2007, de 11 de abril.
- SAP de Vizcaya 50/2007, de 20 de junio.
- SAP de Castellón 403/2007, de 28 de septiembre.
- SAP de Barcelona 1120/2007, de 5 de diciembre.
- SAP de Ourense 144/2008, de 23 de abril.
- SAP de Sevilla 258/2008, de 6 de junio.
- SAP de Sevilla 185/2008 de 3 de abril.
- SAP de Málaga 24/2008, de 21 de mayo.
- SAP de Madrid 584/2008, de 18 de diciembre.
- SAP de Barcelona 370/2009, de 28 de mayo.

- SAP de Madrid 97/2009, de 9 de marzo.
- SAP de Soria 273/2009, de 27 de noviembre.
- SAP de Madrid 78/2010, de 8 de marzo.
- SAP de Alicante 557/2010, de 14 de septiembre.
- SAP de Barcelona, 1099/2010, de 17 de diciembre.
- SAP de Castellón 21/2011, de 3 de enero.
- SAP de Girona 571/2011, de 24 de noviembre.
- SAP de Valladolid 311/2011, de 28 de septiembre.
- SAP de Barcelona 132/2012, de 5 de diciembre.
- SAP de Barcelona, de 27 de Junio de 2013.
- SAP de Murcia 163/2013, de 2 de julio.
- SAP de Barcelona 616/2013, de 8 de julio.
- SAP de Barcelona 41/2013, de 10 de mayo.
- SAP de Madrid 359/2013, de 22 de abril.
- SAP de Tarragona 196/2014, de 19 de mayo.
- SAP de Barcelona 161/2014, de 24 de febrero.
- SAP de Barcelona 506/2015, de 25 de junio.
- SAP de Madrid 579/2015, de 17 de julio.
- SAP de Madrid 48/2015, de 27 de abril.
- SAP de Baleares 112/2015, de 7 de julio.
- SAP de Orense 265/2015, de 14 de julio.
- SAP de Álava 257/2015, de 16 de Julio.
- SAP de Barcelona 364/2014, de 17 de julio.
- SAP de Zaragoza 228/2015, de 9 de septiembre.
- SAP de Barcelona, 137/2015, de 23 de septiembre.

Autos de la Audiencia Provincial.

- AAP de Barcelona 1446/2009, de 29 de Julio.
- AAP de Huelva 132/2011, de 28 de marzo.

- AAP de Madrid 2417/2011, de 2 de junio.
- AAP de Barcelona 1557/2011, de 27 de octubre.
- AAP de Cáceres 26/2012, de 01 de febrero.
- AAP de Madrid 242/2012, de 4 de julio.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

- STSJ de la Comunidad de Madrid, 94/2003, de 3 de febrero.
- STSJ de la Comunidad de Madrid 352/2003, de 26 de marzo.
- STSJ de la Comunidad de Madrid, de 11 de julio de 2007.
- STSJ de la Comunidad de Madrid, 61/2008, de 16 de enero.
- STSJ de la Comunidad de Madrid, 215/2009, de 5 de marzo.
- STSJ de la Comunidad de Madrid, 227/2014, de 30 de julio.
- STSJ de la Comunidad de Madrid, 28/2010, de 15 de enero.
- STSJ de la Comunidad de Madrid, 755/2011, de 29 de septiembre.
- STSJ de Castilla y León, 421/2011, de 21 de octubre.
- STSJ de Extremadura 391/2012, de 17 de julio.
- STSJ de Castilla y León, 495/2014, de 7 de marzo.

Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- Caso Glasenapp contra Alemania Occidental, de 28 de agosto de 1986.
- Caso Karlheinz Schmidt contra Alemania, de 18 de julio de 1994.
- Caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, de 21 de diciembre de 1999. (Sección 4ª).
- Caso Iwanczuk contra Polonia, de 15 de noviembre de 2001 (Sección 4ª).
- Caso Van der Ven contra Holanda, de 4 de febrero de 2003 (Sección 1ª).
- Caso Salah contra Países Bajos, de 6 de julio de 2006 (Sección 3ª).
- Caso Guidi contra Italia, de 27 de marzo de 2008 (Sección 2ª).
- Caso Cavallo contra Italia, de 4 de marzo de 2008 (Sección 2ª).

- Caso Gullan y Quinton contra el Reino Unido, de 12 de enero del 2010 (Sección 4ª).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de enero de 2006, asunto C-514/03.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014 asunto C-131/12.

Comisión Americana de Derechos Humanos.

- Informe nº 38/96, Caso 10.506, Argentina, de 15 de octubre de 1996, de la Comisión Americana de Derechos Humanos.

Sentencias Mexicanas.

- Ejecutoria nº III.2º.P232P, de 2010, Tribunales Colegiados de Circuito.
- Ejecutoria nº 1ª./J.13/96 de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala.
- Ejecutoria nº 1ª/J. 26/2004 de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala.
- Voto nº P./J. 100/2005 de 1 de noviembre de 2007.
- Ejecutoria nº 1ª./J. 9/2010 de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala.
- Ejecutoria nº 1ª./J. 94/2011 (9ª.) de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, del 1 de octubre del 2011.
- Ejecutoria 1ª./J. 64/2011 (9ª.) de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, de 1 de octubre de 2011.

Sentencias Italianas.

- Cass. pen. sez., IV de 7 de julio de 2005, nº 33988.
- Cass. pen. sez., de 19 de marzo del 2005, nº 10683.
- Cass. pen. Sez., de 22 de noviembre del 2000 nº 526.
- Cass. pen. sez., I, de 06 de agosto de 1993.
- Cass. pen. sez., III, de 11 de octubre de 1995, nº 3420.

- Cass. pen. sez., de 18 de octubre de 1996, n° 14996.
- Cass. pen. sez., IV, de 14 de marzo de 2008, n° 15739.

Sentencias Francesas.

- Conseil Constitutionnel du 18 Mars 2003, (Cas Loi pour la Sécurité intérieure).
- Sentencia de Cour de cassation, du 26 Février, 1990 (Cas. Cour de cassation chambre criminelle, du 26f).
- Sentencia de Cour de cassation, 9 janvier 2002 (Cas. cour de cassation criminelle, Chambre criminelle).
- Sentencia de Cour de cassation, du 1 avril 1999 (Cas Cour de Cassation, Chambre civile 2).
- Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Montpellier Ordonnance de référé Du 28/10/2010.

Sentencias Colombianas.

- Sentencia Constitucional n° 822/2005 de Corte Constitucional, de 10 de agosto de 2005.
- Sentencia Constitucional n° 789/06 de Corte Constitucional, de 20 de septiembre de 2006.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal n° 38171, de 24 de julio de 2013.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala penal n° 37130, de 3 de julio de 2013.
- Sentencia de Constitucionalidad n° 540/12 de Corte Constitucional, de 12 de julio de 2012.
- La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal n° 434, de 7 de diciembre del 2011.
- Sentencia n° 11001-6000-015-2010-08681-01 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, de 29 de Enero de 2014.
- Sentencia n° 050016000000201200370 de Tribunal Supremo del Distrito Judicial de Medellín, Sala Penal, de 15 de octubre de 2013.

XIII.3. OTRAS FUENTES.

- Agencia Española de Protección de Datos. www.agpd.es
- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. www.boe.es
- Confederación de Consumidores y Usuarios. www.cecua.es
- Diario El País. www.elpais.com
- Diario La Vanguardia. www.lavanguardia.com
- Diario oficial de la federación mexicana el 04 de enero de 1999.
- Diario Vasco. www.diariovasco.com
- Diccionario de la Lengua Española. www.dle.rae.es
- Instituto Nacional de Estadística. www.ine.es
- Manual Básico del Policía Preventivo del 2009 del Gobierno Federal Mexicano.
- Real Academia de la Lengua Española. www.lema.rae.es
- Universidad Nacional de Educación a Distancia. www.uned.es
- Ministerio del Interior del Gobierno de España. www.interior.gob.es

