

## **EXAMEN RADIOLÓGICO EN ADUANA DE AEROPUERTO: NO NECESIDAD DE ASISTENCIA LETRADA\***

Fernando Gascón Inchausti

Hubert Manuel M.G. c. Ministerio Fiscal.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal).

Sentencia de 3 de febrero de 2000 (recurso nº 167/1999).

Recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Quinta) de 10 de diciembre de 1998.

Magistrado Ponente: José Jiménez Villarejo.

Abogado: no consta.

### **Hechos y cuestiones jurídicas**

D. Hubert Manuel M.G. llegó al aeropuerto de Madrid-Barajas en vuelo procedente de Bogotá (Colombia), el día 29 de marzo de 1998. Tras examinar su equipaje con resultado negativo, y abrigando sospechas de que podía estar transportando drogas dentro de su organismo, fue invitado por agentes de la Guardia Civil a pasar a una dependencia anexa donde, con su consentimiento expreso, se le practicó un examen radiográfico, que mostró, alojados en su intestino, numerosos cuerpos extraños. Fue trasladado a un Centro sanitario en el que, sometido a observación médica, expulsó de su organismo cien cuerpos cilíndricos que, una vez analizados, resultaron contener 787 gramos al 71,8% de riqueza de cocaína. Posteriormente fue condenado por la Audiencia Provincial de Madrid como autor de un delito contra la salud pública a una pena de siete años de prisión y multa de 10.000.000 de pesetas.

El acusado recurre la sentencia alegando infracción de sus derechos fundamentales a la intimidad y a la asistencia letrada, por cuanto no estuvo aconsejado por Abogado en el momento en que prestó su consentimiento para ser sometido a la exploración radiológica; vicio éste que debería acarrear la ilicitud de las pruebas obtenidas a raíz de aquélla y conducir a su absolución en virtud del derecho a la presunción de inocencia.

### **Fallo**

La Sala Segunda del Tribunal Supremo desestima el recurso, pues considera que la persona explorada no estaba detenida en el momento de efectuarse el examen: en tal situación, no era precisa ni la asistencia de letrado ni la previa instrucción de derechos al sospechoso, por lo que su consentimiento fue plenamente eficaz y

---

\* Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2000, publicado en *Tribunales de Justicia*, 2000-12, pp. 1369-1374.

la prueba obtenida perfectamente lícita y con aptitud suficiente para fundar una sentencia condenatoria.

## COMENTARIO

1. La presente Sentencia trata de dar respuesta a una cuestión que se plantea con relativa frecuencia en la práctica: cuál ha de ser el proceder correcto que deben seguir las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en nuestros aeropuertos cuando constatan la llegada de pasajeros sospechosos de transportar en su organismo sustancias estupefacientes.

En efecto, y especialmente cuando se trata de vuelos procedentes de determinados lugares que son punto de origen de las rutas del tráfico de drogas, no es extraño que se llegue por los agentes policiales encargados del control de aduanas a la conclusión de que algún pasajero podría estar transportando estupefacientes en el interior de su organismo. Cómo se funda esa sospecha es algo que pertenece a la experiencia policial, pero que se suele deducir de la conducta de estas personas a lo largo del vuelo (y que suelen comunicar a la autoridad los propios asistentes) y, sobre todo, una vez llegadas a tierra. Habitualmente, ante las sospechas, se suele proceder al registro de los equipajes – dentro del marco de las funciones propias de la policía de aduanas– y, si éste es infructuoso, se suele preguntar al pasajero por los motivos y demás circunstancias de su viaje. Las respuestas evasivas, confusas o contradictorias, así como la propia actitud del pasajero, suelen confirmar esa sospecha inicial. Y es a partir de este momento cuando se plantean las dificultades, pues todo lo anterior encaja sin dificultades dentro del cumplimiento de las funciones genéricas de policía.

En la práctica, se suele conducir al pasajero sospechoso a una dependencia especialmente habilitada en el Aeropuerto, donde se le *invita* a someterse a una exploración radiológica que permita comprobar si efectivamente oculta o no en el interior de su cuerpo elementos extraños susceptibles de estar siendo utilizados para el transporte de la droga. Se trata de una actividad de carácter eminentemente técnico; ocurre, sin embargo, que con este proceder:

a) Se puede estar viendo afectado el derecho a la intimidad del pasajero (art. 18 CE), al menos en función de cómo se efectúe la exploración radiológica.

b) Se están tratando de obtener resultados que tengan eficacia incriminatoria, es decir, elementos de prueba que puedan servir para fundar una sentencia de condena; aunque también ha de quedar claro que, consintiendo la práctica de estas actuaciones sobre el propio cuerpo, el sujeto no está formulando declaración alguna en sentido propio, por lo que no puede decirse que se esté viendo involucrado el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE).

c) Tampoco puede ignorarse la incidencia que, de cara a consentir la realización de la exploración, puede tener la peculiar situación en que se

encuentra el pasajero requerido a tal efecto. Porque aunque aún no ha sido formalmente detenido, lo cierto es que se encuentra *de facto* bajo el control de la autoridad policial e involucrado en una diligencia de contenido netamente averiguatorio (es decir, instructor); lo anterior se hace más patente en los casos – la mayoría– en que el sospechoso es persona de nacionalidad extranjera, que desconoce nuestro Ordenamiento, así como las garantías que en él se reconocen a los ciudadanos en sus relaciones con las autoridades de persecución penal.

2. Como no podía ser de otra manera, nuestra jurisprudencia se ha mostrado en este punto vacilante y contradictoria, y así se reconoce por la propia Sentencia comentada.

En efecto, existen resoluciones en las que se ha proclamado la validez de la exploración radiológica permitida por el imputado a pesar de no haber contado con la asistencia de un letrado en el momento de manifestar ese consentimiento: además de en la que nos ocupa, así lo ha hecho el Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de junio de 1998 (RAJ 5166); y la misma solución ha sido acogida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª) de 5 de junio de 1999 (ARP 1999\3288) y por la de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) de 28 de julio de 1999 (ARP 1999\1964).

Sin embargo, en la Sentencia de 9 de octubre de 1998 (RAJ 6868) –aducida por el recurrente en apoyo de su pretensión impugnatoria–, la Sala Segunda del Tribunal Supremo llegó a la solución opuesta: se señaló en ella que el sospechoso tiene derecho a ser informado de sus derechos antes de decidir si accede o no a someterse a la exploración y que, en especial, ha de contar con el asesoramiento de un letrado, pues su situación es equiparable a la de quien se halla formalmente detenido. Por ello, deben sancionarse con la ilicitud probatoria los resultados de una exploración radiológica salvo que el sujeto pasivo la haya consentido asistido de letrado. Estos criterios fueron asumidos íntegramente por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) en su Sentencia de 12 de julio de 1999 (ARP 1999\3632).

La presente Sentencia trata de poner de manifiesto que esta última doctrina ha sido abandonada por la Sala Segunda, y se adhiere con ello al Acuerdo adoptado por el Pleno de la misma Sala de 5 de febrero de 1999, en virtud del cual “cuando un viajero que llega a un Aeropuerto procedente del extranjero se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos; de aquí que no sea precisa la asistencia de Letrado ni la consiguiente previa detención con lectura de sus derechos”.

En consonancia con lo anterior, la Sentencia comentada proclama la validez de la exploración radiológica y, por consiguiente, la licitud de la prueba que a través de ella pudiera obtenerse, si se cumplen dos requisitos:

a) Que la persona explorada no esté detenida, en la medida en que la ausencia de detención hace innecesaria la asistencia letrada.

b) Que preste libremente su consentimiento para ser examinada radiológicamente, lo que excluye, al mismo tiempo, cualquier posible vulneración del derecho a la intimidad.

Se reconoce con ello plena eficacia legitimante al consentimiento del sujeto pasivo de la exploración radiológica, con independencia de la previa información sobre sus derechos y de la asistencia de letrado, siempre que formalmente no se encuentre en situación de detención.

**3.** De hecho, el Tribunal Supremo ha llegado a la misma solución cuando se ha enfrentado a problemas análogos al presente, en situaciones en las que también se trataba de dilucidar hasta qué punto es o no eficaz el consentimiento del sospechoso o imputado para legitimar determinadas actuaciones policiales de investigación, cuando éste no se ha visto asistido de abogado al responder al requerimiento policial.

Así ha sucedido, en primer término, con el consentimiento prestado por el detenido a la Policía para que proceda a la entrada y registro en su domicilio: es prácticamente uniforme la jurisprudencia cuando señala que el consentimiento sólo es eficaz cuando el detenido que lo presta ha tomado su decisión con el previo asesoramiento de un letrado, siendo ilegales la entrada y el registro en caso contrario (cfr. las SSTS de 8 de julio de 1994 –RAJ 6261–, 18 de diciembre de 1997 –RAJ 8797– y 2 de diciembre de 1998 –RAJ 10077–; o la SAP de Soria de 27 de febrero de 1998 –ARP 1998\1326–).

En segundo lugar, con la práctica de la prueba de alcoholemia: en la medida en que cuando se procede a efectuarla el sujeto no se halla formalmente detenido, tampoco es precisa la asistencia de letrado, ni su ausencia vicia el consentimiento prestado a tal efecto (cfr. las SSTC 107/1985, 22/1988, 252/1994; también, en la jurisprudencia *menor*, las SSAP de Zaragoza de 9 de julio de 1998 –ARP 1998\2543–, de 21 de mayo de 1999 –ARP 1999\1347– y de 22 de octubre de 1999 –ARP 1999\3950–, la SAP de Cáceres de 22 de enero de 1999 –ARP 1999\358– y la SAP de Guipúzcoa de 12 de mayo de 1999 –ARP 1999\2155–).

Finalmente, también se han empleado criterios análogos en supuestos más especiales, pero si cabe más parecidos al de la exploración radiológica: así, en el caso de la práctica de la denominada “prueba de la parafina”, es decir, para la comprobación de la existencia de restos de pólvora en las manos del detenido (Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Galicia, de 27 de marzo de 1999 –ARP 1999\2948–, en la que se consideró irrelevante la ausencia de letrado, a pesar de que el imputado se hallaba formalmente detenido); e igualmente para la extracción de sangre de cara a realizar las pruebas de ADN (Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 18 de junio de 1997, RAJ 4844, en el que genéricamente se señala que nuestro Ordenamiento no exige la presencia y asistencia de letrado en todas las diligencias de la instrucción).

4. En cualquier caso, y volviendo a la Sentencia que nos ocupa, la solución que aporta merece, de un lado, alguna observación crítica y, de otro, necesita asimismo de una fundamentación algo más sólida que la ofrecida por el Tribunal Supremo en ella.

Y es que el Tribunal Supremo parece anudar sin más la necesaria asistencia letrada a la previa detención del sospechoso (art. 17.3 CE, art. 520 LECrim) o, en su caso, a la previa imputación de un delito de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118 LECrim, pero no justifica las razones de su conclusión y, lo que es más peligroso, las consecuencias que de ella pueden derivarse.

Es indudable que el art. 118 LECrim no resulta de aplicación directa en estos casos, por la sencilla razón de que la *notitia criminis* aún no ha llegado a autoridad judicial alguna: no existe aún proceso penal en curso, ni ha habido formalmente una detención y, por ello, no puede hablarse en rigor de imputación judicial de una conducta delictiva.

Por otra parte, es igualmente cierto que el art. 17.3 CE garantiza a todo detenido la asistencia de un letrado, y lo mismo hace, en consonancia con él, el art. 520 LECrim. Y también que el fundamento de esta necesaria asistencia letrada descansa, como ha señalado el Tribunal Constitucional, en la necesidad de “asegurar (con la presencia personal del Letrado) que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y *que tendrá el debido asesoramiento técnico en la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio*, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de la declaración que se le presenta a la firma” (STC 196/1987, la cursiva es nuestra).

Ahora bien, de lo anterior no puede deducirse sin más, y menos *a contrario sensu* –a pesar de que la jurisprudencia lo hace constantemente: cfr., a modo de ejemplo, las SSTS de 22 de enero y 2 de febrero de 1996 (RAJ 11 y 788, respectivamente)–, que sólo a partir del momento de la detención (o de la imputación judicial) surja el derecho de los ciudadanos a recibir el asesoramiento técnico que resulte preciso para una correcta orientación de su conducta ante las autoridades policiales (o judiciales). No parece descabellado entender que toda actividad ante aquéllas, de la que puedan derivarse consecuencias negativas para el ciudadano, debería ir precedida no sólo del consentimiento de éste, sino también de una información de derechos, en especial, del derecho a negarse así como del derecho a contar con la asistencia de un profesional. Así se ha establecido expresamente por la Ley y por la propia Constitución cuando se trata de declarar ante la Policía; pero concurre identidad de razón con los supuestos que ahora nos ocupan –y con otros análogos–, pues también aquí de lo que se trata es de recibir “asesoramiento técnico en la conducta a observar”, en concreto, a la hora de decidir si se accede voluntariamente o no a una exploración

radiológica con potenciales efectos incriminadores. Y nótese además cómo, aunque estas otras actividades no sean en rigor declaraciones, lo cierto es que sus consecuencias pueden ser aún más perjudiciales que aquéllas (al fin y al cabo, la declaración siempre puede ser después contradicha por el propio imputado, mientras que el resultado de un examen radiológico y del posterior análisis de los elementos expulsados del organismo es, en cuanto tal, difícilmente refutable). Los argumentos cobran mayor fuerza si, como ya se apuntó antes, quien ha de tomar la decisión es una persona extranjera, que ignora nuestro Ordenamiento procesal y nuestro sistema de garantías, y que, aunque formalmente no se encuentre en situación de detención, sí que se halla, al menos desde su propia percepción, en una situación en que el control reside en manos de la Policía.

La doctrina sentada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo conlleva, además, un grave riesgo: el de que se imponga en la práctica la costumbre de tratar primero de obtener el consentimiento del sospechoso para someterse a la exploración radiológica, antes de proceder a su detención, con la finalidad de que así no resulte necesaria la asistencia de letrado. Con lo cual, se estaría retrasando deliberadamente el momento de la detención con la paradójica finalidad de mermar los derechos de la persona sospechosa de transportar en su organismo las sustancias estupefacientes.

5. Si lo expuesto en los párrafos anteriores son las objeciones que pueden formularse a la fundamentación ofrecida por el Alto Tribunal, ha de reconocerse también que es posible encontrar argumentos suficientes para contrarrestarlas y reforzar con ello las conclusiones de aquél.

Antes que nada, advierte ya el Tribunal en la propia Sentencia que si se obligara por la fuerza al sujeto a someterse a la exploración radiológica, entonces sí que habría de entenderse que estaría sufriendo una privación de libertad constitutiva de detención, lo que haría aflorar la exigencia inexcusable de asistencia letrada.

Pero, sobre todo, es otro el factor de mayor peso a la hora de legitimar este proceder: la especial situación de urgencia concurrente en estos casos, ante el riesgo evidente para la salud –y la propia vida– de la persona sospechosa de albergar en su organismo tan grandes cantidades de droga, en caso de que alguno de los envoltorios se abra dentro de su cuerpo. Existe así un verdadero interés en que, de existir estas sospechas, se proceda con la mayor premura a comprobar si se confirman o no, de manera que, en caso afirmativo, el sospechoso pueda recibir la asistencia médica necesaria. Ante esta colisión entre asistencia letrada y asistencia médica, nos inclinamos por dar prevalencia a la segunda. Lo cual no obsta para que, si fuera posible sin perjudicar la celeridad, pudiera en todo caso facilitarse al sospechoso el asesoramiento de un letrado (previsiblemente, del turno de oficio).

Se aprecia además en la jurisprudencia *menor* (aunque no, s.e.u.o., en la del Tribunal Supremo) un discurso argumentativo en parte diverso, y al que tampoco podemos dejar de referirnos: se ha sostenido la idea de que, aunque se pudiera

considerar ilícita la exploración radiológica por ausencia de asistencia letrada al decidir el sospechoso si prestaba o no su consentimiento, lo cierto es que esa ilicitud carecería en todo caso de eficacia procesal invalidante sobre las pruebas obtenidas (a excepción de la posibilidad de utilizar como prueba la placa o radiografía en sí misma). En otros términos, la ilicitud de la exploración no contaminaría el resto de pruebas obtenidas y, en especial, no afectaría a la posibilidad de utilizar como elementos de prueba la sustancia estupefaciente una vez expulsada por el sospechoso de su organismo.

Es cierto que, si se aplicara la doctrina de los frutos del árbol envenenado (cfr. art. 11.2 LOPJ), podría entenderse también que estas segundas fuentes de prueba no podrían ser valoradas por el tribunal sentenciador. No obstante, este resultado se podría evitar si se considerase de aplicación la doctrina, acuñada por el propio Tribunal Supremo, y refrendada también por el Constitucional, del “conocimiento inevitable”, del “hallazgo inevitable” o de “la fuente hipotéticamente independiente”: cuando inevitablemente y por métodos probatorios regulares y lícitos el delito habría sido descubierto de todas formas y atribuido al imputado, el resultado probatorio habrá de considerarse válido, a no ser que en la actuación policial se hubiera apreciado mala fe en el curso de la investigación (cfr. SSTs de 4 de julio de 1997 –RAJ 5690– y de 24 de febrero de 1998 –RAJ 1733–).

Así, si el sospechoso recibiera asistencia letrada –por entender que sin esa asistencia la diligencia habría de ser ilícita– y decidiera no someterse a la exploración radiológica, lo cierto es que los indicios existentes legitimarían a pesar de todo su detención y la adopción de las precauciones y garantías imprescindibles –incluidas las médicas– para asegurar la posible expulsión de la sustancia estupefaciente. El resultado, por tanto, sería el mismo desde una óptica procesal penal, pues el hallazgo habría sido inevitable; pero, desde la perspectiva de la salud del sospechoso, se trataría de una opción sin duda más gravosa, pues la dilación temporal que podría comportar no haría más que agravar los riesgos.

**6.** En definitiva, nos hallamos ante una Sentencia que acoge una solución al problema de las exploraciones radiológicas fundada en evidentes motivaciones de política criminal –las mismas que inspiran el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda antes referido– y que, aunque pueda resultar ajustada a Derecho y, en especial, muy conveniente para una represión más eficaz de los delitos de tráfico de drogas, podría y debería haberse fundado con mayor corrección y exhaustividad, dada la trascendencia de los derechos y valores comprometidos.