

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

EL IMPUTADO COMO OBJETO DE PRUEBA

Intervenciones, registros e inspecciones
corporales en el Proceso Penal argentino

María Paula Quiroga Corti

Dirigida por Prof. Dr. José Martín Ostos
y Prof. Dra. María Ángeles Pérez Marín

Sevilla, 2017.

ÍNDICE

Abreviaturas y Acrónimos	8
Introducción.....	10
Capítulo I El imputado	
I. Concepto.....	20
1. Condición de imputado: momento en el cual se adquiere tal calidad.....	24
2. Breve referencia al Derecho español.....	32
3. Síntesis.....	38
II. Situación jurídica.....	39
1. Antecedentes históricos.....	39
2. Situación actual.....	45
2.1 Imputado como sujeto de derechos.....	45
2.2 La Dignidad del imputado como límite al poder estatal en el sistema jurídico argentino.....	49
2.3 La Dignidad en el Derecho español.....	56
2.4 Síntesis.....	58
III. Imputado como objeto de prueba.....	59
IV. Recapitulación.....	67
Capítulo II Inspecciones, registros e intervenciones corporales	
I. Concepto.....	70
1. Consideraciones doctrinales	71
2. Análisis jurisprudencial.....	79
3. Síntesis.....	90
II. Naturaleza jurídica.....	92

1. Elementos probatorios colectados en la investigación penal preparatoria.....	93
1.1 Práctica de medidas de investigación corporal durante la investigación penal preparatoria.....	93
1.2 Incorporación al juicio o plenario.....	96
a. Disposiciones del ordenamiento procesal de Mendoza.....	99
b. Disposiciones del ordenamiento procesal nacional.....	103
2. Prueba Pericial.....	109
3. Medidas de Coerción personal.....	114
4. Síntesis.....	117
III. Caracteres.....	118
1. Se practican sobre el cuerpo de personas vivas.....	118
2. Diversidad de objeto.....	119
3. Son medidas que afectan derechos fundamentales.....	126
IV. Clasificación.....	136
V. Recapitulación.....	137
Capítulo III Derechos fundamentales y medidas de investigación corporal	
I. Nociones generales.....	142
II. Derechos fundamentales en particular.....	144
1. Derecho a la intimidad.....	144
1.1 Concepto de intimidad.....	144
a. Intimidad corporal.....	150
b. Intimidad personal	152
1.2 Neurociencia y derecho a la intimidad.....	157
1.3 Intimidad y derecho a la autodeterminación informativa...158	
a. Protección de datos en el ordenamiento jurídico argentino.....	162
b. Breve referencia al derecho español.....	168
1.4 Análisis jurisprudencial.....	171

a. Derecho a la intimidad corporal y personal.....	171
b. Derecho a la intimidad y autodeterminación informativa.....	177
1.5 Síntesis.....	183
2. Derecho a la integridad física y prohibición de torturas, tratos inhumanos o degradantes.....	184
2.1 Concepto de integridad física.....	184
2.2 Prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes.....	191
2.3 Análisis jurisprudencial.....	199
a. Integridad física y prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes.....	199
b. Medidas de investigación corporal y conductas prohibidas.....	209
2.4 Síntesis.....	213
3. Derecho a no declarar contra sí mismo.....	216
3.1 Contenido del derecho.....	216
a. Posición restringida en cuanto al contenido del derecho.....	219
b. Posición amplia en cuanto al contenido del derecho.....	225
3.2 Neurociencia y autoincriminación.....	230
3.3 Análisis jurisprudencial.....	233
3.4 Jurisprudencia comparada.....	240
3.5 Síntesis.....	249
4. Derecho a la libertad.....	252
4.1 Contenido del derecho.....	252
4.2 Análisis jurisprudencial.....	259
4.3 Síntesis.....	266
III. Recapitulación.....	269
Capítulo IV Presupuestos de validez de las medidas de investigación corporal	

I.	Nociones Generales.....	275
II.	Presupuestos en particular.....	279
	1. Principio de Legalidad.....	279
	1.1 Contenido.....	279
	1.2 Jurisprudencia de los Órganos internacionales de Protección de Derechos Humanos.....	285
	1.3 Previsión legislativa en el ordenamiento procesal nacional.....	288
	1.4 Previsión legislativa en el ordenamiento procesal provincial.....	296
	2. Competencia judicial.....	303
	2.1 Ubicación institucional del Ministerio Público en el derecho argentino.....	303
	a. En la Provincia de Mendoza.....	305
	b. En el ámbito de la Justicia Nacional.....	308
	c. Caracteres.....	309
	2.2 Órgano competente.....	313
	a. Actuación del Ministerio Público en el sistema acusatorio.....	313
	b. Actuación del Ministerio Público en los ordenamientos procesales provincial y nacional.....	318
	2.3 Motivación de la decisión judicial.....	323
	2.4 Ejecución de la medida.....	331
	3. Principio de Proporcionalidad.....	334
	3.1 Contenido.....	334
	3.2 Idoneidad o adecuación	340
	a. Consideraciones de la doctrina.....	340
	b. Jurisprudencia nacional y comparada.....	345
	3.3 Necesidad o imprescindibilidad.....	349
	3.4 Proporcionalidad en sentido estricto.....	357

4.	Consentimiento del imputado.....	364
4.1	Determinación de su necesidad.....	364
4.2	Imposición coactiva de la medida.....	368
4.3	Breve referencia al Derecho español.....	374
4.4	Aspectos distintivos de las pruebas neurocientíficas.....	379
III.	Recapitulación.....	383
Capítulo V Medidas de investigación corporal en particular		
I.	Palabras previas.....	394
II.	Algunos supuestos de medidas de investigación corporal.....	395
1.	Extracción de sangre.....	395
1.1	Previsión legislativa en los ordenamientos procesales.....	397
1.2	Análisis jurisprudencial.....	400
2.	Exploraciones radiológicas y otros sistemas de imágenes.....	403
2.1	Presupuestos y requisitos.....	403
2.2	-Supuestos de exploraciones radiológicas como medidas de prevención.....	408
3.	Prueba de ADN.....	411
3.1	Contenido.....	411
3.2	Cadena de custodia.....	417
3.3	Valoración de la prueba de ADN en el proceso penal.....	422
a.	Valor conviccional de la prueba de ADN.....	423
b.	Apreciación de la prueba por el Tribunal.....	427
3.4	Disposiciones normativas sobre los análisis de ADN en el CPPNación y CPPMza.....	431
3.5	Bases de datos de ADN.....	438
a.	Bases de datos en el ordenamiento nacional.....	439
b.	Bases de datos en el ordenamiento provincial.....	441
4.	Prueba de alcoholemia y de otras sustancias estupefacientes.....	451
4.1	En el ámbito del proceso penal.....	451
4.2	En el ámbito contravencional – administrativo.....	456

5. Narcoanálisis o sueros de la verdad.....	459
6. Pruebas neurológicas.....	466
6.1 El cerebro como objeto de análisis.....	466
6.2 Resonancia Magnética Funcional (fMRI).....	471
6.3 <i>Brainfingerprinting</i> o Potencial Evocado Cognitivo (P300).....	477
a. Breves nociones sobre la memoria.....	478
b. Procedimiento de la prueba P300	481
6.4 Fiabilidad y utilización en el proceso penal.....	486
III. Recapitulación.....	491
Capítulo VI Exclusiones probatorias	
I. Introducción.....	505
II. Delimitación del concepto de prueba ilícita.....	508
1. Concepción amplia de prueba ilícita.....	509
2. Concepto restringido de prueba ilícita.....	511
III. Fundamento de las exclusiones probatorias.....	517
IV. Exclusiones probatorias en el CPPNación y CPPMza.....	522
1. Consagración en las legislaciones procesales.....	522
2. Consecuencias y extensión de sus efectos.....	526
2.1 Disposiciones normativas.....	526
2.2 Teoría del fruto del árbol envenenado.....	532
3. Excepciones a la regla de exclusión.....	537
3.1 Consideraciones previas.....	537
3.2 Doctrina de la fuente independiente.....	542
3.3 El Descubrimiento inevitable.....	546
3.4 Admisión de prueba ilícita en beneficio del imputado.....	552
V. Algunos supuestos de prueba ilícita y prueba irregular en las medidas de investigación corporal.....	555
1. Necesidad de su diferenciación.....	555
2. Observancia de presupuestos de validez.....	557

2.1 Medida de investigación corporal practicada sin orden judicial.....	557
2.2 Motivación de la resolución judicial.....	560
2.3 Medida de investigación corporal desproporcionada.....	564
3. Inobservancia de la cadena de custodia.....	567
4. Posibilidad de repetición del acto de adquisición de prueba....	571
VI. Recapitulación.....	573
Conclusión Final.....	580
Jurisprudencia citada.....	584
Bibliografía.....	593

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AAVV	Autores varios
ADN	Ácido desoxirribonucleico
Art., arts.	Artículo, artículos
BNDG	Banco Nacional de Datos Genéticos
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica
CE	Constitución Española
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CN	Constitución Nacional
CMza	Constitución de Mendoza
CNCP	Cámara Nacional de Casación Penal
CNCCorr	Cámara Nacional Criminal y Correccional
cons.	considerando
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CPPMza	Código Procesal Penal de Mendoza
CPPNación	Código Procesal Penal de la Nación
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DADDH	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ED	Revista El Derecho
EEUU	Estados Unidos de Norteamérica
FJ, FF.JJ	Fundamento(s) Jurídico(s)
fMRI	Resonancia Magnética Cerebral o <i>Funcional Magnetic Resonance Imaging</i>
JA	Revista Jurisprudencia Argentina
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LL	Revista La Ley
LS	Libro de Sentencias
OC	Opinión Consultiva
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ob.cit.	obra citada
op.cit.	opinión citada
párr.	párrafo
p, pp	página, páginas
PIDCyP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

P300	Potencial Evocado Cognitivo o <i>Brainfingerprinting</i>
SCJM	Suprema Corte de Justicia de Mendoza
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T	Tomo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<i>v.gr.</i>	<i>verbi gratia</i>
<i>Vid.</i>	Véase

INTRODUCCIÓN

El desarrollo del proceso penal tiene por finalidad la búsqueda de la reconstrucción de un hecho histórico cuyo acaecimiento debe probarse mediante las estrictas reglas fijadas para ello. Esta actividad de reconstrucción tiende a obtener un estado subjetivo de certeza en el órgano jurisdiccional respecto al hecho objeto del proceso. Ya sea que se la llame, como se ha hecho clásicamente, búsqueda de la verdad real o, como se señala más modernamente, verdad consecuencia o verdad procesal, lo cierto es que esencialmente se trata de actividad de naturaleza probatoria cuya esencia es acercar al proceso todo elemento de juicio útil a la determinación de esa verdad.

A la misma conclusión se llega, desde otro punto de vista, si en lugar de mirar al proceso desde su finalidad, se hace tomando como punto de partida las bases del sistema adversarial. En este caso, la finalidad del proceso radica en el desarrollo de un juicio justo en el que cada una de las partes desarrolla su “teoría del caso”, de la cual debe convencer al tribunal y, para ello, indudablemente, la actividad a desarrollar es de naturaleza probatoria. En suma, se mire por donde se mire, todo proceso penal tiene su esencia en la actividad probatoria.

Es por ello que, en esta actividad, los diferentes medios probatorios constituyen una herramienta fundamental para poder realizar la investigación histórica sobre el objeto del proceso. No se puede llegar a una resolución judicial si no es a través de los elementos probatorios legalmente incorporados, es decir, la obtención de la verdad se va a realizar dentro de un procedimiento reglado, ya que se encuentra sujeto a una serie de disposiciones normativas.

La importancia de dichas reglas se hace patente si se atiende a que ellas tienen por objeto, en primer lugar, evitar las arbitrariedades y abusos en el descubrimiento de la verdad, cumpliendo así una función de garantía. Ello es así por cuanto a la verdad buscada no se puede llegar de cualquier modo y sin reparar en medios, y estando en juego en el proceso penal garantías fundamentales de rango constitucional, ellas deben estar protegidas de toda posible puesta en crisis derivada de la ausencia de normas que regulen con precisión la actividad probatoria. Asimismo y, en segundo lugar, permite el control de la sociedad en cuanto a la forma en que el Estado desarrolla su actividad de investigación dándose, en definitiva, seguridad y credibilidad al proceso. Inclusive, esta función de seguridad y credibilidad que las normas reguladoras otorgan beneficia también a las partes intervinientes en el proceso desde que, igualmente, a éstas se les permite ejercitar una función de control.

En esta tarea de investigación, no puede dejar de puntualizarse, que el avance de la ciencia y de las tecnologías han ampliado enormemente la capacidad del Estado en la recolección de la prueba en el marco de un proceso penal, generando una notable modificación de las posibilidades de injerencia dentro de diversos ámbitos, tradicionalmente fuera del accionar de terceros. Y, en este avance, adquiere especial relevancia la información que puede obtenerse del cuerpo humano, tanto del imputado como de la víctima. Piénsese en las posibilidades que otorga la medicina forense aportando los medios para determinar la autoría en un hecho delictivo, la habitualidad en el consumo de sustancias prohibidas o la utilización del propio cuerpo para el transporte de las mismas, la existencia de maniobras abortivas ilícitas, la intoxicación de una persona en un momento determinado, llegándose incluso a obtener información para el proceso analizando la actividad cerebral de un sujeto a través de las neuroimágenes o resonador magnético cerebral.

Como puede colegirse, ya no sólo las pruebas incorporadas al proceso provienen de sujetos externos que aportan información –tal sería el caso de los testigos-, sino que es el propio cuerpo humano de donde pueden extraerse las mismas, pudiendo transformarse en una fuente inagotable en tanto y en cuanto el avance de la ciencia así lo permita. Y es aquí, justamente, donde se patentiza el riesgo de abusos y arbitrariedades, razón por la cual es preciso fijar las reglas necesarias que permitan llegar al descubrimiento de la verdad, pero sin que ello implique un ataque a las garantías y derechos del imputado. Esas reglas, que es preciso fijar adecuadamente, deben estar orientadas a admitir aquellas injerencias, sin que se pongan en crisis los principios constitucionales que, por ser tales, resultan indiscutibles. En definitiva, se trata de la obtención de un punto de equilibrio entre la posibilidad reglada de utilizar nuevos medios de prueba y la subsistencia de los principios constitucionales rectores de la actividad probatoria. Como sostiene De Luca¹ quizás llegue el día en que el avance de la ciencia lleve a que cada vez sea menos necesario la utilización del cuerpo del imputado y donde éste no sea requerido más que para ejercitar su defensa; sin embargo, hasta tanto nos encontremos en ese momento, resulta imprescindible establecer los límites necesarios para que el Estado ejerza el ius puniendi.

La trascendencia del tema surge toda vez que las inspecciones e intervenciones corporales motivo del presente trabajo, debido a su naturaleza, consisten en una actividad procesal que se relaciona con la posible afectación de derechos fundamentales que se originan en la condición de ser humano por el hecho de ser tal. Existe, además, un límite infranqueable que es el reconocimiento de la dignidad de la persona. El derecho a ese reconocimiento no es una mera entelequia teórica sino que, muy por el contrario, es parte del Derecho Constitucional ya que ha ingresado de manera implícita o explícita en los cuerpos de las Leyes Fundamentales de los diversos países. Así, en la

¹ DE LUCA, Javier, “Prueba sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales”, *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos* (Comp. Anitua, Gabriel Ignacio, Gaitán Mariano), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012, p.11.

República Argentina fue reconocido originariamente en la Constitución de 1853 como implícitamente establecido y surgiendo del texto del artículo 33², tal como fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación³. A partir de la reforma de 1994, el reconocimiento resulta explícito dada la incorporación al texto constitucional de los Tratados Internacionales. Y, por su parte, la Constitución española de 1978 expresamente lo reconoce en el artículo 10.1⁴. De lo expuesto se desprende, pues, que tanto en Argentina como en España, la idea de dignidad humana forma parte de la filosofía política receptada en sus Constituciones.

Resulta imprescindible, entonces, fijar los presupuestos necesarios para que la práctica de tales medidas probatorias permita lograr el equilibrio indispensable en el proceso penal de un Estado de Derecho, cual es lograr la averiguación de la verdad respetando los derechos y garantías que protegen a todos los individuos que se encuentran sometidos al poder estatal. No puede dejar de señalarse, en tal sentido, que no cualquier conjunto de actos configura un “debido proceso” o “juicio previo” en los términos del artículo 18 de la Constitución Nacional⁵.

² Art. 33 CN: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”

³ En este sentido, en Fallos 308:2268 sostuvo que la Constitución Nacional no enumera la totalidad de los derechos pero se encuentran amparados por el artículo 33; así [...] *entre los derechos amparados se halla, evidentemente, el derecho a la dignidad humana. Que hace a esta dignidad que las necesidades del hombre sean satisfechas con decoro, lo que en la faz jurídica implica que la ley las reconozca, en tanto su satisfacción no viole los límites del art. 19 de la Constitución Nacional, es decir, no ofendan el orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, de modo tal que puedan conducir a la realización personal, posibilidad que por otra parte es requisito de una sociedad sana.*

⁴ Art.10.1 CE: “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 de orden político y de la paz social.”

⁵ Art. 18 CN: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por ley antes del hecho de la causa.” Este artículo es bastante extenso ya que no sólo consagra garantías penales sino también el derecho de defensa, a no declarar contra sí mismo, a la intimidad, a la integridad física y también garantías referidas a la ejecución penal.

A esta tarea de delimitar no sólo aquellas medidas que se encuadran dentro de las intervenciones e inspecciones corporales, sino también cuáles deben ser los presupuestos para que dichas medidas sean válidas dentro del proceso penal, se han abocado tanto la doctrina como la jurisprudencia de los Tribunales nacionales y supranacionales. De los fallos de unos y otros es de donde pueden extraerse los requisitos o presupuestos para su validez, con especial referencia al modo en que la actividad se realiza para obtener los resultados buscados⁶.

Sin embargo, estas elaboraciones doctrinarias como las que surgen de los fallos jurisprudenciales, en ocasiones no se han visto reflejadas ni en la legislación procesal ni en la práctica forense, lo cual acarrea como consecuencia la exclusión de esas medidas probatorias del proceso penal. Ello es así debido a que la susodicha falta de recepción en la legislación ritual de aquellas doctrinas, genera en los procesos una actividad viciada, que solamente puede ser corregida, a posteriori, mediante la imposición de sanciones de naturaleza procesal, particularmente la nulidad procesal de la actividad probatoria. Esta situación implicaría, así, el fracaso del Estado en el descubrimiento de la verdad y, como consecuencia, la frustración del derecho de la víctima o de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancionen a los eventuales responsables, derecho que no se agota en los afectados directos, sino que también se extiende a toda la sociedad que pretende que el Estado ejercite el ius puniendi cuando así corresponda.

En virtud de tales consideraciones, el Capítulo I comienza por la conceptualización de imputado, reconociendo el principio de dignidad humana y

⁶ Con respecto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, valgan dos aclaraciones: la primera es que algunos fallos van a ser citados por su ubicación numérica y también por el nombre. Ello es así porque determinados fallos, que han sido trascendentes en su doctrina, son conocidos por el nombre de la persona sometida a proceso. La segunda aclaración se vincula con la antigüedad de algunos fallos ya que la CSJN una vez que sienta una jurisprudencia no vuelve a tratarla y se remite a lo anteriormente resuelto salvo que surjan del recurso planteado argumentos que no han sido tratados con anterioridad, razón por la cual no es posible hacer citas de fallos más recientes. Cuando han existido, han sido citados en el trabajo.

su ubicación dentro del proceso penal no solamente como un sujeto esencial, sino también como centro de atribución de garantías que vienen a preservar la referida dignidad. También se analizará su posición frente a la prueba ya sea que actúe como sujeto de proceso o bien como objeto de prueba.

El Capítulo II se centra en el examen sobre las medidas de inspecciones e intervenciones corporales, determinando cuál es el contenido, su naturaleza jurídica, sus características y si éstas admiten algún tipo de clasificación.

Asimismo, al tratarse de medidas probatorias que afectan derechos fundamentales, el estudio de los mismos se realiza en el Capítulo III toda vez que no siempre que están en juego, la actividad realizada se torna ilícita. Debe tenerse en cuenta asimismo que, en función de la diligencia que se practique, resultará la afectación de un derecho u otro, lo cual también requiere de una ponderación adecuada. En este punto, no sólo resulta de importancia la doctrina constitucional del cintero Tribunal del país sino también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que la República Argentina se ha sometido a su jurisdicción como último intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)⁷. También se analiza la regulación legal de Estados Unidos y la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de ese país. La razón de incorporar el derecho norteamericano radica en que, en temas fundamentalmente probatorios, las posiciones tomadas por dicho Tribunal han sido receptadas por nuestra Corte Suprema de Justicia. Siendo ello así, resulta ineludible analizar las fuentes de las cuales ha abrevado nuestro

⁷ La CSJN ha dicho respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que *[...] debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana* (Fallos 321:3555). Posteriormente en Fallos 329:5832 resolvió que *[...] la jurisprudencia de la Corte Interamericana pronunciada en causas en las que son parte otros Estados Miembros de la Convención constituyen una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos.*

Máximo Tribunal para resolver según la legislación argentina. Las referencias al derecho comparado se hacen conjuntamente con el derecho argentino en cada uno de los temas que se traten. De esta manera entendemos que, al realizar el estudio en forma integral, se facilita la comprensión del mismo, lográndose una mayor profundidad en las conclusiones.

En el Capítulo IV se abordan los presupuestos de validez de estas medidas probatorias en general, es decir, que deben observarse en todos los supuestos de inspección o intervención corporal. Tales presupuestos se refieren a la previsión legal o principio de legalidad, debiendo precisarse la técnica legislativa adecuada puesto que, no resulta un dato menor, que los avances de la ciencia se producen en forma más rápida que las eventuales reformas legislativas, presentándose situaciones de vacíos legislativos con la consecuente inseguridad jurídica.

Así, también es necesario precisar el órgano judicial que puede disponerlas teniendo en cuenta que en muchos ordenamientos procesales –como en el caso de la Provincia de Mendoza, entre otras- la investigación penal se encuentra en manos del Ministerio Público Fiscal. Si bien el Ministerio Público debe actuar con criterios de objetividad, su posición dentro del proceso es de parte, con lo cual deberá determinarse si siendo una parte del proceso puede disponer medidas que afectan derechos fundamentales del imputado o si se requiere la intervención del Juez de Garantías como órgano jurisdiccional con funciones de control y de decisión en aspectos relacionados, directa o indirectamente, con las garantías individuales del imputado.

Dentro de los presupuestos necesarios para practicar válidamente una inspección o una intervención corporal, resulta de trascendente importancia determinar si es necesario o no el consentimiento del interesado. En este punto no es pacífica ni la doctrina ni la jurisprudencia; así, existen posturas que niegan la posibilidad de practicarlas si el imputado no ha prestado su consentimiento,

pudiendo sólo aplicársele las consecuencias jurídicas de su negativa, mientras que la posición contraria admite la realización de estas medidas aun sin el consentimiento del imputado, cualquiera sea la intensidad de la misma. Posturas intermedias tienen en cuenta la gravedad de la diligencia para determinar la necesidad o no de dicho consentimiento.

El Capítulo V se centra en diferentes medidas de inspección e intervenciones corporales tales como análisis de sangre, exploraciones radiológicas, estudios de ADN, prueba de alcoholemia, sueros de la verdad, uso de pentotal, las técnicas de neuroimagen. En este sentido, nuestro análisis abarcará tanto la forma de practicar dichas medidas, su finalidad y el índice de fiabilidad de sus resultados, dato importante a fin de determinar el grado de convicción que permite alcanzar respecto de aquello que se pretende probar con las mismas. Esto último, es decir, “el índice de fiabilidad de sus resultados”, sin perder de vista que, en lo que a la cuestión que a este trabajo atañe, lo esencial radica en la finalidad de este tipo de actuaciones, la forma de practicarlas y su ingreso válidamente al proceso.

Finalmente, en el Capítulo VI se exploran las consecuencias que pueden producirse, en el proceso, en casos de ilicitud de esta actividad de búsqueda de elementos probatorios a partir del cuerpo del imputado. Para ello, deberá analizarse si esta ilicitud abarca solamente a la prueba se haya obtenido vulnerando derechos fundamentales o también comprende los elementos probatorios que se han obtenido irregularmente, ya sea la forma en que se llevaron a cabo, como por la forma de su disposición.

Como anteriormente se refirió, la investigación se centra en el derecho argentino por lo que resulta pertinente aclarar que en la República Argentina rige un sistema federal, lo cual implica que el Congreso Nacional regula la legislación

sustancial y cada Provincia dicta para sí sus normas de enjuiciamiento⁸. Asimismo, en el orden nacional o gobierno federal se regula también una ley de procedimiento para los temas denominados “cuestiones de competencia federal”. Es por ello que cuando se realicen las menciones referidas a las normas procesales, se van a citar los artículos del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza y también las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación, en razón de que éste ha sido recientemente sancionado, y aun cuando se ha prorrogado su entrada en vigencia, resulta de trascendencia su análisis toda vez que regula un sistema acusatorio adversarial⁹.

Sin embargo, a pesar de que no ha sido motivo de investigación el derecho español y sólo existen breves referencias a éste en el trabajo, si han sido fuentes de éste estudio tanto la doctrina como la jurisprudencia española y la razón de ello es que encontramos un exhaustivo tratamiento del tema, no sólo por diferentes autores, sino también en los fallos dictados tanto por el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo español.

⁸ Art.1 CN: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana y federal, según la establece la presente Constitución.”

Art.5 CN: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.”

Art.75 CN: “Corresponde al Congreso: inc.12: “Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y de Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones;[...].”

Art.121 CN: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.”

⁹ Sólo se limita a Mendoza porque la gran mayoría de las provincias se rigen por un sistema acusatorio formal con legislaciones similares. Coexisten en el país veintidós Códigos de Procedimiento, lo cual haría sumamente tedioso y reiterativo el análisis de todos ellos. En cuanto a la nueva ley procesal de la Nación se aprobó en el Congreso de la Nación mediante Ley n°27.063 el 4 de diciembre de 2014, debiendo determinarse con posterioridad la oportunidad de entrada en vigencia una vez que se realizaran las previsiones orgánicas pertinentes tanto con relación a los órganos jurisdiccionales como a aquellos otros encargados de su aplicación. Mediante Ley n° 27.148 se dispuso su entrada en vigencia a partir del 1° de marzo del año 2016. Sin embargo, mediante Decreto de Necesidad y Urgencia n°257/2015 se modificó esta, estableciéndose que la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal de la Nación que funciona en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación juntamente con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Consejo de la Magistratura, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas debe elaborar un cronograma de implementación progresiva. En función de ello, todavía no entra en vigencia el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, sin perjuicio de que tales organismos están trabajando sobre su implementación.

Lamentablemente ni la doctrina ni los tribunales argentinos han abordado con profundidad esta temática a pesar de su trascendencia y de la escasa preocupación del legislador al momento de determinar su regulación. Por dicha razón se ha acudido a las fuentes españolas, en la medida en que también han podido ser utilizadas en función del ordenamiento jurídico argentino.

Todos los fallos citados han sido extraídos de las páginas de internet de cada organismo y los que han sido consultados en revistas, se han consignado los datos de cada una de ellas. Las principales páginas consultadas han sido www.csjn.gov.ar, www.pjn.gov.ar, www.corteidh.or.cr, www.poderjudicial.es, www.tribunalconstitucional.es, www.cejil.org y www.jus.mendoza.gov.ar.

Capítulo I

EL IMPUTADO

I. Concepto

Como hicimos referencia en las páginas precedentes, el proceso penal tiene como uno de sus fines esenciales la búsqueda de la reconstrucción de un hecho histórico cuyo acaecimiento debe probarse y, en la prueba de este acaecimiento, también debe determinarse si ese hecho puede atribuirse a una persona en particular.

Sin embargo, para poder afirmar que el proceso penal se ha desarrollado en debida forma, es necesario la intervención de tres sujetos esenciales: el Tribunal, el acusador y el imputado. Asimismo, en el marco de este proceso, se deben conjugar y armonizar el interés de la sociedad en que se sancione al responsable de un hecho delictivo y el interés del imputado como sujeto de derechos.

Así, al aludir al imputado, estamos haciendo referencia al sujeto contra el cual se hace valer la pretensión penal dentro del proceso. La palabra imputar deriva del latín *imputare* y, conforme la Real Academia Española¹⁰, se dice de una persona contra quien se dirige un proceso penal. Por lo tanto, el imputado – según la lengua española-, es la persona que se encuentra sometida a un proceso penal¹¹.

¹⁰ Diccionario de la Lengua española, Real Academia Española, 23ª edición, 2015, en www.rae.es, (fecha de visita 03/04/14).

¹¹ En la antigüedad la denominación utilizada era la de reo, pero la misma tiene una connotación sustancial que equivale a culpable por el hecho.

De tal forma, cuando hablamos del proceso penal, decimos que el imputado es el sujeto esencial de la relación procesal, a quien afecta la pretensión jurídico-penal deducida en el proceso¹². Su posición es pasiva con respecto al objeto del proceso, ya que deberá ser la acusación quien destruya su estado jurídico de inocencia, si bien, tiene el derecho de resistir la pretensión que se dirige en su contra. En este sentido, se garantiza al imputado tanto la defensa material como la defensa técnica para que las pueda hacer valer dentro del proceso penal.

Existen también otros vocablos que se utilizan para designar al imputado tales como sospechoso, investigado, procesado, acusado o finalmente condenado; pero dichos conceptos se utilizan para designar la situación del imputado en un momento determinado del proceso¹³.

A pesar de ello, como bien sostiene Jauchen¹⁴, más allá de estas precisiones técnicas en cuanto a la designación del sujeto según la etapa procesal en la cual se encuentra, lo cierto es que la persona que es desde un inicio sindicada como sospechosa, y hasta que se dicta una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, tiene en puridad la calidad de imputado y ésta terminología genérica utilizada, tanto por la doctrina como por la legislación procesal argentina, permite englobar todas las anteriores.

¹² Vid., entre otros, VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1981, Tomo II, p.335. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ediar, Córdoba, 1962, Tomo II, p.375.

¹³ Se considera sospechoso en la etapa inicial del proceso cuando existen elementos bastante de sospecha para efectuar una imputación; procesado cuando se ha dictado contra dicha persona auto de procesamiento definiendo provisoriamente su situación procesal; en tanto que al referirse al acusado se está aludiendo a la persona contra la cual se ha formulado una acusación que permite pasar a la etapa del juicio oral. Sin embargo, tanto en la legislación federal como en el proceso de Mendoza, al encontrarse la investigación en manos del Ministerio Público la calidad de procesado ha desaparecido, ya que también ha desaparecido el auto de procesamiento. Así, podemos afirmar que las acepciones correctas en estricto sentido legal, conforme al ordenamiento argentino, serían las de sospechoso, imputado y acusado antes de llegar a la etapa de sentencia en la cual podría eventualmente pasar a denominarse condenado.

¹⁴ JAUCHEN, Eduardo, *Derechos del imputado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p.16.

Ahora bien, no en todas las legislaciones se utiliza el término imputado. Resulta importante destacar *v. gr.* la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, pues mediante Ley Orgánica 13/2015¹⁵, se sustituyó el término imputado por investigado o encausado –según la etapa procesal que corresponda-, en todo el ordenamiento procesal. Las razones de dicha reforma surgen del Preámbulo, donde se afirmó que se convocó a la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, cuyas recomendaciones fueron tenidas en cuenta, entre ellas, “[...] la necesidad de evitar la connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal. La reforma ha hecho suyas esas conclusiones. Y así, el primero de esos términos servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; mientras que con el término encausado se designará de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto”.

Este cambio terminológico, en modo alguno significa, una modificación de los derechos que asisten al sujeto pasivo del proceso o que, en base a dicho cambio, se requieran menos elementos que permitan llegar a una imputación. En otras palabras, para poder adquirir la calidad de investigado será necesario que existan indicios serios y racionales de la comisión de un hecho delictivo que habilite la iniciación de la persecución penal en su contra.

Resulta indudable que la reforma introducida en la LECrim permite una mayor precisión en el uso del lenguaje y, como consecuencia de ello, un reconocimiento claro y preciso de la situación procesal en que se encuentra la

¹⁵ LO 13/2015, de 5 de octubre, http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725 (fecha de visita, 08/10/15)

persona sometida a proceso con las consecuencias jurídicas que acarrea. Así como se dejó de utilizar la palabra “reo” por su connotación sustancial, igualmente consideramos que resulta apropiada la sustitución de imputado por investigado para la primera etapa del proceso, esto es, la investigación penal preparatoria.

Sin embargo, y a pesar de reconocer el valor de una utilización adecuada de la terminología jurídica, como lo hace el legislador español, lo cierto es que en la legislación argentina –aun en la más moderna como es el Código Procesal Penal de la Nación-, se sigue utilizando el término imputado. Y así también lo hace la doctrina que se refiere al imputado en consonancia con la normativa procesal. Maier¹⁶ sostiene que el imputado es la persona contra la cual se va a ejercer la persecución penal, y dicha persecución se va a iniciar porque alguien lo ha señalado como autor de un hecho penalmente típico o bien como partícipe en él, señalamiento que se ha realizado ante una de las autoridades competentes para llevar a cabo esta persecución. De tal forma, el autor afirma que el concepto de imputado va a depender de dos notas fundamentales, unidas entre sí: que se individualice a la persona perseguida y se lleven a cabo los actos de persecución penal contra ella.

Siendo ello así, el señalamiento de una persona como posible autor o partícipe de un hecho delictivo debe realizarse ante un funcionario público competente para la persecución penal. En otras palabras, no basta con que se indique a una persona como autora de un delito en cualquier ámbito -como podría ser el académico o familiar- sino que es necesario que esa indicación se realice ante la policía o el Ministerio Público, quienes tienen la potestad de

¹⁶ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, Tomo II, p.188.

iniciar la persecución penal, según lo establezca el ordenamiento jurídico de que se trate¹⁷.

De tal forma, individualizada la persona contra la cual se pretende dirigir la acción penal, adquieren trascendencia los actos de persecución que se realizan contra el mismo. Esta trascendencia radica en que identificados tales actos se va a poder precisar cuando una persona adquiere la calidad de imputado y, con ello, la determinación del momento a partir del cual va a poder ejercer todos los derechos reconocidos constitucionalmente y que la ley procesal reglamenta. Dicho de otro modo, es importante saber cuándo la persona, que ha sido sindicada como autora o partícipe de un hecho delictivo, va a poder ejercer sus derechos. Si pensamos en las intervenciones corporales que en muchas ocasiones se realizan en los primeros momentos de la investigación y, algunas de esas ocasiones con cierta urgencia -como por ejemplo aquellas medidas que permiten determinar si la persona lleva dentro de su cuerpo sustancias prohibidas-, no resulta un dato menor saber cuándo la persona adquiere la calidad de imputado y, en función de ello, la posibilidad de ejercer las facultades que la ley le otorga en protección de sus derechos fundamentales.

1. Condición de imputado: momento en el cual se adquiere tal calidad

En la doctrina argentina, la determinación del momento a partir del cual el imputado adquiere tal calidad y, por lo tanto, puede comenzar a ejercer sus derechos, no fue pacífica. La academia partió del concepto de imputado como el sujeto contra el cual se dirige la acción penal, con lo cual para que una persona pudiera ser considerada parte en el proceso era necesario que el Juez de

¹⁷ Maier en su obra citada afirma la posibilidad de efectivizar la denuncia ante el Juez ya que tiene potestad de llevar adelante la persecución penal; sin embargo, hoy es posible sostener tal aseveración solo en el ámbito nacional. En efecto, en el sistema procesal de Mendoza el Juez no puede llevar a cabo la persecución penal porque es el Ministerio Público el encargado de la investigación penal, sistema procesal que rige desde el año 2004.

Instrucción lo considerara sospechoso como autor o partícipe del hecho delictivo y, en consecuencia, lo citara a prestar declaración indagatoria. Es decir, que antes de ser llamado a prestar declaración indagatoria, el sospechado o denunciado no tenía posibilidad de ejercer ninguno de sus derechos, tales como designar un defensor o proponer medidas probatorias o inhibir la persecución planteando las debidas excepciones.

Fue la ley procesal¹⁸ quien puso fin a tal iniquidad en el sentido de determinar el momento inicial a partir del cual el sospechoso puede ejercer sus derechos. Así, la legislación procesal mendocina¹⁹ ha establecido que desde el primer momento en que una persona es señalada como posible autor o partícipe de un hecho delictivo ante alguna de las autoridades encargadas por la ley de la persecución penal, va a poder ejercer sus derechos. En otras palabras, basta el señalamiento que se realice de esa persona ante cualquier autoridad competente para que la misma pueda comenzar a ejercer sus derechos, aún antes de que el Ministerio Público decida proceder a su imputación²⁰.

¹⁸ La primera legislación procesal que lo determinó fue el Código de la Provincia de Córdoba, sancionado en el año 1939, y lo siguieron el resto de las provincias. En la actualidad la mayoría de los códigos procesales modernos establecen una regulación similar que garantiza los derechos del imputado. Maier considera que la legislación cordobesa estableció una definición práctica que luego siguieron, y quizá mejoraron –por su mayor grado de abstracción–, todos los códigos de esa corriente legislativa, hoy absolutamente predominante. (MAIER, Julio, *Derecho Procesal...*, op.cit., Tomo II, p.192)

¹⁹ Art.7 CPPMza: Garantía para el imputado- Defensa técnica “Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que para su defensa consagran las leyes, la Constitución de la Provincia de Mendoza y de la Nación Argentina.

Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará el Defensor de Pobres y Ausentes.

Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible partícipe o autor de un hecho punible.”

²⁰ Art. 271 CPPMza: Imputación- Obligaciones para con el imputado “Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el Fiscal de Instrucción procederá a efectuarle formalmente la imputación del hecho que se le atribuye. Si estuviere detenida, a más tardar en el término de 24 horas desde que fue puesta a su disposición, deberá procederse en tal sentido.

Este plazo podrá prorrogarse por otro tanto cuando el Fiscal de Instrucción no hubiera podido efectuar la imputación o cuando lo pidiera el imputado para elegir defensor.

Si en el proceso hubiere varios imputados detenidos, dicho término se computará con respecto a la primera imputación, y las otras se realizarán sucesivamente y sin tardanza.

A continuación se informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra, que puede declarar si fuese su voluntad, y que puede requerir la

Así las cosas, al otorgarse la calidad de imputado desde ese señalamiento inicial se le permite al individuo poder hacer uso de todos los derechos que tanto la Constitución Nacional como los Tratados Internacionales de Derechos Humanos reconocen durante el desarrollo de un proceso penal. En palabras de Vélez Mariconde “[...] se reconocerá que es inviolable la defensa de toda persona sospechada de criminalidad en cualquier acto inicial del procedimiento, sin necesidad de que el Juez de Instrucción formule declaración o emita orden alguna en su contra”²¹. Llega a afirmar el autor que, incluso la querrela y la denuncia, hacen surgir la condición de imputado permitiendo el ejercicio del derecho de defensa, razón por la cual se le debería recibir declaración en el caso que éste así lo solicitare, toda vez que constituye el acto de defensa material por excelencia del proceso²².

En el ámbito nacional, el Código Procesal fue modificado en el año 2014 y, si bien aún no se encuentra vigente, se adopta un sistema de enjuiciamiento acusatorio adversarial, dejando de lado el procedimiento mixto²³. La nueva

presencia de un defensor a los fines del mejor ejercicio de sus derechos. Se labrará un acta que suscribirán los presentes dejándose constancia si el imputado y/o su defensor se rehusaren a suscribirla, consignándose el motivo.

En el mismo acto y bajo pena de nulidad el imputado deberá ser informado de los dispuesto por los artículos 26, 30, 359 y 418.

Deberá permitirse la consulta reservada del imputado con su defensor cuando cualquiera de ellos lo requieran y en cualquier momento del acto.”

Los artículos citados en la norma transcrita hacen referencia a la posibilidad de solicitar procedimientos abreviados o criterios de oportunidad

²¹ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal...*, op.cit., Tomo II, p.337. Vélez Mariconde fue el autor del proyecto del Código Procesal de Córdoba sancionado en el año 1939 que estableció un sistema de enjuiciamiento mixto, de allí su referencia al Juez de Instrucción.

²² En el derecho procesal argentino, la declaración del imputado es considerada como acto de defensa material y no como un medio de prueba. Ello no impide que la declaración sea fuente de prueba, e incluso, sus dichos puedan ser confrontados con el resto del material probatorio, pero tal circunstancia no exime al acusador de reunir los elementos probatorios de cargo que permitan sostener la acusación y, eventualmente, lograr el convencimiento del Tribunal decisor respecto de la responsabilidad penal del imputado. En este mismo sentido, afirma Ferrajoli que “[...] en el modelo garantista del proceso acusatorio, informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse.” (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón- Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, p.608)

²³ En el orden nacional rigió un sistema de enjuiciamiento escrito hasta el año 1991 en que se adoptó un procedimiento mixto, el cual rige hasta la actualidad, sin perjuicio de la sanción del nuevo ordenamiento

legislación procesal regula una investigación desformalizada en manos del Ministerio Público, quien una vez que toma conocimiento de un hecho con características de delito debe, en un plazo de quince días, resolver si formaliza o no la investigación preparatoria²⁴. Sin embargo, los derechos del imputado se encuentran garantizados desde el momento en que el Ministerio Público toma conocimiento de la denuncia y así lo ha regulado la normativa procesal²⁵.

Si bien el acto de formalización es donde el imputado toma conocimiento de los hechos de los cuales se le acusa y también los elementos probatorios con que cuenta el Ministerio Público, es posible que en el plazo de quince días el

procesal, el cual todavía no entra en vigencia. Sin embargo, en las provincias, las corrientes reformadoras comenzaron en el año 1939, instaurando un sistema mixto hasta la década del noventa, cuando las reformas se centraron en establecer sistemas acusatorios. En la actualidad, en todas las provincias se han implementado sistemas acusatorios, otorgando al Ministerio Fiscal la facultad de dirigir la investigación penal preparatoria. Algunas provincias como Neuquén y Chubut también han adoptado un procedimiento adversarial. No es objeto de esta investigación el análisis de este sistema pero, como sostiene Gómez Colomer, adversarial “[...] significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de aportar los hechos, así como la responsabilidad de desarrollar los aspectos legales que los fundamenten interpretándolos de la manera más favorable a los intereses del Estado/Gobierno (Ministerio Público) o del acusado (abogado defensor); mientras que el acusatorio significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, principalmente es el Ministerio Fiscal tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado. En este juego, la posición del Juez (con el jurado) es proceder imparcialmente en el desarrollo del proceso, observando sin inmiscuirse en la contienda tal y como es planteada por las partes, en una aplicación contradictoria al cien por cien de la dialéctica procesal entre ellas, dictando finalmente una sentencia justa” (GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal adversarial- Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio*, Ed. Ubijus, México, 2012, p.22).

²⁴ Art.215 CPPNación: Valoración inicial “Recibida una denuncia, querrela, actuaciones de prevención o promovida una investigación preliminar de oficio, el representante del Ministerio Público Fiscal formará un legajo de investigación, en el que deberá constar una sucinta descripción de los hechos, situándolos en tiempo y lugar, y deberá adoptar o proponer en el plazo de QUINCE (15) días algunas de las siguientes decisiones:

- a) la desestimación de la instancia por inexistencia de delito;
- b) el archivo;
- c) la aplicación de un criterio de oportunidad o disponibilidad;
- d) iniciar la investigación previa a la formalización;
- e) formalización de la investigación;
- f) la aplicación de alguno de los procedimientos especiales previstos en este Código.”

Art. 221 CPPNación: Concepto “La formalización de la investigación preparatoria es el acto por el cual el representante del Ministerio Público Fiscal comunica en audiencia al imputado, en presencia del juez, el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica, su grado de participación y los elementos de prueba con que cuenta. A partir de este momento comenzará a correr el plazo de duración del proceso.”

²⁵ Art.6 CPPNación: Defensa “El derecho de defensa es inviolable e irrenunciable y puede ejercerse libremente desde el inicio del proceso hasta el fin de la ejecución la sentencia. El imputado tiene derecho a defenderse por sí, a elegir un abogado de su confianza o a que se le designe un defensor público. Los derechos y facultades del imputado pueden ser ejercidos directamente por éste o por su defensor indistintamente. En caso de colisión primará la voluntad del imputado, expresada clara y libremente.”

Fiscal de Instrucción resuelva no formalizar la investigación, sino iniciar una investigación previa a la misma. Esta investigación puede durar un plazo de noventa días durante los cuales se podrán practicar las medidas probatorias que considera pertinentes a fin de poder realizar la formalización de la investigación²⁶.

Pero aun en este supuesto, es decir, antes de la audiencia de formalización de la investigación preparatoria, el Ministerio Público tiene la obligación de comunicarle al imputado tanto la existencia de la investigación como así también los derechos que le asisten, fundamentalmente el derecho de designar un abogado de su confianza, o en su defecto, el Defensor Público. De tal forma, incluso cuando el Fiscal de Instrucción no formalice la investigación que está realizando y requiera más tiempo para iniciar formalmente el proceso, no puede hacerlo a espaldas de la persona sospechada²⁷.

Sin embargo, la legislación avanza en la protección de los derechos, pues no sólo basta con esta comunicación inicial, sino que incluso el imputado, en cualquier momento de esta investigación previa a la formalización, puede

²⁶ Art.220 CPPNación: Investigación previa a la formalización. “Iniciada la investigación previa a la formalización, el representante del Ministerio Público Fiscal podrá realizar las medidas probatorias que considere pertinentes con miras a satisfacer los requisitos de la formalización de la investigación. Cuando el posible autor estuviere individualizado, el representante del Ministerio Público fiscal deberá comunicarle la existencia de la investigación haciéndole saber los derechos que este Código le otorga, entre ellos el de designar abogado particular, o en su defecto, un Defensor Público a los fines del control previsto en el art.223.

En el caso previsto en el párrafo anterior, el plazo para la formalización de la investigación no podrá exceder de los NOVENTA (90) días, prorrogables por el mismo término ante el juez de garantías en audiencia unilateral.

El representante del Ministerio Público Fiscal podrá solicitar al juez de garantías en audiencia unilateral continuar con la investigación previa a la formalización, sin comunicación al afectado, cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de las diligencias probatorias pendientes permitieren presumir que la falta de comunicación resulta indispensable para su éxito.”

²⁷ Sin embargo, como surge del artículo 220 transcripto en la nota anterior, la norma procesal establece una excepción para efectuar esta comunicación, y es cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la investigación de las diligencias probatorias pendientes, permitieren presumir que la falta de comunicación resulta indispensable para su éxito. Sin embargo, esta decisión, por afectar derechos fundamentales, no puede tomarla el Ministerio Público, sino que debe solicitar al Juez de Garantías, en una audiencia unilateral, continuar con esta investigación previa a la formalización sin comunicarlo al afectado para evitar el fracaso de la investigación.

solicitar información al Agente Fiscal²⁸ tanto sobre los hechos que investiga como así también las diligencias practicadas y las que tenga previsto practicar²⁹. Como vemos, es suficiente la primera actuación del Ministerio Público para que el sospechado adquiera la calidad de imputado y se encuentre habilitado para intervenir válidamente en el proceso, aun en el supuesto que el representante del Ministerio Público no haya formalizado la investigación preparatoria.

Como puede colegirse, en las legislaciones procesales de Argentina, tanto a nivel nacional como provincial, cualquier persona que es señalada ante la autoridad como posible autora o partícipe de un hecho delictivo puede ejercer los derechos reconocidos constitucionalmente desde el primer señalamiento. Además, no se requiere ningún acto formal de imputación para adquirir la calidad de imputado, lo cual permite mayor protección de sus derechos en el proceso. Como bien afirma Jauchen³⁰ cualquier acto imputativo inicial que permita señalar a una persona como autor, partícipe o instigador de un hecho con características de delito, permite que esa persona adquiera legitimidad y facultades para ejercer todos los derechos y hacer valer todas las garantías que se le reconocen durante el desarrollo del proceso penal.

En otras palabras, los ordenamientos procesales garantizan en forma amplia los derechos del imputado puesto que se le permite el ejercicio de los mismos desde el primer acto del procedimiento de cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible partícipe o autor de un hecho delictivo.

²⁸ En la legislación procesal argentina se denomina Fiscal de Instrucción o Agente Fiscal a quien tiene a su cargo la dirección de la fase de investigación penal preparatoria. En tanto que el Fiscal de Cámara en lo Criminal interviene en la etapa del juicio oral.

²⁹ Art.223 CPPNación: Control judicial anterior a la formalización de la investigación preparatoria “Previo a la formalización de la investigación, el imputado o la víctima que hubiere solicitado constituirse en parte querellante, podrán pedir al fiscal información sobre los hechos que fueran objeto de la investigación, así como sobre las diligencias practicadas y las pendientes de ejecución. En caso de que el representante del Ministerio Público Fiscal se opusiere al pedido podrán solicitarlo al juez, quien resolverá en audiencia luego de oír por separado a las partes. En esta oportunidad, el juez podrá establecer el plazo en el que el representante del Ministerio Público Fiscal deberá formalizar la investigación.”

³⁰ JAUCHEN, Eduardo, *Derechos del imputado*, op.cit., p.15.

Con lo cual, basta que exista la mera posibilidad de que una persona aparezca como sospechosa de tener vinculación con un hecho delictivo para que la autoridad interviniente le garantice el ejercicio de sus derechos, no siendo necesaria ninguna ponderación del órgano instructor, ya que va a poder presentarse aun cuando dicho órgano no lo haya convocado.

En este sentido, sostiene Coussirat que al referirse la ley a la persona que aparece como señalada como autor o partícipe de un delito, significa que “[...] desde el mismo momento que la actividad procesal o el acto inicial se lleva a cabo teniendo ya datos de una persona determinada, es necesario anoticiarla de sus derechos. El término utilizado por la norma es lo suficientemente expresivo como para no exigir que se trate de lo que técnicamente se denomina imputado, bastando en realidad que exista la menor sospecha para que ya pueda estimarse que la persona ha sido señalada”³¹. Entiende este autor que, si bien es una interpretación rígida, es la única que permite garantizar, desde los actos iniciales de la investigación, verdaderamente el derecho de defensa. Por este motivo, la ley habla de “posible” partícipe o autor³² porque dicha expresión resulta mucho más amplia que hablar de un probable autor. En efecto, para poder referirnos a un probable autor es necesario contar con mayores elementos de sospecha que si nos referimos solamente a un posible autor, lo cual nos indica que la intención de la norma es utilizar una expresión que permita englobar dentro de la misma, la mayor generalidad posible de sujetos que puedan ejercitar válidamente sus derechos.

Ello resulta coincidente con la posición asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* resolvió que “[...] *ahora bien, el derecho de defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible*

³¹ COUSSIRAT, Jorge A., *Código Procesal comentado de la Provincia de Mendoza* (Dir. Jorge Coussirat), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, Tomo I, p.48.

³² *Vid.* art. 7 CPPMza transcripto en nota 19.

autor o participe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho de defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado se encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo³³. Se agrega asimismo que [1]a transición entre “investigado” y “acusado” –y en ocasiones incluso “condenado”- puede producirse de un momento a otro. No puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada o que –como en el presente caso- se encuentre privada de la libertad para proporcionarle la información de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa³⁴.

Igual dirección ha tomado la jurisprudencia argentina. Así la Cámara Nacional de Casación Penal ha resuelto que [...] *para revestir la calidad de imputado y ejercer o hacer valer los derechos que el código procesal penal le acuerda basta que una persona sea indicada de cualquier forma como participe de un hecho delictuoso. Máxime cuando resulta suficiente con que una persona*

³³ Este caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de Venezuela por el proceso penal llevado a cabo contra Barreto Leiva considerando que se había violado el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, el derecho a ser asistido por un defensor de su confianza, el derecho a recurrir el fallo y el derecho a la libertad personal y a no ser sometido a una detención arbitraria. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párrs. 29 y 46.

³⁴ *Ibidem*

*se le hubiera iniciado o esté por iniciarse un proceso para que pueda presentarse espontáneamente ante el juez competente a fin de declarar. Es decir, no hace falta ser sujeto de un acto procesal judicial para hacer valer los derechos que el ordenamiento adjetivo le acuerda al imputado*³⁵.

De tal forma, si a raíz del señalamiento de una persona como autor o partícipe de un delito se origina cualquier acto de naturaleza investigativa o de aseguramiento de prueba, deberá la autoridad interviniente poner al sindicado en situación de defenderse haciéndole conocer sus derechos. Y ello es así porque ya siendo sindicado ante cualquier autoridad con facultad persecutoria, se adquiere la calidad de imputado, calidad que se mantiene hasta que culmina en forma definitiva e irrevocable el proceso mediante una sentencia condenatoria o una sentencia absolutoria³⁶.

2. Breve referencia al Derecho español

Esta preocupación por garantizar el derecho de defensa de la persona sometida a proceso desde el primer momento de la iniciación del mismo, no es privativa de los ordenamientos argentinos, igual desvelo encontramos en el derecho español.

Así las cosas, en una ligera aproximación, y sin pretender realizar un análisis exhaustivo que nos desvíe del objeto de este estudio, podemos afirmar que la Constitución española reconoce en el artículo 24³⁷ el derecho de defensa como un derecho fundamental que no puede ser ignorado por ningún poder

³⁵ CNCP, Sala IV, “P., H.D. s/recurso de casación”, 08/07/11.

³⁶ A partir del momento en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, el imputado adquiere la calidad de condenado, o bien pierde la calidad de imputado en virtud de una sentencia absolutoria.

³⁷ Art. 24.1 CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

público. En consonancia con ello, la legislación procesal determina el momento a partir del cual, la persona sometida a proceso, podrá ejercer ese derecho fundamental, tal como se desprende del artículo 118 LECrim³⁸.

³⁸ Art.118 LECrim: “1. Toda persona a quien se impute un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora justificada, de los siguientes derechos:

- a) Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa.
- b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.
- c) Derecho de actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley.
- d) Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 527.
- e) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.
- f) Derecho a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127.
- g) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.
- h) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

La información a que se refiere este apartado se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

2. El derecho de defensa se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena.

El derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 y que estará presente en todas sus declaraciones, así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos.

3. Para actuar en el proceso, las personas investigadas deberán ser representadas por procurador y defendidas por abogado, designándoles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para hacerlo.

Si no hubiesen designado procurador o abogado, se les requerirá para que lo hagan o se les nombrará de oficio si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite consejo de aquellos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.

4. Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial. Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones.

Lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria.

5 La admisión de denuncia o querrela, y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, serán puestas inmediatamente en conocimiento de los presuntamente responsables.”

En tal sentido, la norma procesal permite, a cualquier persona, ejercer sus derechos desde que se le comunique la existencia de actuaciones en las cuales se le atribuye un hecho delictivo, o desde que haya sido objeto de una detención u otra medida cautelar o se haya dictado su procesamiento. De tal forma, desde la atribución del hecho punible investigado que lo señala como posible autor o partícipe de un hecho delictivo hasta la extinción de la pena, podrá ejercer sus derechos.

Como bien afirma Gimeno Sendra³⁹, la LECrim permite el ejercicio del derecho de defensa desde que se produce la imputación de una persona por cualquier órgano público de persecución penal, sea por la policía, por el Ministerio Fiscal o por el Juez, una vez iniciado el proceso penal, con independencia de la situación personal del imputado, y aunque éste no se encuentre detenido.

Armenta Deu⁴⁰, por su parte, sostiene que cuando hacemos referencia a imputar estamos significando la atribución a una persona de la comisión de un hecho con características de delito. Considera que, si entendemos tal atribución en un sentido amplio, vamos a encontrarnos que en el proceso penal existen muchos actos que materialmente significan imputación, toda vez que su ejecución presupone que se considera a esa persona como sospechosa o responsable de una conducta delictiva, como por ejemplo cuando se lleva a cabo una detención policial.

En este mismo sentido, Duart Albiol⁴¹ refiere que una vez que el Juez de Instrucción realiza una ponderación de la verosimilitud de la imputación—cualquiera sea su procedencia— de un hecho punible contra persona determinada,

³⁹ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2013, p.140.

⁴⁰ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp.195 y ss.

⁴¹ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, Ed. Bosch, España, 2014, pp.173 y ss.

debe ponerle en conocimiento de forma inmediata al sospechoso dicha imputación –salvo incomunicación o secreto sumarial-, y permitirle o proporcionarle asistencia letrada. Y justamente esa atribución del hecho punible es lo que va a permitir el ejercicio de todos sus derechos.

A la misma conclusión llega Soletto Muñoz⁴² quien considera que, en cualquiera de los procedimientos previstos en el sistema de enjuiciamiento español, las consecuencias de la atribución de la condición de sospechoso de una persona son, por una parte, la posibilidad de iniciar el ejercicio de su derecho de defensa y, además, la necesaria delimitación del objeto de la instrucción, lo cual va a impedir que se realicen investigaciones generalizadas sobre la conducta de la persona.

El Tribunal Constitucional español en diferentes pronunciamientos se ha referido a la condición de sospechosa de una persona con la consecuente posibilidad de ejercer sus derechos. Así resolvió que *[...] como es sabido, en el proceso penal hasta la publicación de la Ley de 4 de diciembre de 1978, que redactó de nuevo el art.118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo se permitía la intervención del inculpado en las actuaciones sumariales ejercitando su derecho de defensa, desde que era sometido a la condición de procesado, pero dicha Ley, aunque de carácter preconstitucional, acomodó el proceso penal a los principios esenciales que concedía a todos los ciudadanos el art.24 de la C.E. Es decir: El derecho a obtener la tutela judicial de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión, el derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado; el derecho a ser informado de la acusación formulada y, por fin, el derecho de ser sometido a un proceso público con todas las garantías. Dicho art. 118 de la LECrim., reconoció la nueva categoría del “imputado” a toda persona a quien*

⁴² SOLETO MUÑOZ, Helena, *La identificación del imputado: Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp.17 y ss.

*se le atribuya, más o menos fundamentadamente, un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido, actuando en el procedimiento penal cualquiera que éste sea, desde que se le comunique inmediatamente la admisión de denuncia o querrela o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, o haya sido objeto de detención, o de cualquier otra medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento a cuyo efecto se le instruirá de este derecho*⁴³.

Estos conceptos fueron precisados en sentencias posteriores, resolviéndose que [...]el art. 24 de la Constitución prohíbe que el inculcado no haya podido participar en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se “haya fraguado a sus espaldas”, de forma que el objetivo y la finalidad del art. 118 LECrim reside en informar al acusado acerca de su situación para que pueda ejercitar su derecho de defensa y evitar, de esta forma, una real indefensión derivada del desconocimiento de su condición procesal. [...] Ahora bien, si las leyes procesales han reconocido, y este Tribunal recordado, la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho de defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión (SSTC 44/1985, 135/1989 y 273/1993)⁴⁴.

El Alto Tribunal exige a los jueces una decisión con la mayor prontitud posible a fin de evitar situaciones de indefensión, afirmando que [...] entre las garantías que incluye el art.24 de la Constitución para todo proceso penal destacan, por ser principios consustanciales al proceso, los principios de contradicción e igualdad. Según constante y reiterada doctrina de este Tribunal –entre otras muchas, SSTC 76/1982, 118/1984, 27/1985, 109/1985, 47/1987,

⁴³ STC 44/1985 de 22 de marzo, FJ 3.

⁴⁴ STC 174/2001 de 26 de julio, FJ 4.

155/1988 y 66/1989-, el art. 24 de la Constitución, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado entre otros, los citados principios de contradicción e igualdad, garantizando el libre acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, más o menos, fundadamente un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputada, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aún en la fase de instrucción judicial, situaciones de indefensión (SSTC 44/1985 y 135/1989). Por ello, tan pronto como el Juez instructor, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible cuya participación se le atribuye para permitir su autodefensa, ya que el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción⁴⁵.

En este sentido, afirma Huertas Martín⁴⁶ que, en resguardo del derecho de defensa, incluso en las investigaciones preliminares o pre-procesales, se requiere que se haga conocer al sospechoso –de modo claro y preciso-, las diligencias que se siguen en su contra, las consecuencias que pueden derivarse y los derechos que le asisten. Así, desde los primeros momentos de la investigación, se verán salvaguardados los derechos de las personas que se van a ver afectadas por el proceso penal. El planteamiento de Huertas Martín no resulta desacertado ya que -como bien sostiene-, muchas veces esa persona no sólo va a ser eventualmente parte de un proceso penal, sino que incluso puede ser objeto de dichas investigaciones como, por ejemplo, cuando se procede a realizar un examen de alcoholemia. Siendo así, debe brindarse la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa.

⁴⁵ STC 186/1990 de 15 de noviembre, FJ 5.

⁴⁶ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1999, p.214 y ss.

3. Síntesis

Como puede colegirse de todo lo hasta aquí expuesto, ya sea que se lo llame imputado o investigado, con tales vocablos nos estamos refiriendo a la persona contra la cual se dirige la persecución penal estatal. Asimismo, y teniendo en cuenta justamente que éste poder de persecución, constituye el mayor poder coercitivo del Estado, la legislación –en consonancia con todas las Convenciones Internacionales de Protección de Derechos Humanos y Pactos Internacionales de Derechos Humanos-, reconoce al imputado la facultad de ejercer todos los derechos que le corresponden desde el primer momento en que adquiere dicha calidad.

En el caso de la legislación argentina, se considera dicho momento a partir de cualquier señalamiento de una persona como autora o partícipe de un hecho presuntamente delictivo ante la autoridad competente. Ello implica –tal como lo ha puesto de resalto tanto la doctrina como la jurisprudencia-, que no resulta necesario que se lleve a cabo ningún acto judicial o jurisdiccional para que pueda ejercer válidamente sus derechos, pudiendo hacerlo aun antes de cualquier valoración o ponderación judicial y ello es así, justamente, por su reconocimiento como sujeto de derechos en el proceso penal.

En otras palabras, si cualquier persona toma conocimiento de la existencia de una denuncia formulada en su contra o que el órgano judicial competente ha iniciado una investigación, aun de oficio, que lo involucra, puede presentarse ante la autoridad interviniente a fin poder ejercitar todos los derechos que le asisten. Y, si bien deberá tenerse en cuenta también el interés social en el adecuado ejercicio del *ius puniendi* por parte de los órganos estatales, ello no podrá significar la negación de los derechos del sujeto pasivo del proceso.

II. Situación jurídica

1. Antecedentes históricos

Hoy en día es posible afirmar de manera general que, en todo Estado de Derecho, cuando una persona adquiere la calidad de imputada se encuentra en condiciones de ejercitar todos los derechos que posee y que los ordenamientos constitucionales les reconoce. Sin embargo, esta afirmación no siempre ha sido realidad a lo largo de la historia ya que ha habido momentos en los cuales el imputado no ha sido reconocido como un sujeto de derechos sino como un objeto de persecución⁴⁷.

Si analizamos la época de la República, tanto en Grecia como en Roma, vemos que el sistema de enjuiciamiento establecido era un sistema acusatorio. En este sistema la jurisdicción era ejercida por un Tribunal popular, siendo las características del juicio la oralidad, publicidad y contradicción pues el acusador y el acusado se encontraban en una situación de igualdad frente al tribunal y en presencia del pueblo. De tal forma, el imputado era tratado como inocente durante el procedimiento y hasta que una sentencia de condena no variara su situación, seguía teniendo esa situación jurídica.

El imputado era considerado un sujeto de derechos y, en consecuencia, se encontraba en un pie de igualdad con el acusador, pudiendo ejercer amplia y libremente todos sus derechos. Ello le permitía conocer acabadamente la acusación que se formulaba en su contra y, en función de ésta, ofrecer toda la

⁴⁷ No se pretende en este punto hacer un análisis exhaustivo de los sistemas de enjuiciamiento penal ni de la ubicación del imputado dentro de los procesos penales porque tal tarea excede ampliamente el objeto de la presente investigación. Sin embargo, entendemos que –aún en una prieta síntesis–, hacer referencia a los antecedentes históricos permite comprender la evolución que han sufrido los mismos como también valorar la importancia de aquellas transformaciones que han tenido como objetivo principal respetar la dignidad del hombre. No se puede soslayar que el poder de persecución penal es el poder estatal que en mayor medida afecta los derechos y libertades del individuo.

prueba que considerara pertinente, garantizándose el ejercicio de su derecho de defensa. Esta situación era mantenida a lo largo de todo el proceso hasta el dictado de la sentencia.

A partir del siglo XIII -sostiene Maier-⁴⁸, el procedimiento penal sufrió una transformación total. Ésta abarcó tanto los principios y puntos de partida, los fines, la estructura y las formas que regían en el proceso y la misma quedó completamente consolidada en el siglo XV, perdurando tristemente hasta el siglo XVIII. Fue a fines del mencionado siglo donde a raíz de una nueva revolución – ideológica, política y social-, se volvió a transformar el enjuiciamiento penal, dando por acabada una de las etapas más funestas en lo que al proceso penal se refiere.

En el sistema inquisitivo, el enjuiciamiento no era realizado por un tribunal popular ni se requería la presencia de un acusador, todas las funciones quedaron en manos de una sola persona, el inquisidor, quien dentro del proceso penal cumplía las funciones de investigar y juzgar. Podía iniciar la persecución oficiosamente e, incluso, a través de denuncias anónimas. Maier⁴⁹ afirma que todo el procedimiento se basaba en tres principios rectores: una investigación oficial de la verdad; el secreto de dicha investigación y su documentación en actas escritas. De forma tal que investigación, secreto y escritura se encontraban indisolublemente unidos para alcanzar las metas perseguidas por la inquisición: la represión de todos los hechos punibles para mantener la paz pública y el orden político establecido⁵⁰.

⁴⁸ MAIER, Julio, *Derecho Procesal...*, op.cit., Tomo I, pp.293 y ss.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Afirma el autor que la base del sistema político fue la concentración de todos los atributos de la soberanía –legislar, juzgar y administrar- en un poder central, el monarca, consustanciado con el mismo Estado. Igualmente hubo un notable crecimiento de la Iglesia Católica con su idea de *universitas christiana*. (MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal...*, op.cit., Tomo I, pp.288 y ss.).

El imputado dejó de ser un sujeto de derechos para transformarse en un objeto de persecución, careciendo del derecho de ejercer adecuadamente su defensa. Como bien refiere Clariá Olmedo⁵¹, el sistema inquisitivo anuló la personalidad del penalmente perseguido, cual si se produjera su “*capitis diminutio*”, a partir del momento en que existía la mera posibilidad de ser autor de un hecho que se consideraba delictivo. El proceso pasó a ser para el imputado una carga, la cual muchas veces era incluso más pesada que la propia pena que se pudiera imponer. Se ignoraron los principios de libertad y de inocencia ya que a la persona perseguida se la mantenía encarcelada desde el comienzo de la investigación y se justificaba, además, cualquier medio, incluso el más atroz, para conseguir la confesión. Toda la actividad se realizaba a espaldas del imputado y la incomunicación era la regla. Frente a ello, la posibilidad de defenderse se encontraba terriblemente limitada, dependiendo de la concesión del inquisidor. De esta forma, el imputado terminaba siendo un “convidado de piedra” en su propio proceso, generalmente privado de su libertad y sin ninguna posibilidad de influir en la decisión final, aun cuando se le permitiera el ejercicio de su defensa que, como vimos, sólo consistía en una defensa formal y totalmente ajena a los intereses del imputado.

Así, la reina de las pruebas era, sin duda, la confesión del imputado y, como era una prueba tan decisiva, no había necesidad de acudir a otras ni tampoco realizar el engorroso procedimiento de combinar indicios. Por ello, el inquisidor fue aumentando cada vez más la violencia sobre el sospechado a fin de obtener la confesión. El sistema se fue corrompiendo de tal manera que se aceptaron y legitimaron los métodos más crueles e inhumanos a fin de que el imputado reconociera el hecho que se le atribuía⁵².

⁵¹ CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal...*, op.cit., Tomo II, p.385.

⁵² Entiende Maier que la tortura, si bien derivaba políticamente del fin absoluto de averiguar la verdad como meta del procedimiento, también derivaba directamente del sistema legal de la valoración de la prueba, ya que las exigencias para reunir una prueba completa tornaron prácticamente necesaria, en todos los casos, para arribar a una condena, la confesión del imputado. De allí que, verificado un hecho punible y de existir indicios que fundaran la sospecha sobre él (prueba semiplena), el camino indicado era su

De tal forma, la situación del imputado varió absolutamente de los primigenios sistemas acusatorios. Siendo el fin del proceso el descubrimiento de la verdad real, no se tuvieron en cuenta ni razones humanitarias ni la dignidad de la persona, el imputado se transformó en objeto de la investigación y en objeto de prueba⁵³. En otras palabras, se limitó su derecho de defensa y se le negó el reconocimiento de su dignidad personal, no hubo ningún reparo en aplicar todo tipo de tormentos para alcanzar el fin del proceso penal. Se asistía a la negación del imputado como persona y, con ello, al del respeto de su dignidad por condición humana.

Este sistema se mantuvo durante varios siglos hasta el advenimiento del iluminismo y las nuevas ideas que culminaron con la Revolución Francesa de 1789. Refiere Sáez Capel que “[l]a Ilustración fue la hija y también la madre de una de las revoluciones más profundas de la historia, la igualdad junto a la libertad y la tolerancia (fraternidad) con las que se construye el Estado moderno (Republicano y laico), en el que primó la voluntad social por sobre la voluntad del ciudadano”⁵⁴. Así la Revolución de 1789 tuvo una gran importancia

propia confesión voluntaria o su sometimiento a los tormentos (MAIER, Julio, *Derecho Procesal...*, op.cit., Tomo I, pp.293 y ss).

⁵³ Buena cuenta de ello podemos encontrarlo en el *Manual de Inquisidores para uso de las Inquisiciones de España y Portugal, o Compendio de la obra intitulada Directorio de Inquisidores*, De Nicolao Eymerico Inquisidor general de Aragón, traducida por Don J. Marchena, publicada en Francia en 1821. Así el Capítulo III se refiere al interrogatorio del reo estableciéndose en primer lugar que debe ser juramentado ante Dios y una cruz de que dirá toda la verdad de lo que le fuera preguntado, aunque sea en perjuicio propio. También se regulan distintos métodos o argucias a fin de que confiese. En el Capítulo IV se regula lo atinente a la defensa del reo disponiéndose que, si el acusado confiesa el delito por el cual fue preso por la inquisición, es inútil otorgarle defensa. El abogado debe ser un varón justo, docto y celador de la fe, lo designa el inquisidor, quien le toma de juramento de defender al reo conforme a la verdad y el derecho y de guardar inviolable secreto de cuanto viere y oyere. El reo sólo podrá comunicarse con su defensor en presencia del inquisidor. Sin embargo, se trata sólo de un defensa formal ya que se establece que el principal esmero del defensor será exhortar a su cliente a declarar la verdad y pedir perdón de su delito si fuera culpado, situación que ocurría en todas las oportunidades. El Capítulo V regula todo lo atinente a la tortura, fijándose como principio general que se da tormento al reo para apremiarle a la confesión de sus delitos. Como puede colegirse, la situación del imputado como objeto de persecución penal carente de toda posibilidad de ejercer sus derechos, fue plasmada en la obra citada.

⁵⁴ SÁEZ CAPEL, José, en Estudio preliminar *De los delitos y de las penas* de Cesare Beccaria, Ed. Proa XXI, Buenos Aires, 2004, p.12. Afirma el autor en este estudio preliminar que, Beccaria en esta gran obra, no sólo se pronuncia expresamente contra las prácticas de la inquisición tales como las acusaciones secretas y la utilización de los tormentos, sino que hace una defensa de la dignidad de la persona y

civilizadora y esos derechos y garantías del hombre y del ciudadano se transformaron en una efectiva realidad que rigió la vida civilizada de la sociedad moderna.

En este contexto, la Asamblea constituyente de la Revolución no sólo plasmó estas nuevas ideas en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁵⁵, también introdujo la primera reforma del sistema de enjuiciamiento penal, cuyas principales modificaciones tendieron a asegurar la posición del imputado a fin de asegurar el adecuado ejercicio de todos sus derechos⁵⁶.

Sin embargo, la reforma no quedó solamente en esta primera legislación. Por el contrario, siguieron sucesivas leyes hasta culminar el proceso con el Código de Instrucción Criminal de 1808. Este Código sirvió de modelo para la reforma del sistema inquisitivo en toda la Europa continental y también fue

reconoce expresamente su estado jurídico de inocencia. Así afirma, en la obra citada, que un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida.

⁵⁵ Art.7 DUDHyC: “Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos determinado por la ley según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados: pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la ley debe obedecer inmediatamente: se hace culpable por la resistencia.”

Art.8 DUDHyC: “La ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.”

Art.9 DUDHyC: “Toda persona, siendo presumida inocente hasta que sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe de reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona.”

⁵⁶ Así una vez que el imputado ingresaba al proceso debía facilitársele la lectura de la denuncia y de todas las pruebas existentes; podía nombrar un defensor y si no lo hacía se le designaba uno de oficio; la declaración del imputado no podía efectuarse bajo juramento ni tampoco cabía utilizar ningún tipo de tormento; la confrontación era pública y el imputado podía ofrecer prueba en su defensa. Clariá Olmedo hace referencia a la crítica que recibieron los reformadores del siglo XVIII en cuanto a que realizaron el individualismo hasta el extremo de convertir el proceso, en primer término, en instrumento de defensa para quienes fueran perseguidos penalmente. Sin embargo, considera que la obra de ellos fue la que produjo el equilibrio de los intereses actualmente tutelados por el proceso, dejando de lado los abusos del sistema inquisitivo y toda la evolución que tuvo el proceso penal desde aquella época a la actualidad, lo demuestran acabadamente. (CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal...*, op.cit., Tomo II, pp.385 y ss.) Coincide Maier afirmando que, sin dudas, existieron dificultades en su aplicación, pero a pesar de las críticas de estas primeras reformas, lo cierto es que significaron el fin de la Inquisición en Francia y un hito revolucionario inicial en materia de enjuiciamiento penal para toda la Europa continental (MAIER, Julio, *Derecho Procesal...*, op.cit., Tomo I, pp.345 y ss.)

receptado, con posterioridad, por algunas las legislaciones procesales en Argentina. Si bien en el Código francés el imputado no tuvo durante el desarrollo del procedimiento el mismo tratamiento, pues durante la instrucción se vieron recortados sus derechos⁵⁷, los cuales podía ejercer con absoluta plenitud en la etapa del juicio que era oral, público y contradictorio, lo cierto es que se puede sostener que el imputado dejó de ser un objeto de persecución para transformarse en un sujeto de derechos. La defensa dejó de estar al servicio de la inquisición y el defensor volvió a adquirir el rol de proteger y defender los derechos de la persona del imputado. Así volvió a resurgir la consideración de persona del imputado con el consiguiente respeto a su dignidad.

Afirma en este sentido Jauchen⁵⁸ que el imputado, finalmente y, tras haber sido durante siglos objeto de torturas, persecuciones y derramamiento de sangre, pudo adquirir nuevamente la calidad de sujeto de derecho. Esta condición trae como inmediata consecuencia: la prohibición absoluta de ejercer contra el mismo cualquier tipo de coacción física o psicológica, desapareciendo el objetivo principal del inquisidor que era la obtención de su confesión.

Todo ello, genera igualmente, la posibilidad de que el imputado tenga el pleno ejercicio del derecho de defensa, que se restrinja la utilización de la privación de libertad durante el proceso, en consideración a su estado jurídico de inocencia, que se respete el derecho a un juicio público, encontrándose en un pie de igualdad de armas con el Ministerio Fiscal, garantizándose la oralidad, inmediación y contradicción del mismo. Todos estos derechos tienen su germen en el reconocimiento de la dignidad del imputado por su sola condición del tal.

⁵⁷ En esta primera etapa existían ciertas limitaciones a su derecho de defensa, conservándose ciertos resabios inquisitivos. Se procuraba así compatibilizar el interés público por la sanción de los delitos con los derechos del imputado.

⁵⁸ JAUCHEN, Eduardo, *Derechos del imputado*, op.cit., p.24.

2. Situación actual

2.1. Imputado como sujeto de derechos

Estas reformas, logradas a partir de la Revolución Francesa se mantuvieron, con algunas variantes, latentes en las legislaciones de varios países europeos y sudamericanos. Aun cuando hoy, la tendencia en las legislaciones procesales es dejar de lado el procedimiento mixto encaminándose a procesos acusatorios formales que ponen al Ministerio Público al frente de la investigación penal preparatoria, lo cierto es que el imputado no ha perdido su condición de sujeto de derechos. Es que, si bien el proceso penal mixto permitió el ingreso del interés social como objeto de tutela indispensable durante el desarrollo del proceso, ese interés social no fue admitido en desmedro de los derechos del imputado.

En el momento actual de la doctrina y las legislaciones, en general, es indiscutible su calidad de sujeto de derechos dentro de la relación jurídico-procesal penal y esta situación está reconocida y garantizada fundamentalmente por las Constituciones de los diferentes Estados y los Tratados y Convenciones Internacionales de Protección de los Derechos Humanos.

En efecto, los principios plasmados en la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano se recogieron en las diferentes convenciones. Así tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁹, la

⁵⁹ Art. 5 DUDH: “Nadie estará sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Art. 8 DUDH: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Art. 9 DUDH: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”.

Art. 10 DUDH: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Art. 11.1 DUDH: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁰, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶¹ y la Convención Europea de Derechos Humanos⁶² establecieron las garantías judiciales que protegen a todo individuo sometido a un proceso penal, imponiendo a los Estados no sólo deberes de respeto, en el sentido

⁶⁰ Art. 5 CADH: Derecho a la Integridad Personal [...] “2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

Art. 8 CADH: Garantías Judiciales “[...] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se estableciera legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o del tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

⁶¹ Art.14 PIDCyP: “[...] 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b) a disponer de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) a ser juzgada sin dilaciones indebidas;
- d) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que la asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciese de medios suficientes para pagarlo;
- e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.
- g) a no ser obligada a declarar con sí mismo ni a confesarse culpable.”

⁶² Art. 6 CEDH: “[...] 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

A disponer del tiempo y de las facilidades para la preparación de la defensa.

A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.”

de no lesionar sus derechos, sino que también los coloca en posición de garantes de las mismas; lo que cual trae como consecuencia la posibilidad de exigirles a los Estados la obligación positiva de contribuir al desarrollo integral de dichas garantías⁶³.

Cabe decir que, hoy en día, es universalmente aceptado que todo derecho positivo, si es considerado justo, debe establecer un sistema que reconozca los derechos humanos que surgen de la dignidad de la persona. Así, este aspecto esencial del sujeto se constituye en un valor primordial de todo ordenamiento jurídico-positivo y, los derechos que le son inherentes, vienen a configurar el fundamento de tal ordenamiento.

Si no se tienen en cuenta estos valores, se corre el riesgo de instrumentalizar al individuo y de no tratarlo como persona. Las páginas precedentes que hacen referencia al sistema inquisitivo, dan buena cuenta de ello. Con todo acierto afirma Labrada Rubio⁶⁴ que, por ello, la tarea fundamental a la cual se han abocado los autores durante el siglo XX, ha sido justamente descifrar cuáles han sido las exigencias fundamentales de la dignidad del hombre, con la finalidad de juzgar la justicia o injusticia del Derecho. Agrega la autora que, la doctrina de los derechos humanos, significa una revisión que abarca tanto a la doctrina como a los principios rectores de la política de un Estado y de la política internacional que atañe a todos ellos. Incluye también a la actividad desarrollada por los tribunales nacionales e internacionales con el fin de determinar el contenido mínimo de los derechos esenciales de la persona humana. Lleva razón, y lo demuestra el hecho de que la universalización del concepto, ha hecho posible

⁶³ Así la CADH dispone en su art. 1.1 que “[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”. Disposición similar encontramos en el PIDCyP en su artículo 2.

⁶⁴ LABRADA RUBIO, Valle, “La dignidad del hombre y el ejercicio de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, volumen 11, 2000, Universidad Complutense de Madrid, <http://revistas.ucm.es>, (fecha de visita 10/11/14).

no solamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 sino todas las Convenciones y Tratados de protección a los Derechos Humanos.

Resulta entonces necesario adentrarse en el análisis del concepto de dignidad humana toda vez que será éste el límite que encontrarán los órganos estatales en el ejercicio del *ius punendi*. Aun cuando, no puede perderse de vista el interés social en la persecución y castigo de hechos delictivos que siempre alteran de un modo u otro la convivencia de toda la sociedad, lo cierto es que el Estado no puede admitir que, en el logro de tales objetivos, se desconozca la dignidad de la persona. Ninguna sociedad puede salir beneficiada cuando los órganos estatales de persecución penal desconocen la esencia del ser humano, es decir, su dignidad.

Sin embargo, llegar a determinar el contenido del concepto de dignidad no es tarea sencilla. Así Pascual Lagunas⁶⁵ afirma con razón que la dignidad de la persona, pese a estar reconocida en todas las Convenciones de Derechos Humanos y en la mayoría de las Constituciones, aún no se ha precisado su concepto porque su contenido se alimenta de teorías heterogéneas e, incluso, no pocas veces ha sido objeto de manipulación política. Llega a sostener la autora que, situándonos en el mejor de los escenarios, la consecuencia de esta indeterminación es que, en la mayoría de los casos, no existe una aplicación efectiva en la concreción de la operatoria jurídica⁶⁶.

⁶⁵ PASCUAL LAGUNAS, Eulalia, *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch Editor, Barcelona, 2009, p.27.

⁶⁶ En el mismo sentido indicado Néstor Sagüés “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, *JA* 1994-IV p.904. Según el autor la expresión “dignidad humana” no sólo es una expresión rica en contenido, sino que incluso tiene una enorme importancia ya que opera como valor, como derecho y como principio. Pero justamente por ello, no es una locución muy precisa porque cuenta con diversos contenidos, como si fuera un derecho que engloba a todos los demás, es decir, se trataría de la idea nuclear de los derechos humanos.

2.2. La dignidad como límite al poder estatal en el sistema jurídico argentino.

A pesar de las dificultades, no podemos dejar de analizar cuál es el contenido de esta locución, hoy tan utilizada, como es la dignidad. Y la importancia de ello la expusimos *supra*, el imputado es un sujeto de derechos dentro del proceso penal y, como tal, aun cuando ciertos derechos puedan ser limitados, toda actuación de los órganos estatales no podrá afectar la dignidad de la persona.

Nos dice García González⁶⁷ que, si tomamos el significado etimológico de la palabra dignidad, la misma proviene del latín *dignitas*, cuya raíz es *dignus*, que significa “excelencia”, “grandeza”, y esta dignidad que tiene cada individuo no depende de ningún factor externo porque es un valor intrínseco. Agrega el autor que es posible encontrar diversidad de posturas ideológicas en torno al concepto de dignidad; sin embargo, si nos situamos dentro del contexto de los Derechos Humanos, es posible afirmar que la dignidad constituye el valor de cada persona, es decir, el respeto mínimo de su condición de ser humano, y ese respeto mínimo, hace que la vida o la integridad no pueda ser sustituida por ningún otro valor social.

Ekmekdjian⁶⁸ hace referencia al concepto de dignidad en un sentido amplio, puesto que considera que se trata de un valor esencial que da fundamento a todos los demás valores y, como consecuencia de ello, también a todos los derechos individuales. Ahora bien, en un sentido restringido, entiende el autor que se trata del derecho de todo individuo de ser respetado por su sola condición de tal, es decir, como un ser humano con todos los atributos de su humanidad. En otras

⁶⁷ GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, *La dignidad humana: núcleo duro de los Derechos Humanos*, <http://www.unla.mx>, (fecha de visita 05/05/14).

⁶⁸ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, Tomo I, p.482.

palabras, podemos definir la dignidad como el derecho del cual goza todo hombre a ser considerado como un fin en sí mismo, y no como un medio para alcanzar otros fines, o como un instrumento en manos de otros hombres.

Coincidentemente es posible extraer una concepción similar de dignidad de las conclusiones que se presentaron en el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas en el asunto C-36/02⁶⁹. Según la Abogada General Sra. Christine Stix-Hackl [...] *la dignidad constituye la expresión del máximo respeto y valor que debe otorgarse al ser humano en virtud de su condición humana. Se trata de proteger y respetar la esencia y la naturaleza del ser humano como tal, de la sustancia del ser humano. Por tanto, en la dignidad se refleja el propio ser humano; ampara sus elementos constitutivos. Sin embargo, la cuestión de cuáles son elementos constitutivos de un ser humano remite inevitablemente a un ámbito prejurídico, es decir, en última instancia el contenido de la dignidad humana viene determinado por una determinada imagen del ser humano. Como expresión fundamental de todo aquello que ya debe corresponderle al ser humano tan sólo por su condición humana, la dignidad constituye el sustrato y punto de partida de todos los derechos humanos que se diferencian a partir de ella, y a la vez actúa como punto de vista que da perspectiva a los diferentes derechos humanos*⁷⁰.

⁶⁹ TJCE, As. C-36/02 Omega/Obergürgermeisterin der Bundesstadt Bonn. Las conclusiones presentadas por la Abogada General, Sra. Christine Stix-Hackl. el 18 de marzo de 2004, párrafos 75/76, se referían al asunto que el Tribunal de Justicia debía dilucidar y era en qué medida los órganos jurisdiccionales nacionales pueden basarse en valoraciones de su Derecho constitucional nacional para adoptar medidas que, si bien contribuyen a la protección del orden público en el respectivo Estado miembro, simultáneamente también menoscaban libertades fundamentales. El origen del litigio consistió en el orden de una autoridad gubernativa mediante la cual se prohibían los simulacros de homicidio en el marco de un juego. Esta orden de prohibición se motivó por la amenaza que suponía para el orden público, entre cuyos bienes jurídicos protegidos también se encuentra la dignidad humana. El Tribunal resolvió que *[e]l Derecho comunitario no se opone a que una actividad económica que consiste en la explotación comercial de juegos de simulación de acciones homicidas sea objeto de una medida nacional de prohibición por motivos de protección del orden público debido a que esa actividad menoscaba la dignidad humana.*

⁷⁰ *Ibidem*

Así las cosas, en esta primera aproximación, podemos advertir la trascendencia de la dignidad como límite al poder estatal. Ninguna actividad del Estado, cualquiera sea su finalidad –aun siendo actividad lícita-, va a poder sobrepasar el límite del respeto al hombre por su sola condición de tal. Y como bien refiere Cabrera Caro⁷¹, citando a Millán Puelles, la dignidad que todo hombre tiene por el hecho de serlo no está sujeta ni condicionada por los contenidos de su conducta. Dicho de otro modo, por encima de la catadura moral de una persona o de la posición jurídica que ocupe dentro de una determinada sociedad, se encuentra su dignidad y ésta no va a poder ser desconocida bajo ninguna circunstancia.

Si bien –como hicimos referencia en la introducción- en la Constitución Nacional no fue expresamente receptado el reconocimiento de la dignidad⁷², lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que la dignidad humana era uno de los derechos no enumerados de la Constitución Nacional. Así resolvió que *[n]uestra Constitución Nacional no enumera la totalidad de los derechos que ampara; coherentemente su art.33 expresa: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de Gobierno.” Entre los derechos así amparados se halla, evidentemente, el derecho a la dignidad humana. Que hace a esta dignidad que las necesidades del hombre sean satisfechas con decoro, lo que en la faz jurídica implica que la ley reconozca, en tanto su satisfacción no viole los límites del art. 19 de la*

⁷¹ CABRERA CARO, Leticia, “Autonomía y dignidad: la titularidad de los derechos”, en *Anuario de Derecho Humanos*. Nueva Época, Vol.3, (2002), p.34.

⁷² Ello no implica que no estén reconocidos o que se haya debido a un olvido de los constituyentes, sino que se consideró que no era necesario que todos los derechos estuvieran prolijamente detallados en el texto constitucional en el entendimiento que la Constitución no otorga esos derechos, sino que sólo los reconoce porque son inherentes al ser humano y existen más allá del reconocimiento del Estado. Así en el debate de la Convención Revisora de 1860, Vélez Sarsfield sostuvo que estos derechos son superiores a toda Constitución, superiores a toda ley y tan extensos que no pueden estar escritos en la Constitución. (Vid RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constitucionales Argentinas*, Ed. Peuser, 1937, Buenos Aires, Tomo IV, pp.841 y ss.).

*Constitución Nacional, es decir, que no ofendan el orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, de modo tal que puedan conducir a la realización personal, posibilidad que por otra parte es requisito de una sociedad sana*⁷³.

Considerada la dignidad humana como un derecho no enumerado dentro de la Constitución Nacional, la CSJN la ha definido como [...] *centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional*⁷⁴. En fallos posteriores, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que [...] *el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre un carácter instrumental*⁷⁵.

Sin embargo, a partir de la reforma constitucional del año 1994 se otorgan a los Tratados y Convenciones de Protección de Derechos Humanos, incorporados a la Constitución Nacional, jerarquía constitucional⁷⁶, constituyendo lo que

⁷³ CSJN Fallos 308:2268. Art.19 CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

⁷⁴ Así lo afirmó la CSJN Fallos 314:424. En dicho proceso se cuestionaba la constitucionalidad de una pena por desproporcionada y la CSJN entendió que son incompatibles con la Constitución Nacional las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que su naturaleza impone y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resultan repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana.

⁷⁵ CSJN Fallos 323:3239; 327:3753, entre otros.

⁷⁶ Art. 75CN: “Corresponde al Congreso: inc. 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanas o degradantes, la Convención sobre los derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primer parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

Bidart Campos⁷⁷ ha denominado “bloque de constitucionalidad federal”. En síntesis, toda la normativa referida a la dignidad contenida en los Tratados internacionales, pasa a formar parte de nuestra Constitución como norma expresa y, por ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema que consideraba el derecho a la dignidad como uno de los derechos no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, hoy encuentra también sustento en las disposiciones de los mencionados Tratados.

Esta referencia expresa del derecho de toda persona al reconocimiento de su dignidad por su sola condición de tal en las Convenciones de Derechos Humanos⁷⁸ ha merecido también tratamiento por parte de los Organismos Internacionales de Protección de Derechos Humanos. En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien no ha conceptualizado lo que debe entenderse por dignidad humana, lo cierto es que la ha utilizado como un principio rector que se proyecta sobre el resto de los derechos individuales.

Vinculados con el proceso penal y la situación del imputado dentro del mismo, la Corte Interamericana, desde sus primeros fallos, puso especial énfasis en el respecto de la dignidad de toda persona sometida a un proceso penal. Así en el caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras* sostuvo que *[e]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado*

⁷⁷ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ed. Ediar, 1995, Buenos Aires, Tomo VI, La reforma constitucional de 1994, p.583. Considera el autor que “[...] a partir de la reforma constitucional la cúspide suprema está integrada por normas de fuente interna y de fuente internacional que se unifican en una convergencia, que es la jerarquía compartida en un mismo nivel. De tal forma, las normas supremas estarían formadas por el texto documental y codificado de la Constitución formal más los once instrumentos internacionales consignados en el inciso 22 artículo 75 de la CN.”

⁷⁸ Art.11.1 CADH “Toda persona tiene derecho al respeto a su honra y al reconocimiento de su dignidad.”. Igual en el art.5.2 CADH transcrito en nota 59.

*pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana*⁷⁹.

En ese mismo fallo, agregó la Corte que *[l]a primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo*⁸⁰, *es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión, la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprometida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal*⁸¹.

Así las cosas y como bien refieren Bohórquez Monsalve y Aguirre Román⁸², la dignidad aparece no sólo como un derecho o un principio reconocido en los tratados internacionales sino además renace como criterio de interpretación a favor del sentido más amplio de los derechos humanos; entienden los autores

⁷⁹ Este caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de Honduras por la detención y posterior desaparición de Ángel Manfredo Velázquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr.154.

⁸⁰ Hace referencia la Corte al artículo 1.1 de la CADH que establece para los Estados los deberes fundamentales de respeto y de garantía, por lo que la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional.

⁸¹ Párr. 165. Esta jurisprudencia de la Corte se ha mantenido a lo largo de sus distintas sentencias. Así se advierte en diferentes casos tales como “Niños de la Calle (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala (sentencia de 19/11/1999); “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (sentencia de 25/11/2006), “Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia (sentencia 14/11/2014), “Espinoza González vs. Perú (sentencia de 20/11/2014), entre otros.

⁸² BOHÓRQUEZ MONSALVE, Viviana, AGUIRRE ROMÁN, Javier, “Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Sur*, Vol.6, n°.11, diciembre 2009, p.59, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24903.pdf> (fecha de visita 20/05/14).

que, apelar al respeto de la dignidad humana en la actualidad, constituye una salida positiva a favor de los derechos humanos. Esta mirada de la dignidad adquiere particular relevancia en el proceso penal, pues es allí donde se concreta el mayor poder del Estado que es el poder de coerción penal.

Como corolario, este reconocimiento de la dignidad del hombre en el proceso penal se hace patente con el reconocimiento del derecho de defensa del que goza hoy el imputado, derecho que le fue negado durante muchos siglos de la historia de la humanidad. Así sostiene Maier⁸³ que fueron, sin duda, adquisiciones del siglo XIX la afirmación del derecho de defensa para el imputado, derecho que se le reconoció aun durante la etapa de la investigación preliminar, como así también la oralidad, publicidad y continuidad del juicio penal, la prohibición de métodos cruentos durante el interrogatorio del imputado y de los órganos de prueba y la inadmisibilidad de ciertos métodos para lograr elementos de prueba. Es por ello que, en la actualidad, lo que se ha hecho es perfeccionar las regulaciones jurídicas y buscar medios de control adecuados que permitan afirmar como regla empírica, lo que en el Derecho y en la ética ya fue establecido tiempo atrás.

Si bien es cierto que pueden limitarse los derechos fundamentales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que *[...] sólo por ley podrá justificarse tal intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen.*⁸⁴

Ello implica que, aun cuando el proceso penal tiene por finalidad determinar la existencia de un hecho que resulta delictivo, los derechos del imputado deben equilibrarse con el interés social de sancionar a los responsables

⁸³ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal...*, op.cit., Tomo I, p.368.

⁸⁴ CSJN Fallos 316:479, se hace referencia a los votos de los Ministros Petracchi y Belluscio.

de la comisión de un hecho punible. De esta forma, el imputado deberá sujetarse al proceso en atención de sus fines de verdad y justicia, pero dicha sujeción no debe exceder los límites de la estricta necesidad. Su condición de sujeto de derechos impone límites al Estado en la determinación de la verdad, la cual no podrá obtenerse a cualquier costo.

2.3 La dignidad en el Derecho español

En la Constitución española –a diferencia de la Constitución argentina–, la dignidad ha sido expresamente receptada en su articulado, concretamente en el artículo 10⁸⁵ dentro del Título I que establece los derechos y deberes fundamentales. Respecto de su ubicación institucional afirma Duart Albiol⁸⁶ que, si bien la doctrina coincide en que la dignidad no es un derecho fundamental, lo cierto es que varían en sus posiciones calificándola bien como valor superior o como principio general del derecho, o principio rector supremo, o valor supremo o, por último, como principio fundamador.

Pascual Lagunas⁸⁷ analizando los distintos fallos del Tribunal Constitucional en los cuales se ha hecho referencia a la dignidad, concluye que la dignidad es a la vez estructural e instrumental. Considera que es estructural porque si se analiza el ordenamiento jurídico y el sistema político y social, es posible advertir que ambos tienen sus bases en la dignidad y ello por expresa manda constitucional. Asimismo, es instrumental porque lo que legitima el

⁸⁵ Art.10 CE: “1. 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. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” Estos tratados y acuerdos internacionales son la Declaración Universal de Derechos Humanos; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sus Protocolos adicionales 3 y 5; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Carta Social Europea; Estatuto de la Corte Penal Internacional.

⁸⁶ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.211.

⁸⁷ PASCUAL LAGUNAS, Eulalia, *Configuración jurídica de la dignidad...*, op.cit., pp.42 y ss.

ordenamiento jurídico y el sistema sirviendo además de control de los mismos, es la dignidad. De tal forma, la dignidad es un bien constitucional común y es fundamento del conjunto jerarquizado de valores. Estos valores son los que conforman la estructura política, social y legal del Estado, que se desprenden de la norma constitucional.

Coincide Huertas Martín⁸⁸ quien entiende que, por su ubicación constitucional, no aparece configurado como un derecho fundamental. Aun así, la dignidad de la persona constituye una barrera infranqueable, lo cual implica que cualquier limitación que se pretenda sobre un derecho fundamental no podrá sobrepasar dicha dignidad en tanto la misma constituye un fundamento del orden político y de la paz social, conforme se desprende del art.10.1 de la CE⁸⁹.

El Tribunal Constitucional se ha referido al tema de la dignidad en numerosos fallos. Así perfilando su contenido sostuvo que *[j]unto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionados con la dimensión moral de esta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art.10) y los derechos a la integridad física y moral (art.15), a la libertad de ideas y creencias (art.16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art.18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es 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*⁹⁰.

⁸⁸ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo del proceso...*, op.cit., pp.373 y ss.

⁸⁹ En igual sentido afirma Gil Hernández que “[l]a Constitución Española ha elevado a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, siendo un valor espiritual y moral inherente a la propia persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, llevando consigo a necesaria pretensión de respeto por parte de los demás.” (GIL HERNÁNDEZ, Ángel, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Ed. Colex, Madrid, 1995, pp.48 y ss.).

⁹⁰ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8.

También afirma el Tribunal Constitucional la función que cumple como límite en cuanto a la limitación de los demás derechos, afirmando que [...] *la regla del art.10.1 C.E., proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona, aunque sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser tomada en consideración por este Tribunal como referente (STC 120,1990, fundamento jurídico 4º)*⁹¹.

2.4 Síntesis

Podemos sostener entonces, sin hesitación alguna, que el principio rector que rige en la actualidad, la situación jurídica del imputado dentro del proceso penal, es el respeto a su dignidad. El Estado puede ejercer su poder de coerción penal en resguardo del derecho del resto de la sociedad para que no se menoscaben sus bienes jurídicos, pero ese poder de coerción va a encontrar como límite infranqueable al ser humano y la protección de su dignidad.

Así lo pone de manifiesto Muñoz Conde⁹² al sostener que “[...] el proceso penal de un Estado de Derecho no solamente debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe entender la

⁹¹ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3.A. Esta referencia a la dignidad se reitera en Sentencias posteriores, por ejemplo, STC 91/2000 de 30 de marzo, donde realiza una recapitulación de la propia jurisprudencia del Tribunal.

⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p.120.

verdad misma no como la verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido”.

A modo de conclusión, podemos afirmar que como consecuencia del reconocimiento de la dignidad del imputado y de considerársele sujeto de derechos, éste goza de un estado jurídico de inocencia, siendo capaz de ejercitar todos sus derechos desde el comienzo de cualquier actividad de persecución dirigida en su contra. Y dicha actividad estatal –aun cuando se ponga en movimiento en defensa de los intereses de la sociedad-, no va a poder avanzar cuando la misma ponga en crisis el respeto de la dignidad del individuo por su sola condición de tal.

III. Imputado como objeto de prueba

El imputado, en el ejercicio de su derecho de defensa, puede no sólo ofrecer prueba de descargo sino también ejercer su defensa material a través de su declaración prestada en el proceso y, en el derecho procesal argentino, si bien la declaración del imputado no puede ser considerada un medio de prueba, sí se puede afirmar que la misma constituye una fuente de prueba puesto que de sus dichos podrán obtenerse diversos elementos probatorios. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de que nombre a una persona que estuvo con él en el momento del hecho o, que durante la consumación del ilícito, él se encontraba fuera de la ciudad aportando documentación que acredite el medio de transporte utilizado para dicho traslado.

Ahora bien, también se puede presentar la situación en la que es el propio imputado el instrumento de prueba porque, a través de él, se pretenden extraer materiales probatorios, y aquí el imputado no aporta los elementos de prueba con su propia actividad. Como bien refiere Huertas Martín⁹³, ya han finalizado aquellos tiempos en los cuales el imputado era considerado únicamente como un objeto de prueba, pues su confesión era el medio de prueba que había que conseguir a toda costa, aun valiéndose de todo tipo de torturas. En la actualidad, teniendo en cuenta que nos encontramos dentro de un moderno y democrático proceso penal, el imputado goza de una doble dimensión en el ámbito probatorio: por un lado, es un sujeto de derechos y, por ende, es una parte esencial del proceso como titular de derechos y amparado por todas las garantías procesales. Por otra parte, también puede considerarse como objeto de investigación toda vez que existen diversos actos de investigación y prueba que se desarrollan, precisamente, tomando como base indispensable al propio cuerpo del imputado.

Así, en el proceso penal, el imputado será sujeto de derechos en la medida en que, siendo una parte en la relación procesal, puede promover y practicar la actividad probatoria que considere pertinente al ejercicio de su derecho de defensa. En este sentido, sostiene acertadamente Tapia⁹⁴ que el imputado, como sujeto de derechos, tiene libertad de colaborar o no en la producción de la prueba cuando ésta dependa de la realización de una conducta positiva de su parte, como escribir o hablar. En otras palabras, el imputado no sólo no está obligado a declarar contra sí mismo, sino que tampoco puede ser obligado a realizar ningún tipo de actividad que pueda contribuir a probar su culpabilidad, lo cual implica que no puede ser obligado a actuar en su contra. De tal forma, a la libertad de declarar se suma la libertad de colaboración o de cooperación ya que el imputado tiene el derecho a permanecer callado y tiene derecho a no llevar a cabo ninguna actividad que pueda comprometerlo.

⁹³ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, “El sujeto pasivo del proceso...”, op.cit., p.20.

⁹⁴ TAPIA, Juan Francisco, “Intervenciones corporales en el proceso penal” www.pensamientopenal.com.ar, p.15 (fecha de visita 10/07/14).

Cuando hacemos referencia al imputado como objeto de prueba debemos aclarar en primer lugar, que no es objeto del proceso ni objeto de persecución en el entendimiento de un sistema inquisitivo. Por el contrario, el imputado no pierde su calidad de sujeto de derechos, pero, en estos supuestos, es su propio cuerpo donde se encuentran datos o elementos probatorios útiles para la investigación penal. Huertas Martín⁹⁵ sostiene que cuando se llevan a cabo diligencias sobre el cuerpo del imputado, éste se presenta como un instrumento de la actividad probatoria. De tal forma, el imputado va a servir de medio para poder llevar a cabo la propia diligencia, pues sin su presencia sería imposible su realización, como así también puede considerarse un instrumento para lograr un fin, que considera la autora será doble, por un lado, nuevamente la propia práctica de la diligencia, y, por otro, va a permitir obtener elementos o datos útiles para la investigación o la prueba de los hechos objeto del proceso.

En este mismo sentido, afirma Duart Albiol⁹⁶ que el estatuto jurídico que origina la condición de imputado comprende, asimismo, su situación como objeto de prueba y, concretamente en el ámbito de las intervenciones corporales, es indudable que será un instrumento de la actividad probatoria ya que su cuerpo como entidad física va a ser objeto de actos de investigación.

Podemos decir entonces que, en estos supuestos, el imputado tolera pasivamente una injerencia estatal ya que no se requiere ninguna actividad por parte de este. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace tiempo ha sostenido que [...] *la presencia del imputado en las actuaciones del proceso no es “prueba” en el sentido de la norma del caso, cuanto porque constituye corriente y razonable ejercicio de la facultad estatal investigatoria de los hechos delictuosos. La cláusula que prohíbe la autoincriminación no requiere la*

⁹⁵ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso...*, op.cit., p.371.

⁹⁶ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.177.

*exclusión de la presencia física del acusado como prueba de su identidad, como no impide la obtención y el uso de las impresiones digitales*⁹⁷.

Este criterio de distinción, según sea que la actividad que realiza el imputado, ejecutando alguna conducta positiva o bien tolerando pasivamente una injerencia estatal, ha sido receptado por la jurisprudencia. Pero, a pesar de tal aceptación, no ha sido ajeno a ciertas objeciones de la doctrina, siendo la principal que nunca habrá una pasividad total del imputado en la realización de la medida, y que dicha colaboración no la hará en forma libre sino para evitar la coacción directa sobre él. Sin embargo, Tapia⁹⁸ entiende que nunca el imputado es plenamente libre en el proceso penal en la medida en que existen numerosas obligaciones y cargas procesales, de modo que, es posible afirmar que siempre va a pesar sobre él la posibilidad de sufrir coacción directa. El propio proceso penal ya implica una coacción y no existe una libertad absoluta para quien tiene que enfrentarse al Estado, pero ello no significa que se pretenda coaccionar al imputado para que activamente lleve a cabo actos que permitan su propia autoincriminación⁹⁹.

⁹⁷ CSJN Fallos 255:18. En este caso, la Corte analizó si la intervención del imputado en la prueba de reconocimiento implicaba una vulneración de la garantía contra la autoincriminación. Resulta importante destacar que en el derecho argentino la jurisprudencia de la CSJN no constituye precedente obligatorio para los tribunales inferiores. Sin embargo, la propia Corte ha establecido que existe un deber institucional de seguir sus directrices salvo que el tribunal inferior de fundamentos suficientes para apartarse de sus decisiones. Así resolvió en Fallos 307: 1094 [...] *aunque la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas y de ello emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia*. Posteriormente sostuvo en Fallos 320:1891 [q]ue es jurisprudencia de este Alto Tribunal que sus decisiones no obligan sino en el caso en que fueron dictadas, y los tribunales inferiores pueden apartarse de su doctrina aún al decidir en casos análogos sin que se produzca gravamen constitucional (doctrina de Fallos 280:430; 301:198; 302:798; 307:207; 308:1575 y 2561, entre muchos otros). Claro que ese apartamiento no puede ser arbitrario e infundado pues, no obstante que los magistrados sólo deciden en los procesos concretos que les son sometidos y que los fallos de esta Corte no son obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos. Sin embargo, esta Corte ha reconocido que los magistrados pueden apartarse de sus pronunciamientos cuando introducen nuevos argumentos no considerados en la decisión de este Tribunal.

⁹⁸ TAPIA, Juan Francisco, "Intervenciones corporales en el proceso...", op.cit., p.17.

⁹⁹ Agrega Tapia que, basta como ejemplo, que si al imputado como condición especial de su excarcelación acepta comparecer semanalmente al Juzgado para firmar un acta en el incidente respectivo, lo hace para evitar ser detenido y que no se revoque el goce del derecho a la libertad durante el proceso.

Entendemos que lleva razón Tapia, puesto que pesa sobre el imputado la obligación de soportar determinadas obligaciones y cargas dentro del proceso penal. El límite estará dado por la consideración de que el mismo, por el sólo hecho de ser persona, debe ser tratado con dignidad, debiendo imponerle la menor coerción personal para lograr los fines del proceso. Es que, como afirma De Luca¹⁰⁰, una cosa es sostener lingüísticamente que el imputado es considerado como un objeto de prueba en aquellas diligencias que recaen sobre su persona y otra es realmente creer que un individuo pueda ser usado o tratado como un objeto.

Así, puede concluirse que el imputado -como sujeto de derechos-, no se encuentra obligado a prestar ninguna colaboración con la investigación en tanto y en cuanto esa colaboración dependa de su voluntad. Tales serían los casos de cualquier tipo de comunicación oral, escrita o gestual que dependa de su conciencia o de sus razonamientos. Sin embargo, cuando el imputado interviene como objeto de prueba tiene una exigencia de tolerancia, debiendo respetarse los principios de proporcionalidad y razonabilidad entre la medida que debe soportar y el fin perseguido con la misma.

Como pusimos de resalto, la legislación procesal en Argentina reconoce la calidad de imputado desde el primer acto de naturaleza investigativa o de aseguramiento de prueba realizado por la autoridad interviniente; ello implica que desde esos primeros momentos no habría inconvenientes para llevar a cabo actos de investigación sobre su cuerpo siempre que se cumplan con las previsiones legales y garantizando en todo momento el derecho de defensa que le asiste.

El imputado que ofrece reparar el daño y cumplir con una serie de obligaciones al suspenderse el proceso a prueba lo hace para evitar ir a un juicio oral y enfrentarse a una eventual pena de prisión.

¹⁰⁰ DE LUCA, Javier Augusto, "Notas sobre la cláusula contra la autoincriminación coaccionada", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año V, n° 9 B, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p.270.

También hicimos referencia al sistema de enjuiciamiento español, en el cual, se utiliza la expresión investigado para designar a la persona contra la cual se dirige la persecución penal. De tal forma, se podrán llevar a cabo diligencias investigativas sobre el cuerpo de éste, tal como se desprende de la LECrim en el segundo párrafo del artículo 363¹⁰¹. Igual posibilidad surge de la *Recomendación del Consejo de Europa N° R (92)1* sobre la utilización del análisis de ADN dentro del marco de la Administración de Justicia Penal¹⁰².

A pesar de hacerse referencia al investigado o sospechoso, ello no significa que pueda llevarse a cabo diligencias de investigación corporal sobre personas contra las cuales no existan sospechas razonables y lógicas fundadas en datos fácticos o hechos objetivos, que permitan afirmar la existencia de un hecho delictivo y la posible intervención de la persona investigada en el mismo. Como ya hemos dicho, la utilización del término sospechoso o investigado no implica que se le atribuya un status menor que la condición de imputado.

En palabras de Álvarez de Neyra Kappler “[...] será necesario la concurrencia de una serie de indicios que permitan atribuirle esa condición de sospechoso, de manera razonable y fundada”¹⁰³. Dicho de otra forma, la palabra sospechoso no se refiere a cualquier persona ni justifica que medidas de investigación corporal puedan adoptarse indiscriminadamente frente a cualquiera, sino que deberán existir indicios que serán valorados por el Juez en las mismas

¹⁰¹ Art.363 LECrim: “Los Juzgado y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.

Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.”

¹⁰² Art. 2 R(92)1. Ámbito y limitaciones: “La presente Recomendación se aplicará a la recogida de muestras y utilización del ADN con fines de identificación de un sospechoso o cualquier otra persona en el marco de la investigación y el procesamiento iniciados por una infracción penal.”

¹⁰³ ÁLVAREZ NEYRA DE KAPPLER, Susana, *La prueba de ADN en el proceso penal*, Ed. Comares, Granada, 2008, p.142.

condiciones que cuando nos referimos -en el derecho procesal argentino- al imputado¹⁰⁴.

De tal manera, será necesario realizar una ponderación sobre los indicios que existen para atribuirle la calidad de sospechoso ya que como bien sostiene el Tribunal Constitucional español, [...] *es también preciso que la resolución judicial que se haya dictado luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi. La primera de estas magnitudes no puede ser calculada sino por referencia, no sólo al criterio socialmente dominante, sino también como es claro, a la conducta que en virtud de indicios serios se atribuye al mismo sujeto pasivo de la actuación prevista, en tanto que el segundo término de ponderación, a su vez, no puede ignorar la palpable diferencia que existe entre una actuación dirigida, por ejemplo, a identificar al presunto culpable de un delito cuya existencia es cierta y otra que persiga simplemente obtener una prueba adicional que se sume a las que, de carácter indiciario, ya se cree poseer sobre la comisión real de un delito cuya existencia se sospecha*¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Antes de la reforma de la LO 13/2015, la doctrina española distinguía entre sospechoso e imputado. Así sostenía Salom Escribá que “[...] la figura y posición jurídica del “sospechoso” son desconocidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia, se carece de un concepto y de un estatuto legal del sospechoso que más bien pertenece al ámbito policial que al judicial. En un proceso penal no puede haber sospechosos sino imputados. El “sospechoso” carece de derechos y obligaciones en el campo jurisdiccional pues, como decimos, dicha figura no está reconocida. De ahí que el proceso penal no pueda dirigirse nunca contra un sospechoso sino contra un imputado o acusado (SALOM ESCRIBÁ, Juan Salvador, “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, *La prueba de ADN en el proceso penal* (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p.193).

¹⁰⁵ STC 37/89, de 15 de febrero, FJ 8. En este caso, las actuaciones se iniciaron a partir de determinadas investigaciones policiales que apuntaban a la posible comisión de delitos de aborto cometidos en un establecimiento clínico de la ciudad de Málaga. Así se ordenó un registro en el centro clínico recogiendo datos o anotaciones relativos a varias personas, entre ellas, la actora. A raíz de ello, el Juez de Instrucción ordenó que se le recibiera declaración a la actora sobre si se sometió o no a una interrupción voluntaria de embarazo en la clínica sobre cuya actividad recaían las sospechas, requiriéndose también que fuera reconocida por el Médico Forense sobre la posible interrupción de un embarazo.

En referencia a las intervenciones corporales a practicarse sobre un sospechoso, en un fallo reciente (Maryland v. King, 596 U.S. (2013) la Suprema Corte de los Estados Unidos validó la constitucionalidad

En otras palabras, ya sea que nos refiramos al imputado -según la legislación argentina- o al investigado -conforme la terminología utilizadas por la ley española-, lo cierto es la posibilidad de llevar a cabo injerencias en el cuerpo de una persona requerirá un análisis objetivo y razonable sobre los indicios que justifican tal condición, debiendo realizarse un juicio de proporcionalidad entre estos indicios y la gravedad de la intromisión que significa la medida, a fin de evitar la utilización indiscriminada de las mismas porque ello iría en contra de lo que debe considerarse un debido proceso penal en un Estado de Derecho¹⁰⁶. Como bien afirma Carrió¹⁰⁷ la posibilidad de llevar a cabo medidas de investigación corporal sólo lo será en los casos en que se tengan sospechas fundadas, que corresponde realizarlas en el caso concreto y contra una persona determinada, lo cual conlleva la imposibilidad de practicarlas de manera indiscriminada.

de un estatuto autorizando la extracción forzosa de ADN incidental a un arresto. Si bien se admite la extracción de ADN a los fines de identificación, en este caso se utilizó para esclarecer un hecho distinto al delito por el cual se lo había arrestado ya que la muestra de King se comparó con muestras tomadas de escenas de crímenes sin resolver (sistema CODIS), coincidiendo con la muestra de la víctima de una violación ocurrida años antes, hecho por el cual fue condenado. El voto mayoritario concluyó que la identificación mediante ADN de detenidos es un registro razonable que puede considerarse como parte de la detención. Cuando los agentes llevan a cabo una detención fundada en causa probable de un delito grave y conducen al sospechoso a la comisaría para que sea detenido bajo su custodia, la toma de muestras de ADN mediante un frotis bucal es equiparable a la toma de huellas dactilares o fotografías, considerándose un procedimiento legítimo y razonable de conformidad con la Cuarta Enmienda. El voto discrepante del Magistrado Scalia, al que se adhieren Ginsburg, Sotomayor y Kagan afirma que resolver crímenes que siguen abiertos es un noble objetivo, pero ocupa un lugar inferior en el panteón americano de los nobles objetivos al de la protección de los ciudadanos frente a registros sin sospecha. Se insiste en el voto que la consecuencia predecible de la decisión mayoritaria es que el ADN de cualquier persona podrá ser introducido en una base de datos nacional si es alguna vez detenida, correcta o incorrectamente, y por cualquier razón. (BELTRÁN MONTOLIU, Ana, “Comentario sobre la sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano: Maryland v. King de 3 de junio de 2013”, en *La prueba de ADN en el proceso penal*, ob.cit., pp.391 y ss.).

¹⁰⁶ El juicio de proporcionalidad como requisito de las medidas de intervención corporal será desarrollado en el Capítulo IV, por lo que en esta instancia sólo se ha hecho mención del tema.

¹⁰⁷ CARRIÓ, Alejandro, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pp.548 y ss. Coincide De Luca al considerar que se requieren motivos bastante de sospecha basados en datos objetivos para poder someter a una persona a una medida de investigación corporal. No debe olvidarse que toda persona goza de la presunción de inocencia y, si no se tuvieran indicios vehementes para suponer que la misma ha intervenido en un hecho presuntamente delictivo, no corresponde practicar estas medidas; de lo contrario, se caería en un derecho penal de autor o Estado policial. (DE LUCA, Javier, “Pruebas sobre el cuerpo del imputado...”, op.cit., p.12)

Valgan en este sentido las palabras de César Bonesana, Marqués de Beccaría, quien afirma “[...] fue, pues la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella sólo que baste a mover a los hombres para que la defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho a castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho y no derecho”¹⁰⁸.

IV. Recapitulación

1. Imputado es la persona contra la cual se dirige la pretensión penal dentro del proceso, tratándose de un sujeto esencial de la relación procesal. Se han utilizado distintos vocablos como procesado, acusado sospechoso o investigado –como en el derecho español-, pero en la doctrina procesal argentina se engloban todos ellos en esta terminología genérica hasta que se dicta sentencia y pasa a ser condenado.

2. En la legislación procesal argentina la calidad de imputado se adquiere desde el primer momento en que una persona es señalada como posible autor o partícipes de un hecho delictivo ante una autoridad con facultades persecutorias, sin que sea necesario ningún acto formal de imputación.

Como consecuencia de ello, a partir del señalamiento ante la autoridad competente y, aun antes de cualquier ponderación judicial, el imputado podrá presentarse para ejercer válidamente todos sus derechos.

¹⁰⁸ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Traducción Juan Antonio de la Casas, Ed. Proa XXI, Buenos Aires, 2004, p.38.

3. La facultad de poder ejercer todos los derechos se consagra normativamente a partir de la consideración del imputado como un sujeto de derechos dentro del proceso penal, situación que no fue siempre así en nuestra historia.

4. Todos los Tratados y Convenciones internacionales de protección de Derechos Humanos reconocen y garantizan a toda persona sometida a un proceso penal sus derechos, estableciendo como límite al poder estatal el reconocimiento de la dignidad que merece todo individuo por su sola condición de tal.

La dignidad constituye un valor esencial que da fundamento a todos los demás valores y derechos. Significa el reconocimiento del ser humano con todos los atributos de su humanidad, la consideración del hombre como un fin en sí mismo y no como un medio o instrumento en manos de otros hombres.

5. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que la dignidad constituye uno de los derechos no enumerados por la Constitución Nacional y constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional.

A partir de la incorporación de los Tratados y Convenciones de protección de los derechos humanos a la Constitución Nacional, dándoles jerarquía constitucional, el derecho de toda persona al reconocimiento de su dignidad, se encuentra expresamente consagrado en la normativa constitucional.

6. En el derecho español, la dignidad se encuentra receptada en la CE y el Tribunal Constitucional en diferentes fallos ha considerado que se trata de un valor jurídico fundamental y cumple una función de límite para la restricción de los demás derechos individuales.

7. Sin negar la condición del imputado como sujeto de derechos en la relación procesal también puede constituirse en objeto de prueba en tanto su cuerpo sea fuente de investigación para obtener elementos probatorios, tal como ocurre en el ámbito de las investigaciones corporales. En estos supuestos, el imputado tolera pasivamente una injerencia estatal, teniendo en cuenta que el límite de la misma lo constituirá el respeto a la dignidad del imputado.

8. Para poder llevar a cabo medidas de investigación sobre el cuerpo del imputado será necesario realizar un análisis objetivo y razonable sobre los indicios existentes contra éste que justifiquen realizarlas en el caso concreto.

Capítulo II

INSPECCIONES, REGISTROS E INTERVENCIONES CORPORALES

I. Concepto

Habiendo analizado en el capítulo anterior cuándo una persona adquiere la calidad de imputado y cuál es su situación jurídica dentro del proceso penal, corresponde ahora adentrarnos al estudio de estas medidas probatorias que tienen como fuente el cuerpo del imputado, pasando a adquirir en esta instancia la calidad de objeto de prueba. En otras palabras, al referirnos a las inspecciones, registros e intervenciones corporales, partimos de la base que las mismas se practican sobre el cuerpo del imputado¹⁰⁹.

El conocimiento de estas medidas requiere necesariamente comenzar por determinar el concepto de inspecciones e intervenciones corporales. Ello no es un tema baladí, pues la importancia de precisar el concepto de un medio de prueba radica en que del mismo pueden establecerse los alcances y límites que tiene. No es posible analizar los presupuestos de la medida, los derechos fundamentales que pueden o no afectar, así como desentrañar la legalidad o ilegalidad de su práctica, si previamente no se ha establecido en qué consiste la misma.

¹⁰⁹ Bien es cierto que en el proceso penal también puede ser objeto de estas medidas probatorias la víctima. Así lo afirma Soto Rodríguez pues considera que no sólo puede resultar importante investigar al imputado, sino que también es posible que en el cuerpo de la víctima puede encontrarse vestigios valiosos para la investigación como, por ejemplo, en un delito contra la libertad sexual, la víctima puede ser portadora de sangre, semen, cabellos, etc., que faciliten la averiguación del hecho. También cuando sea trascendental en el proceso la determinación de una concreta relación de filiación como en los delitos de suposición de parto y de alteración de la paternidad o estado y resulten afectadas personas distintas del imputado (SOTO RODRÍGUEZ, María Lourdes, “Las intervenciones corporales y vulneración de derechos fundamentales”, *Diario La Ley* N° 8392, Sección Doctrina, 6 de Octubre de 2014, Año XXXV, p.2). Sin embargo, siendo el objeto de esta investigación el imputado, vamos a omitir toda referencia a la situación de la víctima o de terceros frente a tales medidas.

1. Consideraciones doctrinales

Si comenzamos -como lo hace Matallín Evangelio¹¹⁰- por la definición otorgada por la Real Academia Española¹¹¹, en su primer sentido, intervención consiste en la acción y efecto de intervenir; en tanto que el vocablo intervenir tiene diferentes significados¹¹² siendo quizás los que más se aproximan a nuestro ámbito la acepción décima “tomar parte en un asunto” y la undécima “dicho de una persona: interponer su autoridad”. El vocablo inspección es definido como la acción y efecto de inspeccionar, siendo conceptualizado éste como “examinar, reconocer atentamente”.

Vinculadas estas definiciones con el vocablo “corporal” es posible aproximarnos a una primera delimitación del concepto de las mismas, puesto que se trata de medidas que recaen directamente sobre el cuerpo de las personas para examinarlo o reconocerlo y que, en el caso del proceso penal, se realiza sobre el cuerpo del imputado. Dicho de otro modo, es focalizar la atención en el objeto de prueba –el cuerpo del imputado-, con la finalidad de obtener de él datos que coadyuven al esclarecimiento del hecho que configura la plataforma fáctica, motivo del proceso, o de aspectos parciales relacionados con él. Esencialmente es la actividad sobre el cuerpo o la mente de una persona con el fin de adquirir, como resultado de esa actividad, elementos de juicio útiles al esclarecimiento de la verdad buscada en el proceso penal.

En este sentido, Gimeno Sendra¹¹³ los conceptualiza como actos instrumentales que permiten el aseguramiento de la prueba y el común

¹¹⁰ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.13 y ss.

¹¹¹ Diccionario de la Lengua española, Real Academia Española, 23ª edición, 2015, www.rae.es (fecha de visita 04/10/2015).

¹¹² Son catorce acepciones en total, pero en general vinculadas con limitaciones ya sea en cuentas bancarias o dicho de una autoridad o de una o varias potencias o de una persona.

¹¹³ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho...*, op.cit., p.249. En este punto hace una aproximación general, distinguiendo con posterioridad las inspecciones y las intervenciones propiamente

denominador es que recaen sobre el cuerpo humano. Duart Albiol¹¹⁴ tiene el mismo punto de partida porque también considera que son actos de investigación u obtención de pruebas que se realizan sobre el cuerpo de una persona, dentro del ámbito del proceso penal.

Como vemos, tanto en las inspecciones y registros como en las intervenciones, es el cuerpo de donde se obtienen los datos necesarios para el proceso. Huertas Martín sostiene que en este tipo de diligencias “[...] el imputado se presenta como instrumento de la actividad probatoria en tanto que sirve de medio para hacer una cosa –esto es, la propia diligencia, que sin el sujeto mismo sería de imposible realización-, o conseguir un fin –fin que será doble: de un lado nuevamente la propia práctica de la diligencia y, de otro, la consecución de elementos o datos útiles para la investigación o la prueba de los hechos objeto del proceso”¹¹⁵.

En un concepto amplio, Gil Hernández utiliza la definición ofrecida por González-Cuellar Serrano que considera como intervenciones corporales “todas aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción física si es preciso, con el fin de descubrir las circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él. Como afirma el autor, el conjunto de actuaciones que se pueden englobar en esta definición es tan amplio que se puede abarcar cualquier intervención corporal

dichas. Considera que se diferencian, tanto “[...] por el derecho fundamental sobre el que versan –en las primeras, es el derecho a la intimidad personal del art. 18.1 el que puede ser restringido, en tanto que, en las intervenciones corporales se produce una restricción del derecho a la integridad física del art. 15 CE-, como por su naturaleza del reconocimiento judicial, mientras que las intervenciones se asemejan a la diligencia recogida y custodia del cuerpo del delito.”

¹¹⁴ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.34.

¹¹⁵ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal...*, op.cit., p.371.

que en el estado actual de la técnica se pueda realizar, con un elemento común que es su práctica en el cuerpo de una persona viva”¹¹⁶.

Iglesias Cangle también aporta un concepto que comprende tanto las inspecciones y registros como las intervenciones corporales, entendiendo que se refiere “[...] a todas las medidas que respondan a la finalidad de investigar los hechos delictivos y determinar su participación en ellos y que recaigan sobre el cuerpo del imputado o de terceros, incluyéndose los denominados registros o inspecciones y se excluyen, por el contrario, los cacheos superficiales practicados por la policía y la toma de fotografías o huellas dactilares”¹¹⁷. Agrega la autora que se encontrarían comprendidos “los registros corporales que excedan los meros cacheos superficiales (tactos o registros anales, bucales y vaginales), todas aquellas medidas que impliquen una lesión de los revestimientos cutáneos o musculares, (tales como la extracción de líquidos, tejidos, vestigios o muestras orgánicas), exámenes radiológicos y ecográficos, electrocardiogramas, test de alcoholemia y de estupefacientes y reconocimientos psiquiátricos”.

Ahora bien, es posible sostener que no todas las medidas que se realicen sobre el cuerpo de una persona viva, constituyen intervenciones corporales. Así afirma Gómez Urso¹¹⁸ que se consideran tales aquellas medidas que signifiquen una invasión al cuerpo de una persona; en función de ello, no se trataría de una intervención corporal las requisas personales porque no invaden el cuerpo, sino

¹¹⁶ GIL HERNÁNDEZ, Ángel, *Intervenciones corporales...*, op.cit., pp.37 y ss. Por este motivo considera Gil Hernández que al ser inagotable el elenco de medidas, es conveniente realizar una doble limitación; así no se considerarían tales aquellas que por su propia naturaleza, supongan dolores, trastornos en la salud o molestias considerables a la persona sometida porque en este caso nos encontraríamos frente a intolerables restricciones al derecho a la integridad física; como tampoco podría considerarse lícita la práctica de intervenciones corporales que sean peligrosas para la salud, ya sea por la naturaleza de la medida o por las condiciones físicas de la persona, aun contando con su consentimiento. La cuestión aquí es determinar que se entiende por dolores o molestias considerables para lo cual habría que ingresar en el análisis de la proporcionalidad de la medida.

¹¹⁷ IGLESIAS CANGLE, Inés, *Investigación sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Ed. Colex, Madrid, 2003, p.27.

¹¹⁸ GÓMEZ URSO, Juan Facundo, *Manual de actuación para la policía judicial, de investigaciones, de seguridad, fuerzas municipales e instructores judiciales*, Ed. Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2013, p.220.

que se practican sobre las prendas y aquellos elementos que pudiera portar el requisado (bolsos, mochilas, etc.). Teniendo en cuenta tales parámetros distingue tres tipos de injerencias estatales en el ámbito corporal de una persona: 1) cacheo preventivo (palpado superficial), 2) la requisa o registro personal (cavidades naturales, ropas de las personas)¹¹⁹ y 3) la intervención corporal (aquellas que se practican invadiendo el cuerpo mismo). Coincidentemente Julio Maier¹²⁰ distingue entre requisa personal e inspección corporal, considerando que la requisa es una indagación efímera y externa sobre el cuerpo de la persona o bien sobre el ámbito inmediato que está bajo su custodia; sin embargo, la inspección avanza más allá de este análisis externo ya que se trata de una exploración interna en el cuerpo de la persona con la finalidad de encontrar rastros, cosas, o efectos del delito¹²¹.

¹¹⁹ En la legislación de Mendoza se regula la requisa personal en el art. 221: Orden de Requisa Personal “Se ordenará la requisa personal por decreto fundado, bajo pena de nulidad, siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida, podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 15 de la ley 6722.”. La ley n° 6722 regula la actuación policial, estableciéndose en el art. 15 que “Cuando fuera necesario, y las circunstancias razonablemente lo justifiquen, el personal policial podrá practicar inspecciones oculares de personas o bienes muebles que se encontraren exclusivamente en la vía pública o ubicadas en lugares de acceso público, con la finalidad de identificar la existencia de armas, explosivos de cualquier tipo o de elementos que presumiblemente pudieren ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo.”

En el CPPNación, se establece en el art. 130: Requisa “El juez ordenará, a requerimiento de parte y por auto fundado, la requisa de una persona, la inspección de los efectos personales que lleva consigo, así como el interior de los vehículos, aeronaves o embarcaciones, siempre que haya motivos suficientes para presumir que se ocultan cosas relacionadas con un delito. La orden deberá indicar los objetos buscados. Antes de proceder a la requisa se deberá advertir a la persona acerca de la sospecha y del objeto buscado, invitándola a exhibirlo.

Las requisas se practicarán separadamente, con perspectiva de género, respetando el pudor y la dignidad personal y, en los casos que correspondiere, por profesionales de la salud.

La advertencia y la inspección se realizarán en presencia de DOS (2) testigos, que no podrán pertenecer a la fuerza de seguridad ni a ninguno de los órganos intervinientes, salvo en caso de suma urgencia o imposibilidad de conseguirlo, la que deberá ser acreditada. El procedimiento y los motivos se harán constar en el acta que firmarán todos los intervinientes y si el requisado no la suscribiere, se indicará la causa. La negativa de la persona que haya de ser objeto de la requisa no obstará a ésta, salvo que mediaren causas justificadas.”. La legislación nacional también prevé el supuesto de practicar una requisa sin orden judicial cuando existan circunstancias previas que razonable y objetivamente permitan presumir que se ocultan cosas relacionadas con el delito, o por razones de urgencia ya que de esperar la orden judicial existe el peligro cierto de que desaparezcan las pruebas que se pretenden incautar o bien que la requisa se practique en la vía pública o en lugares de acceso público.

¹²⁰ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal...*, op.cit., Tomo III, p.195.

¹²¹ ORTEGO PÉREZ también tiene una posición similar pues afirma que la toma de huellas dactilares o de los cacheos policiales que no pasan de un mero registro corporal no pueden considerarse una intervención propiamente dicha porque por el simple hecho de que esta medida recaiga sobre el cuerpo no puede incluirla sin más en la categoría de una auténtica intervención corporal. (ORTEGO PÉREZ, Francisco, “Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal (En

En el mismo sentido, Tapia¹²² entiende que, cuando hablamos de intervención corporal, nos estamos refiriendo a la exploración del cuerpo humano, que puede estar total o parcialmente desnudo, y la finalidad de esta medida es analizar su estado. En función de esto, el autor considera como intervenciones corporales las inspecciones oculares que se realicen sobre la superficie corporal para descubrir, por ejemplo, especiales características corporales como verrugas, tatuajes, lunares, manchas, etc. o también vestigios o huellas, como serían los supuestos de arañazos, salpicaduras de sangre, sangre en las uñas, etc. Excluye expresamente aquellos supuestos en que las características que se pretenden reconocer quedan al descubierto en forma evidente sin necesidad de su exploración. Hairabedián¹²³ coincide con Tapia, al afirmar que, en realidad, la requisa es una variante del género inspección corporal, porque consiste en una mera revisión corporal de la persona de la cual se sospecha que oculta entre la ropa o bien transporta adherido a su cuerpo, objetos que pueden estar relacionados con el delito. En tanto que, la inspección corporal *strictu sensu*, al recaer sobre el cuerpo y no su exterioridad o sus ropas, implican una mayor afectación del pudor o la dignidad de la persona a la que se somete a dicha medida y, por esta razón, va a requerir del cumplimiento de otros cuidados adicionales a diferencia de la requisa¹²⁴.

particular, las exploraciones radiológicas y su valoración probatoria)”, *Diario La Ley* N° 6049, Sección Doctrina, 28 de junio de 2004, Año XXV, p.2).

¹²² TAPIA, Juan Francisco, “Extracciones hemáticas compulsivas: en búsqueda de una molécula contra la impunidad,” *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos* (Comp. Gabriel Ignacio Anitua y Mariano Gaitán), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012, p.108.

¹²³ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Requisas y otras inspecciones corporales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, pp.19 y ss.

¹²⁴ Esta distinción se ve reflejada en los ordenamientos procesales argentinos puesto que las medidas de inspecciones e intervenciones corporales se encuentran reguladas en disposiciones diferentes a las requisas personales. Así en el CPPMza se regula en el art.211: Inspección corporal y mental: “Se podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado cuidando en lo posible se respete su pudor.

Las extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas deberán efectuarse según las reglas del saber médico, a los efectos de obtener la huella genética digitalizada, salvo que pudiere temerse daño a la salud de la persona sobre la que debe efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de facultades

De tal forma, podemos diferenciar las medidas de inspecciones y registros de las medidas de intervenciones corporales; así Pérez Marín afirma que, incluso cuando se engloben bajo la denominación “diligencias de intervención corporal”, se trata de dos tipos de actuaciones con distinto alcance ya que “[...] la mera inspección o registro sobre el cuerpo tienen lugar por encima de la ropa sin afectar directamente a ninguna zona específica; por otro lado nos encontramos con la intervención directa sobre el propio cuerpo, o sobre alguna de sus partes, y cuya finalidad es obtener elementos o sustancias, internos o externos, tales como uñas, pelos, sangre o muestras de piel, para su posterior análisis y contradicción”¹²⁵.

coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Podrá disponerse igual medida respecto de otra persona, con la misma limitación, en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad.

Si fuere preciso, la inspección podrá practicarse con el auxilio de peritos. Al acto sólo podrá asistir el defensor o una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal derecho. Si el Fiscal lo estima conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la recolección de la muestra biológica para la obtención de la huella genética digitalizada por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro o allanamiento domiciliario o la requisa personal.

Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener la huella genética digitalizada de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de resguardar sus derechos específicos. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el Fiscal procederá del modo indicado en el párrafo precedente.

En ningún caso regirá la facultad de abstención del artículo 233.”

Art.175 CPPNación: Exámenes corporales: “Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales al imputado o al presunto ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no existiere riesgo para la salud del examinado.

Si la persona que ha de ser objeto de examen, informada de sus derechos, consintiere en hacerlo, el representante del Ministerio Público Fiscal ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo.

El juez ordenará la diligencia siempre que se cumplieren con las condiciones señaladas en el párrafo primero de este artículo.”

¹²⁵ PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 14 y ss. Varela Agrelo también distingue dentro del núcleo semántico de intervenciones corporales, los registros corporales para describir la búsqueda en la superficie, cavidades o en las ropas objetos ocultos y las investigaciones corporales que serían las que se practican investigando el cuerpo mismo; pero entiende que esta distinción no pasa de tener una utilidad puramente teórica porque desde el punto de vista jurídico, ambos supuestos de incidencias corporales están sometidos a idéntico régimen jurídico con tenues modulaciones (VARELA AGRELO, José, “El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales”, Boletín de Información del Ministerio de Justicia número 1772, 1996, p.7, www.mjusticia.gob.es, (fecha de visita 20/10/14).

En base a esta distinción Etxeberría Guridi¹²⁶ considera que sería conveniente el empleo de otra denominación que englobe tanto las inspecciones y registros corporales como las intervenciones corporales, por eso considera que sería adecuado el uso del término investigaciones corporales. Dentro de esta terminología, se comprendería todas las que terminan siendo especies de la categoría genérica de los actos de investigación que recaen sobre el cuerpo.

En sentido similar, sostiene Gimeno Sendra¹²⁷ que como inspecciones corporales se puede considerar cualquier reconocimiento sobre el cuerpo de la persona e incluye medidas tales como reconocimiento en rueda, identificación dactiloscópica, inspecciones anales o vaginales. En cambio, las intervenciones corporales implican una medida más invasiva, pues incluye en ellas, todo acto de coerción sobre el cuerpo del imputado realizados con el objeto de extraer determinados elementos orgánicos para realizar sobre los mismos, diversos análisis periciales que tendrán por finalidad ya sea averiguar el hecho punible, o bien determinar la participación del imputado en el hecho investigado.

Azaola Calderón¹²⁸ también distingue entre inspecciones, registros e intervenciones corporales a partir de la simple observación del cuerpo o la posibilidad de extraer elementos del mismo; así las inspecciones van a consistir en la exploración del cuerpo mismo, el registro implica la búsqueda de objetos escondidos en la superficie o en las cavidades naturales del cuerpo; por último, las intervenciones corporales, en sentido estricto, se consideran todas las medidas necesarias para extraer del cuerpo determinados elementos externos o internos, y

¹²⁶ ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Ed. Trivium, Madrid, 1999, p.60.

¹²⁷ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho...*, op.cit., pp.250 y ss. Considera la distinta naturaleza de las medidas puesto que las inspecciones participan de la naturaleza del reconocimiento judicial mientras que las intervenciones corporales se asemejan a la diligencia de recogida y custodia del cuerpo del delito.

¹²⁸ AZAOLA CALDERÓN, Luis, “Las intervenciones corporales, un análisis comparativo entre México y España”, www.fldm.edu.mx, (fecha de visita 20/10/14) La misma distinción realiza TORO LUCENA, Óscar Augusto, “Intervenciones corporales y derechos fundamentales: límites”, *Criterio Jurídico Garantista*, Año 2, Nº 3, Julio-Diciembre de 2010.

someterlos posteriormente a un análisis pericial. También incluye en estas últimas, la exposición del cuerpo a radiaciones con el objeto de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible, o bien a la participación en él del imputado.

De tal forma, como se puede apreciar de lo expuesto, si bien dichas medidas se realizan sobre el cuerpo del imputado, el núcleo de diferenciación se encuentra en el grado de incidencia en el cuerpo que abarca cada una de ellas, según la finalidad que cumplan, es decir, buscar algún objeto escondido en el cuerpo, o bien, extraer de él determinados elementos a fin de su posterior análisis. Sin embargo, este nivel de incidencia también va a generar diferencias en cuanto al derecho fundamental que puede verse afectado con la medida. Ello es así toda vez que, si la medida implica sólo un reconocimiento sobre el cuerpo del afectado, podrá verse comprometido el derecho a la intimidad; en tanto que si se realiza una intervención corporal, a fin de extraer del cuerpo determinados elementos, entra en juego el derecho a la integridad física. Así lo afirma Richard González¹²⁹ que entiende que la distinción entre las inspecciones, registros y las intervenciones corporales se va a fundamentar, justamente, en la intensidad de la diligencia puesto que cuando se realiza en su grado más leve no comportaría, en principio, la afectación de ninguna clase de derecho constitucional.

Es por ello que buena parte de la doctrina conceptualiza estas medidas de intervención corporal teniendo en cuenta la afectación de los derechos fundamentales. Matallín Evangelio¹³⁰ así lo estima, toda vez que afirma que deben considerarse como intervención corporal aquella intromisión en el cuerpo de la persona que limita sus derechos fundamentales. De esta forma, sólo se incluirán dentro de la terminología de injerencias corporales únicamente aquellas

¹²⁹ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal”, en *Estudios sobre Prueba Penal, Volumen II*, (Dres: Xavier Xavier y Manuel Richard González), Ed. La Ley, España, 2011, p.389.

¹³⁰ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, *Intervenciones corporales...*, op.cit., p.31.

que restrinjan alguno de los derechos fundamentales del individuo. Igualmente se expresa Vidal Fueyo¹³¹, quien engloba dentro del concepto de intervenciones corporales a las diligencias de investigación practicadas sobre el cuerpo de una persona en el curso de un proceso penal, que supongan un límite en el contenido de algún derecho fundamental. Entiende que este tipo de diligencias se practican habitualmente en la fase de investigación y están orientadas a lograr el esclarecimiento de los hechos o alguna circunstancia relativa a los mismos, tienen por objeto el cuerpo del imputado y son medios de prueba que, en mayor o menor medida, suponen injerencias en algún derecho fundamental.

2. Análisis jurisprudencial

Los órganos jurisdiccionales no han sido ajenos a la determinación de las medidas de investigación corporal, aun cuando el tratamiento del tema ha sido variable. En efecto, la jurisprudencia argentina se ha centrado en analizar la afectación o no de derechos fundamentales cuando se realizan dichas medidas, sin ingresar en la determinación conceptual de las mismas de manera exhaustiva, a diferencia de lo que ha ocurrido en jurisprudencia comparada, donde encontramos algunos precedentes que ingresan en la cuestión. Por dicha razón, el análisis se va a centrar fundamentalmente en dichos fallos y no en la jurisprudencia argentina.

Así vemos que el Tribunal Supremo español ha resuelto que *[p]or intervenciones corporales se entienden todos aquellos actos de investigación de conductas delictivas que afectan al cuerpo de las personas sobre las que se realizan y cuyo objetivo inmediato puede ser bien diverso, como comprobar una*

¹³¹ VIDAL FUEYO, María del Camino, “El Juez ordinario como instancia de garantía ante los vacíos legales en materia de límites a los derechos fundamentales”, citada por FERNÁNDEZ ACEBO, María Dolores, *Las intervenciones corporales en el Ordenamiento Jurídico Español*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, p.31.

*identificación, la ingestión de bebidas o sustancias o conocer si se ocultan elementos que puedan servir para la prueba de un delito. En un sentido amplio también podrían extenderse a aquellos casos en los que no se persiguen un fin investigador sino preservar la vida mediante el suministro forzoso de alimentos o transfusiones de sangre. Comprende, pues, cualquier tipo de intervención en el cuerpo humano sin contar con el consentimiento de la persona afectada, siempre que puedan realizarse sin riesgo para la salud o integridad física, y que respondan a razones de gravedad y proporcionalidad. Entre estas intervenciones se suelen mencionar los análisis de sangre, cacheos policiales, expiración del aire en test de alcoholemia, reconocimientos médicos, registros anales o vaginales, recogidas de muestras, como puede ser para obtener ADN o la adicción a las drogas, etc.*¹³²

Indudablemente se trata de un concepto amplio de intervenciones corporales pues incluye no solamente las que implican actos de investigación sino también aquellas que tienen por finalidad preservar la vida como sería la alimentación forzosa, supuesto que vamos a dejar de lado por no tratarse de casos en los cuales el imputado sea objeto o fuente de prueba. Sin embargo, vemos que, coincide con la doctrina, al considerar a dichas medidas como actos de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas y que tienen diversas finalidades.

La Corte Constitucional de Colombia entendió que [d]entro de este conjunto de medidas se encuentra (i) el registro corporal, entendido de manera general como la exploración de la superficie del cuerpo, o bajo la indumentaria de la persona para buscar cosas sujetas al cuerpo mediante adhesivos; (ii) la inspección corporal, que se emplea para examinar los orificios corporales naturales (boca, ano, vagina, etc.) y el interior del cuerpo de la persona

¹³² STS 707/2008, de 30 de octubre, FJ 2, (Sala 2°, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Carlos Granado Pérez.

*afectada, cuanto el objeto haya sido deglutido u ocultado en el interior de tales orificios; y (iii)) la obtención de muestras íntimas, tales como semen, sangre, saliva, cabellos, etc.*¹³³

Así, la Corte Constitucional de Colombia, incluso cuando no determina un concepto de investigaciones corporales, ingresa en la distinción de las distintas medidas, según la incidencia que las mismas tienen en el cuerpo de la persona afectada. De tal manera que distingue entre registros, inspecciones e intervenciones corporales, según sea una exploración superficial sobre el cuerpo, una búsqueda en diferentes orificios naturales como boca, ano o vagina, o bien ya la extracción de muestras biológicas del cuerpo.

Determinar el concepto de inspecciones e intervenciones corporales en función de los derechos fundamentales ha sido el camino seguido por el Tribunal Constitucional español. Así, resolvió que las inspecciones y registros corporales *[...]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 las que 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*¹³⁴.

¹³³ Sentencia C-822/2005, del 10 de agosto, Considerando VIII, 4.1, se puede consultar en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-822-05.htm>. Respecto de la práctica de estas medidas agrega el tribunal, en la misma sentencia que *[...]existe una tendencia a exigir la intervención de personal médico cuando se trate de la inspección corporal o de la obtención de muestras corporales íntimas, e incluso a ordenar que se realice en un lugar específico*

¹³⁴ STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2 a.

En cuanto a las intervenciones corporales sostiene que son [...]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 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 C.E.), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera en su apariencia externa¹³⁵.

También el Tribunal Supremo español ha hecho referencia a los derechos fundamentales, afirmando que [n]o es fácil, desde luego, someter a un régimen unitario la multiplicidad de cuestiones que son abarcables en su ámbito. La distinta significación y naturaleza del acto de injerencia, determina la necesidad de importantes matices en cada caso, sobre todo, si tenemos en cuenta que no siempre quedan comprometidos los mismos derechos fundamentales. Y es que dentro del amplio abanico de intervenciones corporales susceptibles de ser acordadas en el seno del proceso penal, pueden sucederse actos de muy distinto carácter: la toma de huellas dactilares, extracción de sangre, obtención de saliva, corte de cabello, examen de la cavidad vaginal o anal, exploración corporal superficial, cacheo externo, extracción de orina o examen radiológico, son sólo algunas de las posibilidades que puede ofrecer la práctica y a las que es preciso dar respuesta individualizada¹³⁶.

¹³⁵ En la misma sentencia FJ 2 b.

¹³⁶ STS 277/2009, de 13 de abril, FJ 2 A, (Sala 2ª, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Manuel Marchena Gómez. Considera Tapia que también en el derecho alemán se realiza esta distinción según los derechos fundamentales afectados. Así, citando a Roxin, afirma que la requisita implica una restricción al derecho a la libertad personal, mientras que en la intervención corporal se afecta la integridad física e intimidad corporal de quien padece la injerencia. (TAPIA, Francisco, “Extracciones hemáticas compulsivas...”, op.cit., p.107).

De tal forma, la cuestión se centra en dos derechos, a saber: el derecho a la intimidad y el derecho a la integridad física, los cuales han sido expresamente regulados en la Constitución española¹³⁷ y, si bien será en el Capítulo III donde se analizarán los derechos fundamentales afectados, podemos realizar una primera aproximación a partir de la mencionada sentencia.

Así vemos que en referencia al derecho a la intimidad se analiza en su doble vertiente, como derecho a la intimidad corporal y, desde una perspectiva más amplia, como derecho a la intimidad personal considerando, respecto del primero, que no es coextenso a la realidad física del cuerpo humano, sino que se trata de una entidad cultural determinada por el criterio dominante de la cultura sobre el recato personal, en tanto que la intimidad personal es más amplio pues implica un ámbito propio y reservado de los demás, referido, fundamentalmente, a la esfera estrictamente personal de la vida privada. En cuanto al derecho a la integridad física, la sentencia considera que se trata del derecho de la persona a la incolumidad corporal, es decir, el derecho a no sufrir ninguna lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento.

Ahora bien, en general, la doctrina utiliza los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la resolución comentada; sin embargo, la misma fue objeto de diversas valoraciones. Así Gómez Amigo¹³⁸ entiende que este criterio es sólo aproximativo porque esta clasificación no es definitiva, pues una

¹³⁷ Art.18.1 CE: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Art. 15 CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidas a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

Asimismo, el art. 8 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No puede haber interferencias de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo que esta interferencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, para la seguridad pública, para el bien económico del país, la defensa del orden, la prevención de las infracciones penales, para la protección de la salud o de la moral, o para la protección de los derechos o libertades de otros.”

¹³⁸ GÓMEZ AMIGO, Luis, “La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN (1)”, *Diario La Ley*, N° 8324, Sección doctrina, 3 de junio de 2014. Año XXXV, p.2.

inspección anal o vaginal, aun cuando se trate de una inspección corporal, va a afectar la integridad física y la práctica requerirá la intervención médica o sanitaria necesaria para que no se produzca una lesión de la integridad corporal. Asimismo, considera que el registro de la boca puede afectar a la intimidad corporal, pues si se toma el sentido de intimidad expresado en la sentencia se afecta, sin duda, la privacidad por ser una zona interior del cuerpo inmune por completo a cualquier injerencia ajena. Afirma, igualmente, que tampoco pueden incluirse las diligencias de reconocimiento en rueda o los exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, como medidas de inspección corporal porque las mismas no afectan derechos fundamentales.

Participa de la misma posición Ortego Pérez¹³⁹, al estimar que algunas de las medidas citadas en la sentencia del Tribunal Constitucional no pueden considerarse verdaderamente una simple inspección corporal como, por ejemplo, la rueda de reconocimiento, toda vez que, en ese supuesto, ni siquiera existe un contacto corporal con el imputado al que simplemente se le coloca a la vista de la persona que va a practicar la medida, debiendo hacerla comparecer junto con otras personas de características físicas similares. Sin embargo, agrega el autor que esta delimitación conceptual atribuible a Gimeno Sendra, quien fue ponente de la mencionada sentencia, constituye hoy un punto de partida tanto para la doctrina como para la jurisprudencia.

Igualmente, Iglesias Canle¹⁴⁰ considera que este criterio utilizado por el Tribunal Constitucional, basado en la afectación de derechos fundamentales, resulta por lo menos imperfecto. Y afirma ello porque entiende que hay medidas que no corresponde sean incluidas, como el reconocimiento en rueda o los exámenes dactiloscópicos. Por otra parte, hay actuaciones que no afectan ninguno de los dos derechos fundamentales mencionados por el Alto Tribunal.

¹³⁹ ORTEGO PÉREZ, Francisco, “Problemas derivados de las intervenciones...”, op.cit., p.3.

¹⁴⁰ IGLESIAS CANLE, Inés, *Investigación penal sobre el cuerpo humano...*, op.cit., pp.18 y ss.

Así, pone como ejemplo la autora, los registros bucales porque como no se trata de un ámbito corporal que tenga protección constitucional pues no afectaría las partes íntimas ni tampoco incidiría en la privacidad, razón por la cual no sería posible extender las garantías de los registros o inspecciones corporales. Tampoco sería viable considerarlos como una intervención corporal porque, al no producirse ninguna lesión en el cuerpo, no resultaría afectado el derecho a la integridad física.

Sin embargo -citando a Díaz Revorio-, concluye Iglesias Canle que en relación a aquellos exámenes que, sin afectar a la integridad física recaen sobre zonas del cuerpo que no pueden considerarse “íntimas”, podrían considerarse que los mismos no están protegidos por estos derechos, pero que, en todo caso, se vería afectado el derecho a la “intimidad corporal”, que no es otra cosa que la vertiente negativa de la libertad de disponer del propio cuerpo. Así, en el sistema constitucional español, serían los valores dignidad y libertad y el libre desarrollo de la personalidad los que podrían verse afectados.

A pesar de tratarse de una decisión jurisprudencial de derecho comparado e incluso teniendo en cuenta la valoración que de la misma hicieron los autores españoles, lo cierto es que la doctrina argentina la utiliza en gran medida cuando se refiere a las medidas de investigación corporal. Ello se debe fundamentalmente a dos razones, a saber: la primera es que a diferencia de la Constitución española, en la Constitución de Argentina no existen disposiciones que se refieran expresamente al derecho a la intimidad y a la integridad física; en segundo lugar, porque como hicimos referencia al comenzar, en general la jurisprudencia se ha volcado a analizar si en los casos concretos las medidas de intervención corporal afectan algún derecho fundamental, sin explicitar el contenido de cada uno.

En efecto, en la Constitución argentina se encuentra regulado de manera genérica el derecho a la intimidad¹⁴¹ y, en consecuencia, no existe ninguna referencia concreta a él. Ese silencio constitucional¹⁴² -anterior a la reforma del año 1994-, aunque no impidió el reconocimiento del derecho, generó divergencias doctrinales sobre sus alcances y debió ser la jurisprudencia la que estableció los parámetros dentro de los cuales debía ser delineado.

Al respecto, buena parte de la doctrina, y valga como ejemplo, Carlos Nino¹⁴³, sostuvo que el derecho a la intimidad debía inferirse del artículo 18 de la Constitución y no del artículo 19 porque este último regula el derecho a la privacidad, es decir, la posibilidad de realizar acciones que no dañan a terceros y que, por lo tanto, no son objeto de calificación por parte de una moral pública; en cambio el derecho a la intimidad, como tal, se refiere a la esfera con la que cuenta una persona y que está exenta del conocimiento e injerencias generalizado por parte de los demás.

Sin embargo, fue la Corte Suprema de Justicia de Argentina quien estableció los parámetros del derecho a la intimidad afirmando que: *[e]l derecho a la privacidad e intimidad encuentra su fundamento constitucional en el artículo 19 de la Constitución Nacional. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida*

¹⁴¹ Art. 19 CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenda el orden y la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.” En tanto que en el art. 18 CN se regula todo lo atinente al ámbito de privacidad del domicilio y los papeles privados, “[...] El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

¹⁴² El silencio constitucional puede justificarse si se tiene en cuenta que la Constitución Nacional data del año 1853. En el año 1994 se convocó una Convención Constituyente a fin de realizar una reforma de la Constitución; sin embargo, en la reforma no se podía incluir ninguna modificación al Capítulo Primero referente a las declaraciones, derechos y garantías por considerarse parte pétrea. A pesar de ello, se incorporó a la Constitución en el art. 75 inc. 22, los tratados internacionales de derechos humanos dándoles una jerarquía superior a las leyes ordinarias. Así se incorpora un catálogo de derechos que, por ser más modernos, son más amplios que los reconocidos en la primera parte del texto constitucional.

¹⁴³ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pp.327 y ss.

*por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación, por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad*¹⁴⁴.

También sostuvo en fallos posteriores que: *[e]l derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen*¹⁴⁵.

Igual suerte corría en el texto constitucional de 1853 el derecho a la integridad física pues la única referencia se infería de la prohibición de tormentos y azotes,¹⁴⁶ por lo que la doctrina, en general, admitía que de esta prohibición podía afirmarse el derecho a la integridad física del cual gozaban todas las personas.

Como ya hemos sostenido, con la reforma constitucional del año 1994 se incorporaron a la Constitución Nacional los Tratados de Derechos Humanos, en los cuales se desarrollan con mayor precisión y amplitud los derechos de esta

¹⁴⁴ CSJN Fallos 306:2:1892, “Indalia Ponzetti de Balbín vs. Editorial Atlántida SA”. En este caso se analiza el derecho a la intimidad y privacidad vinculada con la imagen ya que una revista publicó en su tapa una fotografía que retrataba al Dr. Ricardo Balbín (político) agonizante en el interior de la sala de terapia intensiva de la clínica en la cual se encontraba internado.

¹⁴⁵ CSJN Fallos 316:479.

¹⁴⁶ Art.18 CN: “[...] Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes.”

naturaleza. Así en el Pacto de San José de Costa Rica, el art.11.2 establece que “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o su reputación”; el PIDCyP, en el art.17.1, consagra exactamente igual derecho¹⁴⁷. Con respecto al derecho a la integridad física también ha sido expresamente regulado en el Pacto y el art. 5.1 establece que “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.”, en tanto que en el inciso 2 agrega “[n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”¹⁴⁸.

Ahora bien, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha referido al derecho a la intimidad afirmando que *[e]l derecho a la intimidad garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo*¹⁴⁹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha abordado el alcance del derecho a la integridad física; en este sentido, resolvió en el caso Familia Barrios vs. Venezuela que *[...] la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejaciones o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación*

¹⁴⁷ El derecho a la intimidad se encuentra igualmente consagrado en la DUDH; así en el art. 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”; Igualmente el art. V DADDH: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.”. Art. 17 PIDCyP: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y su reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

¹⁴⁸ Refiere Feldman que el tema del respeto a la integridad física del hombre, que consagra este artículo, motivó un extenso debate, fundamentalmente atendiendo no sólo a lo físico sino también a lo psíquico. Finalmente, la mayoría de las delegaciones favorecieron, desde un principio, el reconocimiento de ambas categorías en la persona humana (física y psíquica) y así quedó establecido en el primer párrafo. Varias delegaciones perfeccionaron el texto, con observaciones de indiscutible valor técnico siendo finalmente aprobado dicho artículo con la estructura del texto original (FELDMAN, Gustavo, *El Pacto de San José de Costa Rica*”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p.30)

¹⁴⁹ CIDH Informe 38/96, Argentina, de 15 de octubre.

concreta. Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, y, por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos. Asimismo, el Tribunal ha indicado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana¹⁵⁰.

A pesar de las precisiones en cuanto a los derechos fundamentales tratados, lo cierto es que la jurisprudencia argentina ha analizado en diferentes fallos si las intervenciones corporales ordenadas en el caso concreto implican una afectación a tales derechos, sin precisar cuál es el contenido de cada uno de estos, tal como hemos visto de la jurisprudencia comparada.

Así la CSJN convalidó, en un caso de tráfico de menores, la extracción de muestras hemáticas del niño que se presumía apropiado y de los imputados, en el entendimiento que: *[...] tampoco se observa la afectación de otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realizan por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores del resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen. También debe rechazarse el agravio referente al derecho a disponer del propio cuerpo, en relación con la zona de reserva e intimidad del individuo, toda vez que la negativa a la extracción de sangre no se dirige al respecto de aquél sino a*

¹⁵⁰ En el presente caso la Corte Interamericana determinó la responsabilidad internacional del Estado de Venezuela porque la familia Barrios fue sometida a una grave persecución por parte de la Policía del Estado de Aragua. Como parte de esta persecución, cinco miembros de la familia perdieron la vida, varias personas fueron detenidas y sometidas a allanamientos ilegales y arbitrarios, sufrieron amenazas contra su vida y su integridad personal y se vieron obligados a desplazarse de su lugar de residencia. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párr.52.

*obstaculizar una investigación criminal en la que ellos resultan imputados y la menor víctima, es decir, afecta los derechos de terceros (art. 19 de la Constitución Nacional, a contrario sensu)*¹⁵¹.

Entendemos que la terminología utilizada por la CSJN no es del todo acertada pues no puede afirmarse que las medidas de investigación corporal no producen una afectación de derechos fundamentales. Distinto es, si esa afectación, se encuentra justificada en el caso concreto en función de los parámetros de la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Indudablemente el análisis que en última instancia realizó el Máximo Tribunal, va direccionado en tal sentido, con independencia de que los términos empleados no fueran los estrictamente adecuados. A pesar de ello, ésta ha sido la metodología utilizada por el resto de los Tribunales, aunque con mejor encuadre jurídico, pero limitándose igualmente a determinar la procedencia de la medida en cada caso concreto¹⁵².

Pero lo cierto es que, con mayor o menor técnica jurídica, lo que no puede discutirse es la vinculación del contenido de los derechos fundamentales con el nivel de incidencia de la injerencia. Y esta vinculación es la que permite terminar de configurar los conceptos de inspecciones e intervenciones corporales.

3. Síntesis

Como vemos, tanto la doctrina como la jurisprudencia han definido con mayor o menor amplitud, las medidas de investigación que pueden realizarse en el cuerpo del imputado, teniendo en cuenta para ello distintos parámetros. Sin

¹⁵¹ CSJN Fallos 318:2518. Art.19 CN *vid.* nota 141. Esta jurisprudencia fue mantenida posteriormente en Fallos 319:3770.

¹⁵² *Vid.* CNCP, Sala II, “D., E. R. s/recurso de casación”, 25/11/11.

embargo, todas parten del mismo denominador común, el cual es que recaen sobre la materialidad corporal del imputado¹⁵³.

Partiendo de esta primera afirmación, la posibilidad de diferenciar dentro de todas las medidas de investigación, aquellas que constituyen inspecciones o registros corporales, o bien, intervenciones propiamente dichas, radica en analizar el objeto o finalidad que se pretende alcanzar con la realización de la misma, perfilando así el contenido de cada una de ellas.

En efecto, las inspecciones y registros corporales implican sólo un reconocimiento o examen externo del cuerpo, a fin de constatar características corporales como podrían ser cicatrices, marcas, tatuajes, como también la exploración de las partes internas del cuerpo y sus cavidades naturales con el objeto de buscar efectos ocultos, incluyéndose en este tipo de medidas registros anales, vaginales o bucales, exámenes ginecológicos. En tanto que las intervenciones consisten en el estudio del cuerpo mismo, para lo cual es necesario extraer elementos o fluidos del individuo incluyéndose extracción de líquidos, tejidos o muestras orgánicas, o bien la exposición a radiaciones como rayos X, resonancias magnéticas, escáner cerebral, etc.

Sin perjuicio de que se practique un registro, inspección o intervención, estas diligencias inciden en un amplio espectro de derechos fundamentales por implicar una injerencia del Estado en el cuerpo del imputado. Es por ello que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, exigen que se observen determinados requisitos y presupuestos en su ordenación y ejecución.

¹⁵³ GÓMEZ AMIGO así lo afirma al elaborar las conclusiones en relación con la ponencia impartida por D. José Martín Ostos en el Seminario interdisciplinar Fuentes de Prueba y Nuevas Formas de Criminalidad en la Universidad de Almería en 2001; concluyendo que “[...] las medidas de intervención corporal constituyen diligencias de investigación o de obtención y aseguramiento de fuentes de prueba que se practican sobre la materialidad corporal de la persona con el objeto de comprobar la existencia del hecho punible y la participación del imputado.” Como ya hiciera referencia anteriormente si bien el objeto del presente trabajo se centra en la persona del imputado, las medidas de intervención e inspección corporal también pueden recaer sobre el cuerpo de la víctima u otra persona.

En términos generales, podemos afirmar que, independientemente de la medida de que se trate, deberá tenerse en cuenta los intereses específicos en juego, las condiciones en las cuales se practica la medida, el impacto que la misma pueda tener en el ejercicio y goce de los derechos del imputado y, éste análisis deberá realizarse bajo los parámetros de la pertinencia, razonabilidad y proporcionalidad de la diligencia que se vaya a practicar.

Asimismo, entendemos que no debe perderse de vista que siempre el límite infranqueable lo constituye la dignidad de toda persona sometida a un proceso penal porque, como lleva dicho la CSJN, *[e]l sistema constitucional, al consagrar los derechos, declaraciones y garantías, establece las bases generales que protegen la personalidad humana y a través de su norma de fines, tutela el bienestar general. [...] De ahí que el eje central del sistema jurídico sea la persona en cuanto tal, desde antes de nacer hasta después de su muerte*¹⁵⁴.

II. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de las medidas de investigación corporal -se traten de inspecciones o de intervenciones corporales-, tampoco encuentra una posición unánime en la doctrina. No podemos dejar de tener en cuenta la diversidad de diligencias que pueden incluirse dentro de las mismas, diversidad que también se refleja en la finalidad de cada una de ellas. Estas circunstancias, sin duda, conspiran contra la posibilidad de determinar su naturaleza o encuadre jurídico.

Piénsese, por ejemplo, en una inspección corporal que tenga por finalidad la constatación de alguna característica física del imputado que permita su individualización (una cicatriz o un tatuaje), medida que se agota con su

¹⁵⁴ CSJN Fallos 316:479.

realización; situación que difiere de una intervención corporal para extraer una muestra biológica, la cual posteriormente deberá ser sometida a una pericia o prueba científica.

En las páginas siguientes, abordaremos las distintas posiciones existentes en cuanto a la naturaleza jurídica de las medidas de investigación corporal.

1. Elementos probatorios colectados durante la investigación penal preparatoria

1.1 Práctica de medidas de investigación corporal durante la investigación penal preparatoria

Sabido es que el proceso penal argentino consta de varias etapas¹⁵⁵, la primera de ellas, es la etapa de instrucción penal en la que se desarrolla una variada actividad, siendo fundamentalmente investigativa puesto que, durante la misma, las diligencias se encaminan a buscar y recolectar los elementos probatorios que permitan formular una acusación contra persona determinada. Como bien afirma Binder¹⁵⁶, la investigación es una actividad eminentemente creativa pues lo que se pretende es superar el estado de duda inicial al momento de tomar conocimiento de un hecho presuntamente delictivo, para lo cual deberán buscarse todos los elementos que brinden información que permita clarificar esa incertidumbre originaria. Se trata pues, de la actividad que encuentra o detecta

¹⁵⁵ En el proceso penal de Mendoza encontramos reguladas cinco etapas: 1- etapa de investigación penal preparatoria que consiste fundamentalmente en recolección de elementos probatorios que permitan formular una acusación .2- etapa crítica en la cual se realiza el análisis o crítica de la etapa de investigación a fin de determinar si existen elementos para formular una acusación o bien corresponde concluir anticipadamente el proceso; 3- etapa del juicio o plenario que es el juicio propiamente dicho; 4- etapa de impugnación que consiste en la revisión de la decisión (sentencia) a la cual se ha arribado en el juicio; y, 5- etapa de ejecución en la cual se ejecuta la sentencia que ha quedado firme pasando en autoridad de cosa juzgada.

¹⁵⁶ BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p.236.

los medios que servirán de prueba para realizar un eventual juicio, o bien para descartar esta posibilidad.

La doctrina argentina, en general, conceptualiza la prueba como toda actividad que se desarrolla dentro del proceso penal, tendiente a lograr el esclarecimiento de la verdad sobre el objeto del proceso. Así, se define la prueba como “todo elemento o dato objetivo que se introduzca legalmente en el proceso y sea susceptible de producir en el ánimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva”¹⁵⁷. Así, en una primera aproximación, es posible afirmar que esta actividad probatoria puede desarrollarse tanto durante la etapa de la investigación penal preparatoria como durante la etapa del juicio oral pues, según el concepto brindado *supra*, se considera prueba la actividad desarrollada durante todo el proceso penal.

Ello va a tener trascendencia, fundamentalmente, al momento de incorporar en el juicio los elementos probatorios colectados en este primer momento porque lo cierto es que, habitualmente, durante la etapa de investigación penal preparatoria se lleva a cabo toda la recolección de la evidencia que va a dar base a la acusación. Es, justamente, en esta etapa procesal donde se determinarán no sólo las circunstancias modales del hecho delictivo sino también la individualización del presunto autor.

Teniendo en cuenta lo expuesto y, volviendo a las medidas de investigación corporal, es posible incluirlas dentro del concepto que dimos de prueba ya que las mismas introducen en el proceso conocimientos referidos a los extremos fácticos de la imputación. Si bien las finalidades de las mismas pueden ser diversas, aportan conocimientos sobre algún aspecto del objeto del proceso, tales como la comisión del hecho o la participación del imputado. En efecto, puede

¹⁵⁷ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal...*, op.cit., Tomo I, p.341.

consistir en buscar en el cuerpo del imputado sustancias constitutivas de un hecho delictivo (estupefacientes), o extraer sangre del imputado con fines de determinación (por ejemplo, de alguna enfermedad), o comparativos (para compararlos con rastros hallados en el lugar del hecho o en el cuerpo de la víctima), pudiendo extraerse igualmente una mínima porción de cabello o saliva.

Afirma Gómez Amigo¹⁵⁸ que las intervenciones corporales deben ser consideradas como actos de investigación directos justamente porque proporcionan por sí mismos las fuentes de investigación, y esta conceptualización justifica que estas medidas se adopten en el momento inicial de un proceso penal. Coincide Matallín Evangelio¹⁵⁹ quien considera que son diligencias de investigación puesto que tales actos se desarrollan durante el sumario y tienen por finalidad descubrir las circunstancias de comisión de un hecho delictivo o bien determinar la autoría de las personas que han intervenido en el mismo.

De tal manera, esta actividad desarrollada durante la investigación penal preparatoria -tanto en el proceso penal mendocino como en el de la Nación-, serán ordenadas por el Ministerio Público¹⁶⁰ a fin de obtener los elementos probatorios que le den sustento a una acusación que permita pasar a la etapa siguiente del proceso penal, el juicio o plenario. Sin perjuicio de ello, veremos que la forma que la cual se va a proceder a la incorporación va a variar en función de los distintos ordenamientos procesales.

¹⁵⁸ GÓMEZ AMIGO cit. por DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., pp.77 y ss.

¹⁵⁹ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, *Intervenciones corporales...*, op.cit., p.16.

¹⁶⁰ Si bien esta afirmación requiere de algunas precisiones, las cuales serán tratadas en el Capítulo IV cuando se analice el órgano judicial que puede disponer tales medidas, lo cierto es que, en los sistemas procesales comentados, la investigación penal se encuentra en cabeza del Ministerio Público, y es a éste a quien corresponde la dirección del proceso y la recolección de los elementos probatorios necesarios para formular una acusación.

1.2 Incorporación al juicio o plenario

Conforme sostuvimos en el punto anterior, la doctrina argentina se refiere a la prueba en un concepto amplio, es decir, tanto a las medidas que se practican durante la investigación penal como también a las producidas durante el juicio oral propiamente dicho. Sin embargo, en general, se considera que los elementos probatorios recolectados en esta etapa preparatoria sólo sirven de fundamento a la acusación o, eventualmente ante la insuficiencia de ellos, va a posibilitar solicitar el sobreseimiento, pero no podrá fundarse en estas diligencias de investigación una sentencia condenatoria si no se han introducido válidamente al proceso, respetándose los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradictorio¹⁶¹. Es por ello que la legislación procesal determina la forma en que esta actividad probatoria podrá ingresar a la etapa del plenario, cuando ellas no puedan practicarse directamente durante el juicio oral.

¹⁶¹ La CSJN ha puesto de manifiesto la necesidad de que la defensa pueda controlar toda la prueba de cargo en la cual se basa una sentencia condenatoria; así en el emblemático caso “Benitez” (Fallos 329:5596) resolvió que [...] *El hecho de que el Estado haya realizado todos los esfuerzos posibles para hallar al testigo y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlo, carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa: si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal. De allí la invocación de la “imposibilidad” de hacer comparecer al testigo no baste para subsanar la lesión la debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba. Desde este punto de vista, lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa.* En sentido similar el Tribunal Constitucional ha resuelto que [...] *únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con la ejecución de los medios aportados a tal fin por las partes. Ahora bien, el Tribunal ha manifestado que esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, pues como excepción a la expresada regla general este Tribunal reconoce los casos de prueba anticipada y preconstituida.* (STC 140/1991, 20 de junio, FJ 2). Tampoco ha sido ajena a estos temas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como surge de lo resuelto en la Demanda Brandstetter c. Austria, Serie A, vol 211, n° 67 [e]l derecho a un proceso penal contradictorio implica, tanto para la acusación como para la defensa, la facultad de tomar conocimiento de las observaciones o elementos de prueba producidos por la otra parte, así como discutirlos. La legislación nacional puede satisfacer esta exigencia de diversas maneras, pero el método elegido por ella debe garantizar que la parte adversa esté al corriente de la presentación de observaciones y goce de una oportunidad verdadera de argumentar sobre ellas, citado por JAUCHEN, Eduardo, “Derecho del imputado y su defensor a interrogar testigos y peritos de cargo y descargo”, *Revista de Derecho Procesal*, La defensa penal-I, Año 2010-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.107.

Sin embargo, esta posibilidad se limita a determinadas modalidades probatorias que, por sus especiales características, podrán ser valoradas en la sentencia condenatoria, a pesar de haberse practicado durante la investigación penal. En otras palabras, solamente tendrán valor las pruebas producidas durante el juicio oral y, por lo tanto, la posibilidad de introducir elementos probatorios de la investigación penal preparatoria va a ser excepcional. En este sentido, Gimeno Sendra¹⁶² hace referencia a la existencia de algunos hechos que se consideran irrepetibles o que, por determinadas circunstancias, no van a poder ser realizados durante la celebración del juicio oral, lo que imposibilita practicar estas pruebas bajo la inmediación del tribunal que va a dictar sentencia. Es por ello que, afirma el autor, existen dos posibilidades para el aseguramiento de esta prueba, a saber: que se practique directamente bajo la inmediación del juez, observando en todo momento el conjunto de garantías que tienen todas las partes intervinientes; la segunda posibilidad consiste en asegurar las fuentes de prueba para poder trasladarlas el día del juicio oral al órgano jurisdiccional decisor.

Estas dos posibilidades constituyen los casos que la doctrina ha dado en llamar prueba anticipada y prueba preconstituida. En la primera de ellas, se practica el acto de prueba durante la investigación penal preparatoria, como sería tomar declaración testimonial a un testigo residente en el extranjero o un testigo que por razones de salud sufre el riesgo de no poder comparecer ante el tribunal de juicio, garantizando a todas las partes el contradictorio y el derecho de defensa. En la prueba preconstituida lo que se produce es la guarda o custodia de las fuentes de prueba, ejemplo de ella serían las intervenciones e inspecciones corporales, entre otras.

¹⁶² GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de derecho...*, op.cit., p.228 y ss.

Como bien refiere Binder¹⁶³, en estos casos encontramos un obstáculo insalvable que imposibilita que la prueba pueda producirse en el momento procesal oportuno, es decir, en el juicio oral. Por dicha razón, las legislaciones establecen un mecanismo procesal para que se le otorgue valor por anticipado a la información que aporten esos elementos probatorios. Así, el anticipo de prueba consiste esencialmente en producir ante el órgano jurisdiccional la prueba, adelantando también las condiciones básicas del juicio: la posibilidad de control por parte de todos los sujetos procesales y la presencia del juez.

El denominador común tanto a la prueba anticipada como a la preconstituida es la irrepitibilidad del acto, pues teniendo en cuenta las características del mismo, no va a poder producirse durante el juicio oral. Ahora bien, la diferencia entre ambas, refiere Armenta Deu, es que, siendo las dos excepcionales, “[...]la primera supone que con determinadas condiciones se practique la prueba antes del juicio oral, en tanto, la eventualidad de prueba preconstituida se somete a diversos requisitos: justificar la imposibilidad de la práctica en el juicio, y que la salvaguarda de la contradicción puede tener lugar, no en la instrucción, como ocurre necesariamente en la prueba anticipada, sino mediante la declaración como testigo de quien llevó a cabo la diligencia y elaboró el acta que se incorpora como soporte”¹⁶⁴.

Critica Guzmán Fluja¹⁶⁵ la terminología de irrepitibilidad o irreproductibilidad porque considera que, si sólo es prueba la que se celebra en el juicio oral, no puede hablarse de repetir algo, pues cae por su propio peso que el juicio oral no es un lugar para reiterar actos porque si no llegaríamos a la conclusión que esta fase sólo consiste en una mera repetición de lo desarrollado

¹⁶³ BINDER, Alberto, *Introducción al derecho ...*, op.cit., pp.238 y ss.

¹⁶⁴ ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales, La justicia penal en Europa y América*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 84.

¹⁶⁵ GUZMÁN FLUJA, Vicente, “La anticipación y aseguramiento de la prueba penal”, *Prueba y proceso penal, Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado* (Coord. Gómez Colomer, Juan Luis), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.199 y ss.

durante la investigación penal. La prueba solamente puede existir dentro del juicio oral, por lo que no es prueba lo que se produce en la etapa de investigación penal. Considera el autor que no hay pruebas irreproducibles ni pruebas que sean de imposible repetición, sino que el problema es que esa fuente de prueba no se encuentra disponible en el momento del juicio oral y, por lo tanto, no pueden ser presentadas directamente ante el Juez que ha de dictar sentencia. Concluye que la posibilidad de valorar esa fuente de prueba en la etapa del juicio oral va a depender de que se hayan respetado dos principales garantías: la inmediación judicial y la contradicción¹⁶⁶.

Ahora bien, sea que se considere la irrepetibilidad del acto o de la indisponibilidad de la fuente de prueba, lo cierto es que las distintas legislaciones procesales regulan la posibilidad de valorar en el juicio oral y, por lo tanto, en la sentencia, elementos probatorios que se han practicado durante la investigación penal.

a. Disposiciones del ordenamiento procesal de Mendoza

La normativa provincial no hace expresa referencia a “prueba preconstituida” y a “prueba anticipada”, si bien contiene disposiciones que

¹⁶⁶ Afirma Guzmán Fluja que “[...] la presencia del juez en la instrucción en la realización de una diligencia de instrucción, es una garantía de legalidad del acto, de que se cumple con todos los requisitos legales exigidos, incluido, en su caso, el de audiencia a la parte contraria para que pueda ejercer la contradicción. Aun cuando esta inmediación en la instrucción no siempre es posible, lo que sí es posible es la inmediación del juez instructor en la práctica de diligencias que suponen la obtención de información y de posibles fuentes de prueba cuando se prevé de antemano que esa fuente no llegará directamente y en sí mismo al juicio oral [...] habrá que presentarle al juez decisor la fuente de prueba tal y como quedó preconstituida en la instrucción, para que pueda percibirla lo más directa y personalmente que sea posible, y en este sentido los adelantos tecnológicos pueden ser de gran ayuda. [...] En cuanto a la garantía de contradicción aun cuando durante la instrucción no es posible garantizar en todo momento la existencia de una contradicción actual o simultánea a la obtención de la fuente de prueba pero lo que siempre debe ser posible es un contradictorio diferido sobre la fuente de prueba. [...] Y ya durante la etapa del juicio oral deben agregarse las garantías propias del juicio, es decir, contradicción, inmediación, publicidad y oralidad con lo cual no cabe limitarse luego a una adquisición en éste por mera lectura porque no cabe una renuncia anticipada a la aplicación de principios propios del juicio oral” (*Ibidem*).

regulan determinados supuestos de incorporación de elementos probatorios recolectados durante la investigación penal preparatoria.

De tal forma, el Código Procesal de Mendoza establece que podrá el Tribunal ordenar la lectura de determinados documentos a pedido del Ministerio Público o de las partes, incorporándose, así, como prueba instrumental en el juicio¹⁶⁷. Permite, asimismo, la legislación introducir mediante lectura la parte sustancial de los dictámenes periciales de la prueba pericial que se hubiera practicado durante la investigación penal preparatoria, sin perjuicio de que, si los peritos fueron citados al juicio oral, presten declaración¹⁶⁸. Como vemos, basta con la lectura, sin que sea requisito ineludible la declaración de las personas que los realizaron.

Critica esta modalidad Binder¹⁶⁹ toda vez que entiende que estas habilitaciones legislativas terminan funcionando, en gran medida, como una conversión automática de los elementos recabados en la investigación en prueba, sin que se hayan producido en el juicio. La razón de su crítica se centra en que la práctica forense ha pervertido el sistema de oralidad y contradictorio pues, en la mayoría de los casos, se incorpora la prueba instrumental, con el consentimiento de las partes, pero sin su lectura.

¹⁶⁷ Art.401 CPPMza: Lectura de Actas y Documentos: “El Tribunal podrá ordenar, a pedido del Ministerio Público o de las partes, la lectura de:

- 1) La denuncia.
- 2) Los informes técnicos y otros documentos producidos por la Policía Judicial.
- 3) Las declaraciones efectuadas por coimputados absueltos, sobreseídos, condenados o prófugos, si aparecieren como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.
- 4) Las actas labradas con arreglo a sus atribuciones por la Policía Judicial, el Fiscal o el Juez de Garantías.
- 5) Las demás constancias de otro proceso judicial de cualquier competencia.”

¹⁶⁸ Art.395 CPPMza: Dictamen Pericial “El Presidente hará leer la parte sustancial del dictamen presentado por los peritos, y si éstos hubieran sido citados, responderán bajo juramento, salvo los peritos de control, a las preguntas que se les formulares.

El Tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos del debate.”.

¹⁶⁹ BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal...*, op.cit., p.239.

Sin embargo, caben varias observaciones al respecto. En primer lugar, que la ley otorga a las partes las herramientas para el adecuado ejercicio de sus derechos, por lo que no sería cuestionable la legislación, sino el mal uso que de ella hacen los intervinientes en el proceso al consentir que no se produzca el acto de lectura. En segundo lugar, en el caso de las intervenciones corporales, en particular, la regulación legal de su práctica durante la investigación preparatoria permite el control de la defensa, resguardando así los derechos del imputado¹⁷⁰. Por último, nada impide a las partes ofrecer como prueba el testimonio de los funcionarios que hayan llevado a cabo la medida de inspección o intervención corporal, a fin de que declaren durante el juicio y poder ejercer el debido contradictorio.

Con respecto a los supuestos que la doctrina denomina prueba anticipada, tampoco existe una regulación expresa. La legislación mendocina regula en general la actividad probatoria que tenga el carácter de definitiva e irreproducible. Se considera que son definitivos, aquellos actos que deberán ser tenidos en cuenta y aceptados por el Tribunal de juicio en la forma en que se cumplieron durante la etapa instructoria. En tanto que se estiman irreproducibles, cuando por sus características y naturaleza no pueden ser repetidos en el juicio, conservando el valor conviccional que tenía el primero porque no va a poder desarrollarse exactamente igual que la primera vez¹⁷¹. En tales casos, se debe notificar en forma previa a la defensa bajo sanción de nulidad¹⁷², a fin de permitir su participación y el control de los actos que habrán de devenir irrepetibles.

¹⁷⁰ Vid art. 211 CPPMza, transcripto en nota 124.

¹⁷¹ Vid. COUSSIRAT, Jorge, PEÑALOZA, Fernando, GUAJARDO, Laura y QUIROGA, M. Paula, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2008, Tomo 1, p.419.

¹⁷² Art.320 CPPMza: Derecho de asistencia y Facultad Judicial “Los defensores de las partes tendrán derecho a asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, salvo lo dispuesto por el Artículo 211, siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles.

Asimismo, podrán asistir a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio, o exista el peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración.

Al respecto afirma Maier¹⁷³ que resulta necesaria la notificación al imputado y a su defensor, porque éste va a ser el único medio de control efectivo del material que va a utilizar el Tribunal de juicio al momento de decidir. En las inspecciones e intervenciones corporales, la ley posibilita la presencia del defensor, quien en ejercicio del derecho de defensa del imputado podrá proponer peritos de control cuando se requiera la realización de alguna actividad pericial o científica.

A pesar de la intervención de la defensa, cierto es que, en el sistema procesal mendocino, no se prevé que para la realización de tales actos se requiera la intervención del Juez de Garantías, aun cuando dichos elementos probatorios podrán ser valorados por el Tribunal de juicio para el dictado de la sentencia condenatoria. Siendo ello así, en rigor de verdad, no podemos hablar de prueba anticipada pues ésta debe practicarse ante el órgano jurisdiccional. Consideramos que esta intervención debería ser dispuesta por el legislador en aras de un adecuado resguardo del derecho de defensa del imputado.

Sin perjuicio de que, como hemos venido analizando, la práctica de estas medidas de investigación corporal se realiza durante la investigación penal preparatoria, también es posible que, tanto las inspecciones como las intervenciones corporales, puedan ser ofrecidas y producidas durante el juicio oral. Así, entonces, durante la etapa preliminar al juicio oral podrán ofrecerse como prueba alguna de ellas. Entendemos que es factible si tenemos en cuenta

Se podrá permitir la asistencia del imputado o del ofendido, cuando sea útil para esclarecer los hechos o necesaria por la naturaleza del acto.

Las partes podrán estar asistiendo a los registros domiciliarios.”

Art.321 CPPMza: Notificación. Casos Urgentísimos “Antes de proceder a realizar alguno de los actos que menciona el artículo anterior, excepto, el registro domiciliario, se dispondrá bajo pena de nulidad, que sean notificados los defensores. La diligencia se practicará en la oportunidad establecida aunque no asistan.

Sin embargo, se podrá proceder sin notificación o antes de la oportunidad fijada, cuando el acto sea de suma urgencia o no se conozcan, antes de las declaraciones mencionadas en el artículo anterior, la enfermedad o el impedimento del testigo. En el primer caso se dejará constancia de los motivos, bajo pena de nulidad, y en el segundo, se designará de oficio a un Defensor, quien deberá concurrir al acto, bajo la misma sanción.”

¹⁷³ MAIER, Julio, *Derecho procesal...*, op.cit., Tomo I, p.586.

que la etapa de investigación es, como su nombre lo indica, preparatoria lo cual significa que deben reunirse elementos de convicción suficientes para fundar una acusación, sin que sea necesario agotar la práctica de diligencias o búsqueda de fuentes probatorias¹⁷⁴.

En el supuesto que no se pueda realizar durante el desarrollo del juicio oral, la legislación prevé una instancia denominada Investigación Suplementaria¹⁷⁵ durante la cual se van a llevar a cabo este tipo de medidas, que no pueden practicarse en el desarrollo del debate. En estos supuestos, los actos se practican ante la presencia de uno de los jueces del Tribunal y la intervención del Ministerio Público y de todas las partes, incorporándose posteriormente tales actos al juicio oral mediante la lectura de las actas que los documenten. De esta manera, al haber mediado un control previo de las partes, se respeta el principio de contradicción, tal como lo refiere De Paolis¹⁷⁶. Asimismo, se respeta el principio de inmediación pues la medida se realiza frente al Tribunal decisor, incluso en el supuesto en que intervenga uno solo de los vocales del Tribunal.

b. Disposiciones del ordenamiento procesal nacional

El CPPNación establece – tal como se ha puesto de resalto-, un sistema adversarial que contiene expresas disposiciones referidas a la prueba constituida

¹⁷⁴ Piénsese, por ejemplo, que aun cuando se hayan reunido elementos probatorios que acrediten la autoría, hayan quedado restos biológicos en la víctima que no hayan sido cotejados con muestras biológicas del imputado y puedan realizarse en esta etapa las intervenciones corporales. O igualmente la posibilidad de realizar una inspección corporal a fin de constatar alguna cicatriz o marca en el cuerpo del imputado.

¹⁷⁵ Art. 369 CPPMza: Investigación Suplementaria “El Presidente, a requerimiento del Ministerio Público o de las partes y siempre con noticia de ellas –bajo pena de nulidad-, podrá disponer la realización de los siguientes actos:

[...] 4) Pericias y demás actos que no pudieren practicarse durante el debate.

Estos actos deberán incorporarse al debe por su lectura.

A estos fines podrá actuar uno de los Vocales de la Cámara. La investigación suplementaria no podrá durar más de treinta días.”

¹⁷⁶ DE PAOLIS, María Liliana, *Código Procesal Penal comentado de la Provincia de Mendoza*, (Coord. Jorge Coussirat), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, Tomo II, p.204.

y la prueba anticipada, en consonancia con las precisiones que la doctrina realiza sobre las mismas.

Así las disposiciones relativas a la incorporación de prueba preconstituida, a diferencia de la legislación provincial, regulan de manera obligatoria la lectura de los documentos respectivos y las partes sólo podrán acordar por unanimidad la lectura, reproducción o exhibición parcial, es decir, de aquellas partes que sean suficientes a los fines del debate¹⁷⁷. En los supuestos de prueba pericial practicada durante la investigación penal, es necesaria la declaración de los peritos, no pudiendo suplirse con la lectura de las conclusiones del dictamen pericial¹⁷⁸. De tal forma, si bien se trata de casos acotados, lo cierto es que se prevé la posibilidad de valorar en el juicio oral diligencias probatorias reunidas durante la investigación penal.

También se contempla expresamente el procedimiento de anticipo de prueba para distintos supuestos, tales como actos que por sus características deben considerarse definitivos e irreproducible o bien supuestos en los cuales se puede presumir que no se va a poder recibir la declaración en el juicio, entre otros, debiendo ser practicados ante el órgano jurisdiccional, quien resolverá sobre la procedencia del anticipo de prueba, salvo que exista acuerdo de las partes sobre su necesidad y modo de realización, en cuyo caso deberá

¹⁷⁷ Art.266 CPPNación: Otros medios de prueba “Los documentos serán leídos y exhibidos en la audiencia, con indicación de su origen. Los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento por testigos, peritos o el imputado.

Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales serán reproducidos.”

Las partes podrán acordar por unanimidad la lectura, exhibición o reproducción parcial de estos medios de prueba cuando baste a los fines del debate.

Las partes deberán alegar y el juez resolverá sólo sobre las pruebas producidas en el debate.”

¹⁷⁸ Art.265 CPPNación: Peritos “Los peritos presentarán sus conclusiones oralmente. Para ello, podrán consultar sus informes escritos, y valerse de todos los elementos auxiliares útiles para explicar las operaciones periciales realizadas.”

En la parte pertinente del CPPNación donde se regulan los medios de prueba, se establece que el dictamen pericial debe presentarse por escrito, sin perjuicio de la declaración del perito en las audiencias orales.

practicarla¹⁷⁹. Estos medios probatorios van a ser posteriormente incorporados al juicio oral a través de su lectura¹⁸⁰, la cual resulta obligatoria, aunque exista acuerdo de las partes para omitirla.

Sin duda, la finalidad de esta lectura es permitir el ingreso de tales elementos probatorios al juicio oral, con el debido contralor de las partes y, también, evitar –como afirma Gimeno Sendra-¹⁸¹ que pueda introducirse al plenario, en calidad de prueba, todos los actos de investigación realizados en la fase instructora y que naturalmente, al quedar plasmados en las oportunas actas, también son documentos públicos. En efecto, la ley procesal nacional permite que se presenten documentos a testigos, peritos o al imputado tanto para facilitar su memoria como para dar explicaciones sobre lo que allí consta, con la autorización de los jueces. Sin embargo, lo que se va a valorar son los dichos vertidos en la audiencia.

¹⁷⁹ Art. 229 CPPNación: Anticipo de prueba “Las partes podrán solicitar el anticipo jurisdiccional de prueba únicamente en los siguientes casos:

- a) Si se tratar de un acto que, por las circunstancias o por la naturaleza y característica de la medida, debiera ser considerado como un acto definitivo e irreproducible;
- b) Si se tratar de una declaración que probablemente no pudiera recibirse durante el juicio;
- c) Si por la complejidad del asunto existiera la probabilidad de que el testigo olvidará las circunstancias esenciales sobre lo que conoce;
- d) Si el imputado estuviera prófugo, fuera incapaz o existiera un obstáculo constitucional y se temiera que el transcurso del tiempo pudiera dificultar la conservación de la prueba.

El juez admitirá o rechazará el pedido en audiencia. Si hace lugar, ordenará la realización con citación de todas las partes.

Si existe acuerdo de todas las partes sobre la necesidad y modo de realización de la prueba anticipada, y siempre que se trate de alguno de los supuestos mencionados en el primer párrafo, el juez deberá disponer la producción anticipada de prueba.

La diligencia será documentada en acta u otro medio idóneo y quedará bajo la custodia del representante del Ministerio Público Fiscal, quien será responsable por su conservación inalterada.”

¹⁸⁰ Art. 256 CPPNación: Excepciones a la oralidad “Sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura:

- a) las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, siempre que no sea posible la presencia de quien participó o presenció el acto;
- b) la prueba documental o de informes y las certificaciones.

La lectura de los elementos esenciales en la audiencia no podrá omitirse ni siquiera con el acuerdo de las partes.

Toda otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura no tendrá ningún valor, sin perjuicio de la presentación de documentos al testigo, perito o al imputado para facilitar su memoria o dar explicaciones sobre lo que allí consta, previa autorización de los jueces. En todo caso, se valorarán los dichos vertidos en la audiencia.”

¹⁸¹ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho...*, op.cit., p.231.

Es por ello que Iglesias Canle¹⁸² sostiene que, siendo las intervenciones corporales diligencias de investigación que nos van a aportar fuentes de prueba, éstas van a ser utilizadas para realizar actividad probatoria en el acto del juicio oral. Siendo esto así, no es suficiente la lectura de lo realizado en la instrucción, sino que va a ser necesaria la presencia de los peritos, que hayan llevado a cabo la medida y hayan realizado el posterior análisis, para considerarla una verdadera prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Considera, además, que la presencia de los peritos resulta esencial para poder valorar adecuadamente la prueba científica, ya que ésta presenta cierta complejidad en su interpretación.

Resulta en este sentido representativo lo resuelto por el Tribunal Constitucional referido a que [...] *la acusación no puede limitarse a tener por “reproducidas” en el juicio oral, como prueba documental, los actos instructorios, sino, antes al contrario, ha de proponer en el escrito de acusación los oportunos medios de prueba, a través de los cuales pueda darse entrada en el juicio oral a hechos que fundamenten su pretensión, de tal suerte que el Tribunal pueda someter a confrontación, mediante la lectura de documentos, el resultado probatorio y el del acto de investigación sumarial y, en definitiva, formar libremente su convicción sobre dicho resultado probatorio, obtenido bajo la vigencia de los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad*¹⁸³. Reafirmando tales conceptos, ha resuelto en sentencias posteriores que [...] *la constatación en el juicio de estas diligencias sumariales debe hacerse no como una simple fórmula retórica y de estilo, sino en condiciones que permitan a las partes someterlas a contradicción, evitando formalismos de frecuente uso forense (STC 22/1988); todo ello con el fin, precisamente, de*

¹⁸² IGLESIAS CANLE, Inés, *Investigación penal sobre el cuerpo...*, op.cit., p.23.

¹⁸³ STC 140/1991, de 20 de junio, FJ 2.

*permitir a la defensa del acusado someter las actuaciones sumariales a una efectiva contradicción en el acto de la vista*¹⁸⁴.

Ésta ha sido igualmente la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, independientemente del sistema procesal vigente, ha dicho que *[e]l sistema de la oralidad no tolera el desarrollo de un juicio sin producción de prueba alguna, ya que este método exige, para la tutela del debido proceso, que los juzgadores experimenten el peso o la fuerza de la percepción por sus sentidos, según el principio de inmediatez, porque esa prueba, adquirida y evaluada en el contradictorio, es la que luego servirá de sustento para dictar una sentencia razonada y válida, fundada en los hechos verificados y el Derecho vigente; lo contrario sería conformarse con un debate huérfano de elementos fácticos, en el que la discusión sólo girase en torno a cuestiones puramente jurídicas o de crítica a las constancias extrajudiciales*¹⁸⁵.

Como vemos, las razones que justifican estos anticipos de prueba son siempre la urgencia y evitar que puedan dispersarse o malograrse fuentes de prueba que aparecen como trascendentales para el proceso y, por dicha circunstancia, se permite su ingreso en la etapa del juicio oral siempre que la documentación de tales actos permite un adecuado ejercicio del derecho de defensa y no supongan la limitación de derechos fundamentales¹⁸⁶.

¹⁸⁴ STC 10/1992, 16 de enero, FJ 2. En esta sentencia en particular se hizo lugar a la demanda de amparo porque si bien se practicó un reconocimiento en rueda con la asistencia del Letrado del inculpado tanto en las dependencias policiales como posteriormente en presencia judicial, la perjudicada no compareció a la audiencia oral y el Ministerio Fiscal solicitó la lectura de ciertos folios del sumario en vez de instar la suspensión del juicio para la declaración de la testigo de cargo. En función de ello, el Tribunal entendió que hubo en el juicio oral una constatación de la identidad de la persona a quien se había hecho referencia en la declaración de la perjudicada, pero no se produjo una ratificación del contenido de dicha declaración testifical de una forma en la cual los hechos que la acusación imputaba al acusado y que éste negaba, pudieran ser verdaderamente contrastados de manera contradictoria y con intermediación y oralidad como exigen las garantías del proceso.

¹⁸⁵ CSJN Fallos 331:525. Si bien en este caso se desestimó el recurso por cuestiones procesales, se hicieron tales apreciaciones en los votos de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni.

¹⁸⁶ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal...*, op.cit., p.231.

Es que como ha señalado el Tribunal Constitucional [*e]sta posibilidad (de anticipar o preconstituir prueba) está justificada por el hecho de que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierden datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa*¹⁸⁷. Aparece en este fallo, en toda su dimensión, la búsqueda del punto de equilibrio entre el derecho a la intimidad derivado de la dignidad de la persona humana y la inviolabilidad de la defensa frente al interés por la protección de la sociedad castigando aquellas conductas contrarias a las leyes.

De tal forma, aun siendo diligencias que se han practicado durante la investigación, éstas pueden ser valoradas en la etapa del juicio oral sirviendo de fundamento a una sentencia condenatoria. Es que, como refiere Huertas Martín¹⁸⁸, junto a las pruebas que se han obtenido en el juicio oral hay que añadir aquellos medios probatorios preconstituidos que resultan de imposible o de muy difícil reproducción, pero para poder llevar a cabo dicha incorporación resulta necesario que haya habido una estricta observancia de las garantías necesarias para la defensa, y que sean reproducidos en la etapa del juicio oral, respetando, de ese modo, la contradicción¹⁸⁹.

No en vano, en el Código Procesal de la Nación, se admite la lectura de las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba siempre que no sea posible la presencia de la persona que participó o presenció el acto, lo cual pone en evidencia la necesidad de que toda la prueba que vaya a ser

¹⁸⁷ STC 137/1988, de 07 de julio, FJ 2.

¹⁸⁸ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso...*, op.cit., p.80.

¹⁸⁹ Si no se admitiera la prueba anticipada o preconstituida se llegaría al supuesto de que se hiciera depender el ejercicio del *ius puniendi* del azar o de la malquerencia de las partes, por ejemplo mediante la amenaza a los testigos; pudiendo dejarse sin efecto lo actuado en la instrucción, tal como ha sido puesto de resalto por el Tribunal Constitucional en STC 154/1990, 15 de octubre de 1990 afirmándose que se trata de compaginar en estos supuestos la seriedad de lo actuado sumarialmente, que no puede perder por tal condición todo valor, con el haz de garantías a que es acreedor el acusado de un hecho punible.

utilizada en una sentencia haya pasado por el tamiz de la oralidad, publicidad, inmediación y contradictorio. Consideramos que la regulación nacional logra un adecuado equilibrio entre el interés social en la represión de los hechos delictivos y el respeto de los derechos que le asisten al imputado.

2. Prueba pericial

Al comenzar el tema, pusimos de resalto, que estas medidas o diligencias de injerencia en el cuerpo del imputado podían agotarse en el acto de su realización, como una inspección corporal que tenga por finalidad la constatación de alguna característica física que permita su individualización (una cicatriz o un tatuaje), o podían requerir la realización de una pericia o prueba científica, como el supuesto de una intervención corporal para extraer una muestra biológica que debe ser posteriormente analizada.

Cuando hablamos de prueba pericial, estamos indicando aquellas medidas probatorias que requieren de especiales conocimientos científicos o técnicos que escapan al conocimiento del Tribunal y de las partes. En este sentido, afirman Ferreryra de De la Rúa y Bella que la pericia “[...] es el medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos o técnicos, útiles para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba”¹⁹⁰. Añaden las autoras que “[...] las pruebas biológicas son pericias científicas que se realizan sobre la base de muestras orgánicas del hombre, extraídas de seres vivos o muertos, que se elaboran a partir de la comparación de sus grupos o factores sanguíneos, del cotejo de sus principales caracteres morfológicos y fisiológicos transmisibles de generación en generación, o mediante la confrontación de sus códigos o huellas

¹⁹⁰ FERRERYRA de DE LA RÚA, Angelina, BELLA, Gabriela María, “Prueba Científica, examen de ADN y otros análogos. Inspección corporal” en *Prueba ilícita y prueba científica* (Dir. Roland Arazi.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pp.34 y ss.

genéticas, y cuya finalidad consiste en contribuir a la individualización o identificación de tales personas físicas”¹⁹¹.

La necesidad de practicar posteriormente a la intervención corporal análisis periciales sobre las muestras o vestigios extraídos del cuerpo del imputado, ha llevado, entre otras razones, a algunos autores a sostener que este tipo de medidas tienen naturaleza de prueba pericial. Duart Albiol¹⁹² refiere como argumentos dados para afirmar la naturaleza de prueba pericial: en primer lugar, porque así lo ha afirmado la jurisprudencia constitucional respecto de los test alcoholimétricos; en segundo lugar, porque la normativa referida a los informes periciales da cobertura legal a la práctica de tales diligencias y, por último, porque es necesaria la intervención de personal médico o sanitario en la práctica de la diligencia.

Es por dicha razón que Ruiz Jaramillo¹⁹³ también considera que la naturaleza jurídica de las intervenciones corporales es de prueba pericial, y justamente. éste elemento es el que permite diferenciar las intervenciones corporales de otras medidas que se realizan sobre el cuerpo humano, como es el caso de las requisas o cacheos que tienen carácter de medidas llevadas a cabo por funcionarios policiales para prevención de la criminalidad.

Iglesias Canle¹⁹⁴ considera que estas diligencias practicadas durante la instrucción penal y que tienen por finalidad la obtención de fuentes de prueba, son pruebas de naturaleza pericial, tanto por los especiales conocimientos y técnicas que se requiere para su realización, como también el análisis posterior al que deben ser sometidas las muestras obtenidas del cuerpo humano. Considera la autora que esta naturaleza se puede afirmar no sólo cuando sea necesario someter

¹⁹¹ *Ibidem*

¹⁹² DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.79.

¹⁹³ RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo, “Intervenciones corporales en el Código de Procedimiento Penal del 2004, análisis de la Sentencia C-822 del 2005 de la Corte Constitucional Colombiana”, *Revista Universitas*, Bogotá (Colombia) n° 114, julio-diciembre 2007, p.233.

¹⁹⁴ IGLESIAS CANLE, Inés, *Investigación penal sobre el cuerpo...*, op.cit., pp.28 y ss.

a algún saber especializado las muestras biológicas obtenidas sino también respecto de la intervención corporal propiamente dicha. Y ello es así, porque la pericia siempre va a ser necesaria cuando, para la determinación de ciertos hechos se requieran conocimientos especializados, o cuando de los hechos se trate de deducir unas consecuencias que solamente pueda suministrar un especialista.

Por estas razones, concluye Iglesias Canle que el perito debe estar presente a lo largo de todo el proceso de obtención de estas medidas. Así, desde el primer momento, la presencia del perito permitirá asegurar los derechos de la persona afectada y, asimismo, va a poder orientar a la autoridad judicial sobre la intervención corporal más conveniente según el hecho que se quiera determinar. Ello va a permitir garantizar el aspecto más importante: que la medida se realizará sin causar más daño que el estrictamente necesario y con todas las garantías que aseguren la fiabilidad de los resultados que se obtengan.

Coincide Álvarez de Neyra Kleppler¹⁹⁵ al considerar que, concretamente referido al análisis del ADN, éste constituye una técnica pericial científica que tiene por finalidad obtener elementos probatorios para poder identificar al autor del hecho delictivo en la fase de instrucción y asegurar determinadas fuentes de prueba para convencer al tribunal que ha de dictar sentencia, mediante el informe que los peritos presenten en el momento del juicio oral.

Al respecto entendemos que es cierto que, en el caso de algunas intervenciones corporales, se requiere la intervención de personal médico o sanitario y con posterioridad se deberá realizar una prueba pericial sobre las muestras biológicas obtenidas, lo cual permite afirmar su naturaleza como prueba científica. Sin embargo, teniendo en cuenta la gran variedad de medidas que puede considerarse como de injerencia corporal y las distintas finalidades que

¹⁹⁵ ÁLVAREZ NEYRA DE KEPPLER, Susana, “La prueba de ADN...”, op.cit., pp.50 y ss.

tienen, es posible advertir que existen otras que no requieren ni la intervención de personal especializado ni ningún análisis o estudio posterior como, por ejemplo, el caso de las inspecciones directas. Por dichas razones, estimamos que resulta difícil englobar la naturaleza jurídica de todas las investigaciones corporales como prueba pericial.

En este sentido, afirma Etxeberría Guridi¹⁹⁶ que, aunque las técnicas de ADN requieren de conocimientos muy específicos y la intervención de laboratorios o institutos especializados en dicha actividad, lo que debe primar por encima de esta naturaleza pericial es el aspecto incisivo en la esfera de los derechos fundamentales del individuo.

Por ello mismo, concluye Duart Albiol¹⁹⁷ que sólo puede defenderse la naturaleza pericial de las inspecciones o intervenciones corporales siempre que para la realización de tales medidas sea necesaria la presencia de un médico o de personal sanitario, con la finalidad de garantizar la integridad física de la persona, atendiendo a los especiales conocimientos científicos que el personal sanitario posee. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que la actividad pericial se realiza, en realidad, después de la intervención física, no se va a poder sostener la naturaleza pericial de las mismas.

En el caso de las técnicas de investigaciones cerebrales¹⁹⁸ si podemos afirmar su naturaleza de prueba pericial pues los elementos probatorios se obtienen de la práctica misma de la medida de intervención corporal y ésta

¹⁹⁶ ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp.14 y ss.

¹⁹⁷ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.80.

¹⁹⁸ En la actualidad encontramos dos técnicas novedosas que son la resonancia magnética funcional (fMRI) y el *brainfingerprinting* (P300). Estas técnicas se van a desarrollar con mayor profundidad en el Capítulo V pero inicialmente podemos afirmar que la primera se utiliza para intentar determinar si las declaraciones del imputado son o no veraces, en función de la respuesta cerebral; en tanto que la segunda se pretende averiguar si ciertos datos relevantes que surgen de la investigación son conocidos o no por el sujeto sometido a este test (VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, p.110).

solamente podrá llevarse a cabo por peritos especializados en neurociencias. Ana Sánchez Rubio considera que se trata de una prueba científica toda vez que se vale de leyes y principios científicos y de equipos de elevado nivel tecnológico, que requieren de personal cualificado para llegar a producir unos resultados de alta probabilidad¹⁹⁹.

Ahora bien, en los supuestos de intervenciones corporales, que requieran el desarrollo de actividad pericial, la misma será desarrollada durante la investigación penal preparatoria²⁰⁰ con todas las garantías de defensa y contradictorio. Como sostuvimos *supra*, esta prueba pericial podrá ser incorporada en el juicio, bien sea leyendo las conclusiones de los informes periciales, o interrogando al perito en el supuesto en que haya sido citado conforme surge de la normativa provincial²⁰¹.

En la regulación del Código Procesal Penal de la Nación, si bien durante la investigación penal se podrá practicar prueba pericial con la debida intervención de los peritos de las partes²⁰², en el momento del juicio oral –a diferencia de la

¹⁹⁹ SÁNCHEZ RUBIO, Ana, “El uso del Test P300 en el proceso penal español: algunos aspectos controvertidos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-04 (2016), p.8, <http://criminnet.ugr.es>, (fecha de visita 07/07/16).

²⁰⁰ Art. 249 CPP Mza: Nombramiento y notificación “Se designará un perito, salvo que se estimare indispensable que sean más. La resolución se notificará al Ministerio Público, cuando corresponda, y a los defensores antes de que se inicien las operaciones, bajo pena de nulidad, a menos que haya suma urgencia o que la indagación sea extremadamente simple. En estos casos, bajo la misma sanción, se les notificará que se realizó la pericia pudiendo las partes, a su costa, y el Ministerio Público, requerir su reproducción cuando fuere posible.”

²⁰¹ *Vid* art. 395 CPPMza transcripto en nota 168.

²⁰² Art.161 CPPNación: Procedencia “Si para conocer o apreciar un hecho resultaran necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, las partes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza en cuyo caso deberán acompañar los elementos que acrediten la idoneidad profesional de aquellos.”

Art. 163 CPPNación: Instrucciones “Durante la etapa de la investigación preparatoria las partes podrán solicitar al representante del Ministerio Público Fiscal las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiere su pericia o para cualquier otro fin pertinente. El representante del Ministerio Público Fiscal accederá a la solicitud a menos que, presentada durante la etapa de investigación preparatoria, se considere necesario postergarla para proteger el éxito de aquella. El representante del Ministerio Público Fiscal podrá oponerse dentro de los CINCO (5) días si existieran fundadas razones. Ante la oposición, podrá recurrirse ante el juez, quien resolverá en audiencia. Los peritos procurarán practicar juntos el examen.”

legislación provincial-, no se podrán incorporar por lectura las conclusiones volcadas en el dictamen pericial, sino que dichas conclusiones deberán ser presentadas oralmente por los peritos que llevaron a cabo la labor pericial²⁰³.

3. Medidas de coerción personal

Al referirse a la naturaleza de estas medidas, la doctrina en general las ubica en el ámbito de la actividad probatoria, ya sea como diligencias de investigación, prueba anticipada o preconstituida o prueba pericial. Sin embargo, algunos autores entienden que constituyen medidas de coerción personal, sacándolas del ámbito probatorio.

En la doctrina argentina, cuando se hace mención a las medidas de coerción personal, se está aludiendo a aquellas medidas realizadas por el órgano estatal y que implican injerencias en los derechos fundamentales del imputado. Sostiene Carbone²⁰⁴ que los actos procesales que implican medidas de coerción personal se realizan contra la voluntad de la persona afectada, sea que esta persona los acate o no, y afectan algún derecho fundamental de la misma, ya sea libertad, locomoción, privacidad, integridad personal, etc.²⁰⁵

Art. 164 CPPNación: Dictamen pericial “El dictamen será fundado y contendrá, de manera clara y precisa, una relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado. Los peritos podrán dictaminar por separado en caso de que exista diversidad de opiniones entre ellos. El dictamen se presentará por escrito firmado y fechado, sin perjuicio de la declaración en las audiencias.”

²⁰³ Vid art. 265 CPPNación, transcripto en nota 178.

²⁰⁴ CARBONE, Carlos, *La prueba penal ante la coerción del imputado*, Ed. Nova Tesis, Buenos Aires, 2007, pp.15 y ss.

²⁰⁵ Considera Carbone distintos tipos de coerción tales como la identificación del imputado, la inspección corporal y mental, la incomunicación, las restricciones a la libertad o los bienes, las injerencias en el domicilio, la intervención de las comunicaciones epistolar o telefónicas, y las pruebas periciales sobre el cuerpo del imputado (*Ibidem*).

Coincide Clariá Olmedo²⁰⁶ entendiendo que la actividad coercitiva está compuesta por una diversidad de actos procesales que tienden a asegurar los fines del proceso en sus distintas fases o etapas, evitando el daño jurídico que podría ocasionarse si no se asegura la efectiva satisfacción del resultado. Así, distingue este autor, los medios coercitivos personales -vinculados con la privación de libertad ambulatoria y las medidas de seguridad-, y los medios coercitivos reales -vinculados con los secuestros y embargos- y los medios accesorios en los cuales incluye no sólo las injerencias en el domicilio y las comunicaciones sino también las injerencias en el cuerpo del imputado como la requisa personal.

En este contexto de considerar las medidas de coerción en su sentido amplio, afirma Maier²⁰⁷ que la inspección corporal, ya sea que se trate de una indagación externa o bien una indagación interna en el cuerpo de una persona, constituye, en definitiva, una medida de coerción directa toda vez que implica la supresión de la libre voluntad de la persona para autorizar el registro o la indagación de algo que, supuestamente, oculta a la generalidad de las personas. Al tratarse del empleo de la fuerza pública para sacrificar legítimamente un interés jurídicamente protegido, implica sin duda una injerencia. Considera el autor que, si estas injerencias no estuvieran autorizadas por la ley, no podrían realizarse por aplicación del principio *nulla coactio sine lege*. Sin embargo, a pesar de esta autorización, estas medidas deben practicarse dentro de los límites estrictamente fijados por la misma.

Igualmente, Fernández Acebo²⁰⁸ -citando a Etxeberría Guridi-, considera que dependerá del concepto más o menos amplio que se tenga de la instrumentalidad como característica esencial del proceso cautelar. De tal forma, si sostenemos que las medidas coercitivas son todos los actos necesarios para

²⁰⁶ CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal...*, op.cit., Tomo V, pp.199 y ss.

²⁰⁷ MAIER, Julio, *Derecho Procesal...*, op.cit., Tomo III, p.196.

²⁰⁸ FERNÁNDEZ ACEBO, María Dolores, *Las intervenciones corporales...*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014, pp.36 y ss.

asegurar el eficaz desenvolvimiento del proceso, ya sea que se trate de la inmovilización de las personas o la inmovilización de cosas, se podría considerar como medidas de coerción. Y en tal sentido, deberán incluirse las medidas asegurativas de la presencia del imputado (medidas restrictivas de la libertad) y las medidas asegurativas de la prueba (incluyéndose las medidas de investigación corporal).

Sin embargo, una concepción más estricta restringe la función cautelar de las medidas de coerción a limitar el peligro procesal, esto es, evitar el entorpecimiento probatorio o el peligro de fuga para garantizar los fines del proceso penal. Siendo ello así, no es posible incluir como medidas de coerción, las de investigación corporal pues no tienen por finalidad garantizar que la resolución final que recaiga en el proceso principal pueda llevarse a la práctica.

De tal forma, si bien estas medidas constituyen una injerencia en el cuerpo del imputado que implica una afectación de derechos fundamentales; entendemos que no pueden considerarse de naturaleza cautelar o coercitiva en el sentido estrictamente jurídico de éstas. Indudablemente en un concepto amplio del uso de la coerción estatal pueden incluirse, pero, en rigor de verdad, si utilizamos esa amplitud de la coerción debemos considerar a todo el proceso penal pues éste implica el uso de coerción estatal.

A pesar de lo sostenido por algunos autores, lo cierto es que las legislaciones procesales, tanto de Mendoza como en el ámbito nacional, han sostenido la naturaleza probatoria de las mismas. En efecto, en ambos ordenamientos se regula todo lo relativo a las investigaciones corporales en el Título referido a los medios de prueba, en tanto que toda la normativa referida a las medidas de coerción y cautelares se limitan exclusivamente a aquéllas que

limitan la libertad ambulatoria con la exclusiva finalidad de neutralizar el peligro procesal, esto es, el peligro de fuga o entorpecimiento probatorio²⁰⁹.

4. Síntesis

Como puede colegirse de todo lo hasta aquí expuesto, la gran variedad de medidas de investigación corporal, que incluyen tanto los registros como las inspecciones e intervenciones, atentan contra la posibilidad de unificar la naturaleza jurídica de las mismas, teniendo en cuenta no sólo las diferentes técnicas de cada una de ellas, sino también las distintas finalidades. Habrá casos en que se trate de una inspección directa que no requiera de ninguna actividad posterior y, en otros casos, será necesaria una prueba pericial posterior en el caso que se hayan extraído fluidos del cuerpo del imputado o, incluso, que la medida en si misma requiera de la intervención de peritos en la materia, como sería el supuesto de investigaciones cerebrales²¹⁰.

En este sentido, lleva razón Fernández Acebo²¹¹ cuando afirma que si bien la diversidad de medidas resulta un obstáculo para poder establecer una única naturaleza jurídica, en lo que sí existe unanimidad en la doctrina es que, cualquiera sea la medida de investigación corporal de que se trate, todas ellas producen, en mayor o menor grado, la afectación de derechos fundamentales

²⁰⁹ En el CPPMza las medidas de investigación corporal se regulan en el Capítulo 9 del Título VI; en tanto que las medidas de coerción se establecen en el Título VII. En el CPPNación, las medidas probatorias –entre las cuales se legislan sobre las intervenciones corporales-, se legislan en el Libro Cuarto y todo lo relativo a las medidas de coerción y cautelares se realiza en el Libro Quinto.

²¹⁰ Buena prueba de ello lo encontramos en Gómez Colomer cuando afirma que “[...] la prueba del ADN en realidad pueden ser tres pruebas distintas: la prueba pericial, la más importante, la intervención de la Policía Científica en el proceso penal como testigos; o la prueba documental al elaborar la Policía sus informes.” Aclara Gómez Colomer que con la reforma de la LECRIM en 2002 finalmente se zanja la cuestión y se vuelve a la naturaleza de prueba documental, sin embargo, considera el autor que se trata de un claro error porque es una prueba personal que exige unos conocimientos que el juez no tiene, o sea, en realidad, es una prueba pericial documentada. (GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada; el análisis de ADN”, *La prueba de ADN en el proceso penal* (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014., pp.53 y ss.

²¹¹ FERNÁNDEZ ACEBO, María Dolores, *Las intervenciones corporales...*, op.cit., p.39.

amparados en la Constitución, y por esta razón, deben estar sujetas no sólo a los límites en cuanto a su práctica sino también respetando las garantías previstas en el ordenamiento jurídico.

Es por ello que consideramos que, debe tenerse en cuenta cada medida de inspección e intervención corporal en particular, a fin de especificar su naturaleza jurídica. Así, la determinación de la naturaleza jurídica va a permitir llevar a cabo la actividad procesal pertinente para posibilitar la utilización de tales medidas probatorias durante la etapa del juicio oral, respetando los derechos que asisten al imputado, dotando a las medidas de investigación corporal de los caracteres de oralidad, publicidad y contradicción, propios del juicio o plenario, para que puedan ser valoradas por el Tribunal que ha de decidir sobre el fondo de la cuestión.

III. Caracteres

Aun ante la dificultad de unificar la naturaleza jurídica de las investigaciones corporales –entendiéndose por tales tanto las inspecciones como las intervenciones corporales-, no es menos cierto que existen caracteres comunes a dichas diligencias que permiten delimitar el ámbito de aplicación de éstas. La doctrina, en general, acepta como caracteres comunes los que a continuación se desarrollan.

1. Se practican sobre el cuerpo de personas vivas

En efecto, las investigaciones corporales se realizan sobre el cuerpo de personas vivas puesto que toda peritación sobre cadáveres tiene otra regulación

legal²¹² porque la finalidad de tales medidas está encaminada, por ejemplo, a determinar la causa de muerte de una persona y con ello, la eventual responsabilidad penal de terceros involucrados. Refiere Pérez Marín²¹³ que las medidas que tengan por objeto de análisis los cadáveres de personas fallecidas, no pueden considerarse dentro de las diligencias de investigación corporal ya que nunca van a poder tener el respaldo de los derechos consagrados en el art. 15 CE²¹⁴.

En igual sentido, afirma Ruiz Jaramillo²¹⁵ que lo característico de este tipo de medidas es, justamente, que recaen sobre el cuerpo humano vivo. Razón por la cual, quedarían excluidas también aquellas pruebas periciales que puedan realizarse sobre muestras biológicas que estén separadas del cuerpo humano. Así, por ejemplo, pelo, sangre, saliva o incluso algún órgano, o parte del mismo, que puedan encontrarse en la escena del crimen o el lugar donde la persona tiene su residencia habitual o su lugar de trabajo, o porque estén depositados en alguna institución de salud. En estos casos, nos encontraremos frente a otras medidas o diligencias probatorias que no tendrán el carácter de inspecciones o intervenciones corporales ni estarán sometidas a los presupuestos legales de realización que atañe a las mismas.

2. Diversidad de objeto

Las investigaciones corporales pueden ser utilizadas para acreditar distintos aspectos o circunstancias dentro del proceso penal, ello lleva a decir a Pérez

²¹² Art.256 CPPMza: Necropsia necesaria “En caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad se ordenará la necropsia salvo que por la inspección exterior resultare evidente la causa que la produjo.”, lo que evidencia que no serán las normas relativas a las intervenciones corporales las de aplicación en casos de personas fallecidas.

²¹³ PÉREZ MARIN, María Ángeles, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.18.

²¹⁴ *Vid* art.15 CE transcripto en nota 137.

²¹⁵ RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo, “Intervenciones corporales...”, op.cit., p.231.

Marín²¹⁶ que este tipo de diligencias no tienen un único objeto, sino que, por el contrario, la finalidad de las mismas puede ser muy distinta.

Así, puede tener por fin acreditar la participación del imputado en el hecho intimado, ya sea en calidad de autor o cómplice, medida que, por la finalidad que presenta, se practica durante la fase de investigación. Si su objeto fuera buscar rastros o pruebas del delito, pueden practicarse inspecciones en el cuerpo de la víctima con el fin de obtener, por ejemplo, fluidos corporales o restos epiteliales del agresor que posteriormente podrán ser comparados con material probatorio indubitado obtenido del acusado.

También pueden tener por objeto determinar el estado tanto físico como psíquico en que se encuentra el sospechado o acusado en orden a determinar aquellas circunstancias que pueden resultar atenuantes o agravantes de su responsabilidad penal, como, por ejemplo, determinar si es portador de alguna enfermedad que pueda constituir una agravante del tipo penal²¹⁷. Igualmente pueden practicarse para obtener datos relevantes para el proceso penal, como sería la utilización de resonador magnético o escáner cerebral²¹⁸.

Asimismo, es posible llevar a cabo una inspección corporal para obtener los elementos vinculados con el delito, y que el sospechado puede llevar escondido en su cuerpo o en su ropa, finalidad que sólo puede cumplirse en los primeros momentos de la investigación y que, en muchos supuestos, por la urgencia de la medida, podrán practicarse sin orden judicial²¹⁹. En estos casos, la jurisprudencia

²¹⁶ PÉREZ MARIN, María Ángeles, *Intervenciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.19.

²¹⁷ Por ejemplo, en el ordenamiento penal argentino, constituye un agravante del tipo penal de abuso sexual con acceso carnal, que el autor sea portador de una enfermedad de transmisión sexual grave y hubiere existido peligro de contagio (art.119 inc.c del Código Penal).

²¹⁸ Nos referimos a las dos técnicas mencionadas con anterioridad, es decir, el resonador magnético cerebral y la prueba *brainfingerprinting* o Potencial Evocado Cognitivo (P300) que serán analizadas en el Capítulo V.

²¹⁹ Art. 336 CPPMza: Atribuciones “La Policía Judicial tendrá las siguientes atribuciones:

exige que existan motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo elementos relacionados con un delito, motivos que deben estar basados en datos objetivos que justifiquen la afectación a la libertad y al pudor de la persona, en aras de la investigación de un delito, que deben ser preexistentes al acto de inspección²²⁰.

El Tribunal Constitucional español ha señalado que, tanto las inspecciones y registros corporales como las intervenciones, se pueden realizar ya sea para la determinación del imputado o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o para el descubrimiento del objeto del delito²²¹. Como vemos, el objeto de las investigaciones corporales no sólo atiende a relacionar al imputado con el hecho sino también abarca otras finalidades referidas al contenido de la imputación que al mismo se le efectúa.

En igual sentido, la Corte Constitucional colombiana ha dicho que los registros o inspecciones sobre el cuerpo humano son diligencias de investigación

[...] 3) Si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica.

4) Proceder a los allanamientos del artículo 219, a las requisas urgentes con arreglo al 222 y a los secuestros imposterables.”

²²⁰ CSJN Fallos 332:2397. En este caso, si bien la mayoría de la Corte desestimó el recurso por falta de fundamentación autónoma, los Ministros Zaffaroni, Maqueda y Lorenzetti en un voto esbozaron los requisitos que permiten realizar este tipo de actos. Así afirmaron que [...] *el legislador prescribió la existencia previa de determinadas circunstancias, que generan un grado de sospecha para llevar a cabo la detención o la requisas corporal, tales como “indicios vehementes”, “circunstancias debidamente fundadas” o “motivos para presumir”. De modo que, más allá de la interpretación que se haga del grado de sospecha exigido por esas leyes para autorizar un arresto o una requisas, no hay dudas de que un policía no está autorizado a realizar detenciones indiscriminadas.*

Que, por otra parte, una vez que el agente de prevención se encuentra ante alguna de esas hipótesis exigidas por la ley para proceder, es necesario que describa fundadamente cuáles son las conductas u actos –en especial actitudes del imputado– que generaron sus sospechas. En efecto, si la autoridad para llevar a cabo la requisas o la detención, conforme a la ley, es el Juez y sólo en casos excepcionales y de urgencia las normas permiten delegarlo en la policía, la única forma de que luego el Juez pueda supervisar la legitimidad de la actuación policial, es que estos funcionarios funden circunstanciadamente las razones del procedimiento.

[...] *Que, además, la inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse por el resultado obtenido pues, obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo la medida. Ello es así pues, de lo contrario, razones de conveniencia se impondrán por sobre los derechos individuales previstos en la Ley Fundamental.*

²²¹ STC 207/1996, de 16 de diciembre.

posdelictuales, dirigidas a hacer una búsqueda sobre el cuerpo del imputado, de la víctima o de terceros, que tengan alguna relevancia para la investigación, con el fin de constatar o esclarecer los hechos, lograr la identificación del autor y determinar las circunstancias bajo las cuales éstos se produjeron. También se ha señalado su función como medida protectora de los medios probatorios cuando están orientadas a la recuperación de elementos de prueba que se encuentran ocultos en el cuerpo de la persona²²².

Como puede verse, las finalidades de estas medidas pueden ser diversas y como refiere Armenta Deu “[...] la relevancia de estas medidas deriva del hecho de que gracias a ellas se obtienen materiales con los que llevar a cabo pruebas periciales que resultan de una gran fuerza incriminatoria –quizás resultando las únicas-; a la par que pueden conllevar la flagrancia del delito o incluso resultar imprescindibles en el curso de una investigación (como sucede con los cacheos o la prueba de alcoholemia)”²²³.

Es importante destacar que, al tener distintas finalidades, los actos de injerencia son también diferentes y con distinta afectación de los derechos fundamentales, toda vez que pueden consistir en la obtención de saliva, el corte de cabello, examen de sangre o examen de la cavidad vaginal o anal, extracción de orina, un examen radiológico o un estudio cerebral. Ello lleva a decir a Matallín Evangelio²²⁴ que no es tarea sencilla confeccionar un listado que permita incluir todas las medidas que puedan considerarse una inspección o una intervención corporal. A ello es posible agregar que los avances de las ciencias dificultan, igualmente, la posibilidad de realizar un listado definitivo.

Este aspecto también ha sido abordado por el Tribunal Supremo español que ha afirmado que [...] *la distinta significación y naturaleza del acto de*

²²² Corte Constitucional, sentencia C-822 del 2005, Considerando VIII, 4, ya citado.

²²³ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho...*, op.cit., p.156.

²²⁴ MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela, *Intervenciones corporales ilícitas...*, op.cit., p.18.

injerencia, determina la necesidad de importantes matices en cada caso, sobre todo, si tenemos en cuenta que no siempre quedan comprometidos los mismos derechos fundamentales. Y es que dentro del amplio abanico de intervenciones corporales (entendidas ahora en sentido extenso, luego trataremos de delimitar su contorno) susceptibles de ser acordadas en el seno del proceso penal, pueden sucederse actos de muy distinto carácter: la toma de huellas dactilares, extracción de sangre, obtención de saliva, corte de cabello, examen de la cavidad vaginal o anal, exploración corporal superficial, cacheo externo, extracción de orina o examen radiológico, son sólo algunas de las posibilidades que puede ofrecer la práctica y a las que es preciso dar una respuesta individualizada²²⁵.

A pesar de tal amplitud, lo cierto es que las legislaciones procesales hacen referencia a las inspecciones corporales y mentales del imputado. Así tanto las normas nacionales como de la Provincia de Mendoza regulan las inspecciones corporales y mentales del imputado²²⁶.

En la legislación nacional encontramos una disposición genérica referida a los exámenes corporales²²⁷ y también una referida a intervenciones corporales pero limitada a la posibilidad de obtener ácido desoxirribonucleico²²⁸. Esta

²²⁵ STS 277/2009, de 13 de abril de 2009, FJ II.A, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Manuel Marchena Gómez.

²²⁶ Vid art. 211 CPPMza, transcripto en nota 124.

²²⁷ Vid art. 175 CPPNación transcripto en nota 124.

²²⁸ Art. 169 CPPNación: Individualización de personas “Podrá ordenarse la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación.

Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Si se estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenarse la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección

última disposición normativa fue introducida en el anterior Código Procesal Penal de la Nación y tuvo un nacimiento traumático, pues se introdujo como consecuencia de un proceso amistoso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a raíz de una denuncia presentada contra el Estado Argentino²²⁹. Al sancionarse el nuevo CPP del año 2015, se mantuvo esta disposición referida a los exámenes de ADN con algunas modificaciones, teniendo en cuenta que en el nuevo proceso penal la investigación penal se encuentra en manos del Ministerio Público, abandonando el sistema mixto con la instrucción penal a cargo del Juez de Instrucción.

corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisita personal.

Asimismo, en el caso de un delito de acción pública en el que se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene.

En ningún caso regirá la facultad de abstención prevista en este Código.

Si la persona que ha de ser objeto del examen, informada de sus derechos, consintiere en hacerlo, el representante del Ministerio Público Fiscal ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente orden judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo.

El juez ordenará la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el párrafo primero de este artículo, justificando su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.”

²²⁹ La denuncia mencionada fue realizada por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo a raíz de un proceso penal desarrollado en la Argentina. Dicho proceso era seguido contra Vázquez y Ferrá por la presunta apropiación de una menor que había nacido en un centro clandestino de detención ubicado en la Escuela de Mecánica de la Armada durante la dictadura miliar en el año 1977. La madre de la menor había sido secuestrada por agentes del Estado y durante su cautiverio dio a luz a una niña que fue apropiada por los denunciados e inscripta en el Registro Civil como hija biológica de éstos con el nombre de Evelin Karina Vázquez Ferrá. Durante el proceso penal, Evelin Vázquez Ferrá –ya mayor de edad-, se opuso a dar una muestra hemática a fin de determinar su identidad por medio de un análisis de ADN y el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Máximo Tribunal del país consideró que, de producirse la medida, podría verse afectado el derecho a la intimidad de Evelin. Así, la resolución cerró el camino para que se determinara la identidad de la víctima del delito, contra su voluntad, mediante la extracción de sangre no consentida. A raíz de ello, la Asociación presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por considerar que el pronunciamiento de la Corte Suprema implicaba un obstáculo insalvable para la investigación de delitos cometidos en la República Argentina con motivo de la desaparición de menores, cuyo objetivo era la restitución de su identidad y el restablecimiento de los lazos afectivos, violándose así los arts. 5, 8, 17 y 25 de la Convención Americana. El Estado argentino ofreció iniciar un proceso amistoso que fue aceptado. La Argentina reconoció la veracidad de los hechos y se comprometió a adoptar una serie de medidas tendientes a contribuir eficazmente a la obtención de justicia y, en ese marco, el Poder Ejecutivo se comprometió a enviar al Congreso de la Nación un proyecto de ley que estableciera un procedimiento adecuado de obtención de muestras de ADN, que resguardara los derechos de los involucrados y resultara eficaz para la investigación y juzgamiento de la apropiación de niños originada durante la dictadura militar. Así, se remitió el proyecto de ley a la Cámara de Diputados de la Nación en el año 2009 y se convirtió en la ley n° 26.549 que modificó el Código Procesal Penal de la Nación, incorporando el artículo transcrito en la nota precedente. Este artículo fue mantenido en el nuevo Código Procesal Penal sancionado en el año 2015.

Sin embargo, cuando se incorporó, esta disposición sobre ADN era la única regulación que existía sobre intervenciones corporales en el CPPNación, lo cual llevó a decir a Bongiovanni Servera²³⁰ que la norma sólo daba habilitación legal para obtener del cuerpo humano su información genética. Esta conclusión se extraía no solamente de la propia norma, ya que se titulaba el artículo como “Obtención de Ácido desoxirribonucleico (ADN)”, sino también porque en su primera oración se hacía referencia a la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), frases de las que de ninguna manera podía extraerse que se admitía la extracción de sangre para un fin diferente que la obtención del ADN de la persona imputada.

Sin embargo, esa no fue la posición asumida por la jurisprudencia. En efecto, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal admitió la extracción compulsiva de sangre, bajo el amparo del artículo mencionado, con la finalidad de determinar si el imputado presentaba el virus de VIH/SIDA. El fundamento de tal decisión se asentó en que la norma en cuestión facultaba al Juez a extraer fluidos, no sólo a los fines de identificación, sino también para la “constatación de circunstancias de importancia para la investigación”²³¹. Esta frase contenida en la norma permitía ampliar el abanico de posibilidades.

A pesar de ello, lo cierto es que en la actualidad el nuevo Código Procesal Penal establece normas sobre la obtención de ADN y también una regulación específica sobre todo lo relativo a los exámenes corporales, sin limitación en cuanto al objeto de las mismas, siempre que fueran necesarios para constatar circunstancias relevantes para la investigación.

²³⁰ BONGIOVANNI SERVERA, José Gabriel, *La prueba de ADN en el proceso penal. Análisis del artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación y su discusión parlamentaria*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012, p.47.

²³¹ CNCP, Sala II, “D., E.R. s/recurso de casación”, 25/11/11.

Igualmente, en la legislación española, se admite la práctica de análisis químicos en los casos que resulten indispensables para la investigación judicial y admite la obtención de muestras biológicas del sospechoso para la determinación de su perfil de ADN²³². En la práctica forense tanto las inspecciones como las intervenciones corporales se llevan a cabo como medidas de investigación, aun cuando éstas no tengan por finalidad la determinación de ADN²³³.

3. Son medidas que afectan derechos fundamentales

Sostiene Andrés Ibáñez²³⁴ que cuando se hace referencia a los derechos fundamentales, se está poniendo de resalto la forma jurídica que, en un momento determinado, reciben los intereses y expectativas que constituyen al hombre como persona. Por esta razón, tienen la consideración de universales, porque el reconocimiento de los derechos fundamentales abarca a todos por igual y los mismos no pueden ser objeto de disposición. Considera el autor que, en razón de ese carácter esencial y básico que tienen tales derechos, deriva su naturaleza de normas en sentido propio, y estas normas operan como límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados.

En sentido similar, afirma María del Mar Dotú I Guri que el derecho fundamental “[...] es aquella norma y/o principio que, por su carácter de inherente a toda persona, se considera principal dentro del conjunto de normas

²³² Vid art. 363 LECrim transcripto en nota 101.

²³³ Así por ejemplo en STC 207/1996 tenía por finalidad determinar si el imputado era consumidor de droga, STC 37/1989 la medida debía realizarse para detectar señales de una posible interrupción del embarazo, STC 206/2007 la analítica de la muestra de sangre se realizó a los fines de determinar la presencia de alcohol en sangre. El borrador de Código Procesal Penal de 2013 regula en el Título II del Libro IV el contenido de las diligencias de investigación; en este Título se regulan las medidas en diferentes Capítulos; así en el Capítulo III se regulan en dos secciones las Inspecciones e intervenciones corporales e investigación mediante ADN, en tanto que en el Capítulo IV se regula todo lo relativo a las diligencias de determinación del consumo de alcohol o drogas tóxicas en la investigación de los delitos contra la seguridad del tráfico.

²³⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, *Reforma Judicial*, www.biblio.juridicas.unam.mx, (fecha de visita 30/01/15).

que conforman todo el resto del cuerpo legislativo de un Estado y base de las mismas por cuanto determina los límites legislativos que, de forma obligada, deberán, en todo caso respetarse en su dictado y posterior desarrollo. Los derechos fundamentales no son creación de un ordenamiento jurídico o político, sino que son aquellos que, por su carácter de íntimamente ligados a la dignidad y desarrollo de toda persona humana, son impuestos a un Estado, que los recoge y los propugna en su Ley Magna y los dota de una estructura normativa que será aquella que delimite, al ciudadano, a la realización de determinados actos, por lo que tienen forma de derecho subjetivo”²³⁵.

De esta manera, cuando aludimos a los derechos fundamentales estamos significando aquellos derechos que son reconocidos a las personas universalmente por su sola condición de tal. No son derechos otorgados por un determinado ordenamiento jurídico, sino que derivan de la dignidad de todo ser humano. En este sentido, como bien sostiene Ferrajoli²³⁶, es posible pregonar como características de tales derechos que son universales, indisponibles, se aplican a todos por igual, tiene una atribución *ex lege* y con rango habitualmente constitucional y, por dicha razón, constituyen un sistema de límites al poder público. Son derechos que se pueden hacer valer contra el Estado, configuran una valla contra el accionar de éste.

²³⁵ DOTÚ I GURI, María del Mar, *Los derechos fundamentales, Derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp.26 y ss.

²³⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 7ª ed., 2010, pp.50 y ss. Afirma en esta obra el autor que, dentro de los derechos fundamentales, es posible realizar dos grandes divisiones: los derechos de la personalidad y los derechos de la ciudadanía que corresponden a todos, o a los ciudadanos, respectivamente. Dentro de éstos podemos a su vez dividirlos entre derechos primarios y derechos secundarios. Así, refiere el autor que cruzando las dos distinciones encontramos cuatro clases de derechos: los derechos humanos que son primarios de las personas y les corresponde a todos los seres humanos como, por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad personal, la libertad, la salud, la educación, las garantías penales y procesales, entre otros. Los derechos públicos que también serán derechos primarios pero reconocidos a los ciudadanos como el derecho de residencia o de circulación en un determinado territorio. Los derechos civiles que son derechos secundarios reconocidos a todas las personas en cuanto tal, como el derecho a la libertad contractual, libertad de empresa, de accionar en juicio, etc. Por último, estarían los derechos políticos que son derechos secundarios reconocidos sólo a los ciudadanos y están vinculados con el derecho a voto, a acceder a cargos públicos, etc. (p.40).

Constituyendo los derechos fundamentales una limitación al poder estatal, resulta necesario establecer las garantías imprescindibles para hacer valer tales derechos. En efecto, como bien dice la Corte IDH [...] *Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tiene la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art.1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia*²³⁷.

No concluye ahí la Corte IDH puesto que a renglón seguido agrega [e]l concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere en función de los otros²³⁸.

Ahora bien, si analizamos las medidas de investigación corporal, sean estas inspecciones, registros o intervenciones, en tanto y en cuanto se desarrollan sobre el cuerpo del imputado, podemos afirmar que implican una afectación de determinados derechos fundamentales²³⁹. Aun cuando no siempre se afecten los mismos derechos, no puede perderse de vista que es el cuerpo del imputado de donde se va a extraer la información que puede brindar elementos probatorios relevantes para el proceso penal, lo cual nos lleva a pensar en el derecho a la integridad física, derecho a la intimidad, a no declarar contra sí mismo o autoincriminarse, entre otros.

²³⁷ Corte IDH OC 8/87, de 30 de enero, párr.25. *Vid* art. 1.1. CADH transcripto en nota 63.

²³⁸ *Ibidem*, párr.26.

²³⁹ El análisis completo de los derechos fundamentales afectados se realizará en el Capítulo siguiente. Sin perjuicio de ello, en este punto se realizará un esbozo del tema.

En este tipo de medidas el imputado pasa a ser instrumento de la actividad probatoria, pues será de él de quien se obtengan los datos necesarios vinculados con el objeto del proceso. Como afirma Huertas Martín²⁴⁰, el imputado, sin dejar de considerarlo como sujeto de derecho dentro del proceso, con todos los derechos y facultades que legalmente le corresponden, ve matizada o complementada, de una manera negativa, dicha posición cuando se pretende que sea su propio cuerpo una fuente de datos que no sólo faciliten la investigación penal, sino también puedan ser utilizados como medidas probatorias por parte del Tribunal decisor.

Cuando confrontamos lo afirmado respecto de los derechos fundamentales con la posibilidad de practicar medidas de investigación corporal, bien pareciera que estamos ante una situación insoluble, ya que el Estado se vería imposibilitado de llevarlas a cabo en tanto las mismas implican una afectación de alguno de tales derechos. Sin embargo, es jurídicamente aceptado que ningún derecho es absoluto o ilimitado ya que, si así fuera se tornaría imposible la convivencia social. En este sentido, de Asis Roig²⁴¹ refiere que los límites a los derechos los podemos encontrar en el ejercicio de otros derechos o en otros bienes constitucionales. Coincide Gil Hernández²⁴² al entender que tales derechos no son absolutos ni ilimitados, sino que su ejercicio va a estar sujeto no sólo a límites expresos, que pueden surgir del ordenamiento constitucional, como también pueden fijarse límites para proteger o preservar otros derechos o bienes que tengan igual protección constitucional. En este último caso, considera el autor, que lo que debe buscarse es la coordinación de los derechos ya que no existen conflictos entre los mismos, sino prevalencia de uno sobre otro. De tal forma, resulta más acertado hablar de elasticidad de los derechos fundamentales

²⁴⁰ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo del proceso...*, op.cit., p.371.

²⁴¹ DE ASIS ROIG, Rafael, "Sobre los límites de los derechos", *Revista Derechos y Libertades*, nº3, año II (1994), p123, <http://e-archivo.uc3m.es>, (fecha de visita 02/02/15).

²⁴² GIL HERNÁNDEZ, Ángel, "La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal", *Revista Actualidad Penal*, 1996-2, España, p.879. *Vid* también GIL HERNÁNDEZ, Ángel, *Intervenciones corporales y derechos ...*, op.cit., p.27.

que de restricción, y dicha elasticidad dependerá del grado de influencia que cada uno de los derechos en conflicto tiene en la vida de los individuos.

Afirma, en este sentido Sagüés²⁴³, que incluso hasta el derecho fundamental como la vida es susceptible de ser reglamentado, pues este derecho puede ceder en función de la defensa de la Patria y la Constitución²⁴⁴. Lo mismo puede sostenerse del derecho a la dignidad humana, cuyo ejercicio puede variar según se trate de situaciones normales o excepcionales como sería, por ejemplo, los controles personales que deben soportar los pasajeros de un aeropuerto cuando se trata de prevenir alarmas ante posibles atentados terroristas. Sin perjuicio de ello, sostiene Sagüés que, aun en estos casos, siempre debe respetarse un piso o cuota mínima de dignidad personal.

Así las cosas, el ordenamiento constitucional argentino admite la posibilidad de reglamentar los derechos reconocidos en él, fijándose como límite la imposibilidad de alterarlos²⁴⁵. Y, en este sentido, se ha expresado también la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos, resolviendo que *[...] la Constitución Nacional no consagra derechos absolutos insusceptibles de razonable reglamentación. Así, los derechos constitucionales no se afectan por la imposición de condiciones impuestas a su ejercicio que guardan adecuada proporción con la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido: en el caso, la correcta administración de justicia*²⁴⁶.

²⁴³ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Manual de derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, p.820.

²⁴⁴ Art. 21 CN: “Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo Nacional.”

²⁴⁵ Art. 28 CN: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

²⁴⁶ Fallos 312:318. También esta ha sido la posición del Tribunal Constitucional español que en nutridos fallos ha resuelto sobre la limitación de los derechos fundamentales. Así ha aseverado que *[...] los derechos fundamentales, y los del art. 20 C.E., entre ellos, no son derechos absolutos e ilimitados: por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.* (STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 3). Igualmente pueden verse SSTC 11/1981, 2/1982, 91/1983, 77/1985, 159/1986, 120/1990, entre otras.

Siguiendo esta posición, también ha dicho que *[n]uestra Constitución no ha reconocido derechos absolutos de propiedad ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general; cumpliendo así, por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el Preámbulo.*²⁴⁷ Posteriormente resolvió que *[l]as libertades consagradas en el Capítulo Primero de la Constitución requieren un ejercicio efectivo para no quedar reducidas a simples declaraciones de derechos, pero este ejercicio puede verse sujeto a las exigencias que razonablemente establezca la ley, de tal modo de garantizar la igualdad de los individuos*²⁴⁸.

Siendo la Argentina un país federal, la Corte Suprema también se ha referido a la facultad reglamentaria de los derechos que les corresponden a las provincias, resolviendo que *[l]as provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal, reserva que comprende la reglamentación del ejercicio de los derechos asegurados a los habitantes por la propia Constitución, sin otra limitación que la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo y la medida en que la reglamentación sea solo eso y no la negación del derecho reglamentado ni de otro alguno garantizado por la Carta Fundamental*²⁴⁹.

Si bien el Máximo Tribunal hace referencia a la necesidad de preservar el bienestar general o el interés público, lo cierto es que entiende que no resulta antagónico el ejercicio de los derechos fundamentales con dicho interés general, sino que debe lograrse una interpretación armónica. De tal forma, afirma que *[l]a interpretación de la Constitución Nacional no debe efectuarse de tal modo que*

²⁴⁷ CSJN Fallos 311:1565. Preámbulo CN: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino, invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.”

²⁴⁸ CSJN Fallos 312:496.

²⁴⁹ CSJN Fallos 288:240.

*queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente, antes bien ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida, cada una de las partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental*²⁵⁰.

Esta ha sido igualmente la posición asumida por el Tribunal Constitucional español, al referirse a la relación entre los derechos fundamentales y las limitaciones que por ley pueden introducir los poderes públicos, resolviendo que *[s]e produce un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente*²⁵¹.

De tal forma, si bien se admite la posibilidad de reglamentar y limitar los derechos fundamentales, el parámetro a tener en cuenta siempre es la razonabilidad y así nos vuelve a ilustrar nuestro Cívero Tribunal *[l]a reglamentación legislativa de las disposiciones constitucionales debe ser razonable, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad*²⁵². Igualmente ha resuelto que *[...]el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que las normas legales mantengan coherencia*

²⁵⁰ CSJN Fallos 312:496. Agrega la Corte en esta decisión que *[s]i es posible que el significado de un texto constitucional sea en sí mismo de interpretación controvertida, la solución se aclara cuando se lo considere en relación con otras disposiciones constitucionales.*

²⁵¹ STC 159/1986, de 12 de diciembre, FJ 6.

²⁵² CSJN Fallos 312:496.

*con las reglas constitucionales, de suerte que su aplicación concreta, no resulte contradictoria con lo establecido en la Ley Fundamental*²⁵³.

Vemos que esta exigencia de razonabilidad no queda en papel mojado ya que la propia Corte Suprema ha afirmado que [...] *tales medidas son susceptibles de impugnación constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, o cuando no guardan proporción con la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido con la práctica de las profesiones o cuando consagran una manifiesta iniquidad*²⁵⁴.

De tal forma, del análisis de los distintos fallos del Máximo Tribunal, la doctrina admite tres niveles de razonabilidad, a saber: normativo, técnico y axiológico²⁵⁵.

Así al afirmarse la razonabilidad normativa, la Corte Suprema se refiere a la necesidad de que las disposiciones legales mantengan la coherencia con las normas constitucionales, es decir, las leyes que reglamentan los derechos fundamentales no pueden ser contrarias a lo establecido por la Constitución Nacional. En el nivel técnico, el Máximo Tribunal afirma que debe existir una adecuación entre los fines perseguidos por la ley y los medios dispuestos para lograr tales fines, de tal forma que, si no existe correspondencia entre las

²⁵³ CSJN Fallos 304:1636. El Tribunal Constitucional español también ha hecho referencia a la razonabilidad como parámetro para establecer una limitación a los derechos fundamentales, así en Sentencia 137/1990, de 19 de julio, resolvió que [...] *las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho "más allá de lo razonable" (STC 53/1986, fundamento jurídico 3), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de estar normativamente fundado y suficientemente motivado, ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º, 13/1985, fundamento jurídico 2º) y ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone (STC 17/1989, fundamento jurídico 7º) y en todo caso respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamento jurídico 4º, 5º, 6º).*

²⁵⁴ CSJN Fallos 307:2262. El ordenamiento jurídico argentino establece un control de constitucionalidad difuso, lo cual implica que todos los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a su consideración, pero dicha inconstitucionalidad sólo tiene efecto en el caso concreto y la norma no pierde su vigencia.

²⁵⁵ Vid SAGÜÉS, Néstor, *Manual de derecho...*, op.cit., pp.821 y ss.

limitaciones que establece y los propósitos que pretende alcanzar, dicha ley resulta irrazonable. Por último, la razonabilidad axiológica exige una mínima justicia intrínseca, el legislador no puede actuar caprichosamente, y por tal motivo, la norma no tendrá la cuota de razonabilidad si establece una patente iniquidad²⁵⁶.

Resulta importante destacar que la Corte Suprema no admite analizar la razonabilidad de las leyes en función de los resultados obtenidos al aplicar la norma, resolviendo que *[s]ería inadmisibile declarar la inconstitucionalidad de una ley a causa de contingencias atinentes a su cumplimiento. El análisis de la razonabilidad de las leyes solo puede llevarse a cabo en el ámbito de las previsiones de ellas. Efectuar tal análisis sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación importaría valorarlas en méritos a factores extraños a las mismas*²⁵⁷.

Esta doctrina tiene enorme trascendencia en el tema que nos ocupa pues nadie duda de que los avances científicos permiten obtener elementos probatorios que pueden resultar fundamentales en el curso de un proceso penal. Sin embargo, la eficacia en la investigación de los delitos no puede significar el desmonte de los derechos y garantías de quien se encuentra sometido a proceso, y si la ley resulta irrazonable, deberá declararse su inconstitucionalidad independientemente de los resultados que reporte su aplicación.

La posibilidad de limitar derechos fundamentales tampoco ha escapado a las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De tal forma, al examinar el artículo 32.2²⁵⁸ de la CADH, ha opinado también sobre la reglamentación de los derechos, considerando que la imposición de tales

²⁵⁶ Tales afirmaciones pueden extraerse de CSJN Fallos 312:496, 312:318, 311:1565, 347:721, entre otros.

²⁵⁷ CSJN Fallos 288:325.

²⁵⁸ Artículo 32.2 CADH “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

limitaciones debe realizarse siempre de manera restrictiva teniendo en cuenta los distintos intereses en juego, a saber: [...] *que de ninguna manera podrá invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de su contenido real. Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención*²⁵⁹.

En función de lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que, si bien las medidas de investigación corporal importan la afectación de derechos fundamentales, tal afectación es admitida en tanto y en cuanto, se trate de una limitación determinada por la ley y reúna criterios de razonabilidad teniendo en cuenta que los propósitos que se pretenden alcanzar sean adecuados o proporcionados a la limitación que se impone y que no consagre una manifiesta injusticia.

Se logra así cumplir con el equilibrio que surge de los mandatos constitucionales. No existen derechos absolutos o ilimitados pero la reglamentación de los mismos no puede desvirtuarlos. En palabras de Sagüés “[...] se requiere un acierto mínimo en cuanto a los medios escogidos por el legislador para conseguir los fines de la ley y su correspondencia mínima con ciertos valores constitucionales como justicia y bien común”²⁶⁰.

²⁵⁹ Corte IDH, OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, “La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”. El Tribunal Constitucional español ha resuelto coincidentemente que [...] *la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretación restrictiva y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.* (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6).

²⁶⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Manual de derecho...”, op.cit., p.824.

IV. Clasificación

Dentro de las medidas de intervención corporal es posible hacer una distinción teniendo en cuenta el grado de afectación o sacrificio del derecho a la integridad física del imputado, así podemos distinguir entre intervenciones corporales leves o graves.

El Tribunal Constitucional español resolvió que [...] *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 pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por eje., las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)*²⁶¹.

Sin embargo, es conveniente hacer precisiones en cada tipo de intervención pues, como refiere Gimeno Sendra²⁶², es posible considerar una extracción de sangre como leve o grave según las características del destinatario y la posibilidad de que corra o no peligro su salud. Así, por ejemplo, no es lo mismo practicar una extracción de sangre a una persona hemofílica que a alguien que no tiene dicha enfermedad²⁶³.

²⁶¹ STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2 b.

²⁶² GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal...*, op.cit., p.251.

²⁶³ El Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de julio de 2011 (reproducida en la Proposición de Ley presentada en abril de 2012 por el Grupo Parlamentario Socialista) define como intervenciones corporales leves las dirigidas a la obtención de cabellos, uñas, saliva u otras muestras biológicas que no exijan acceder a zonas íntimas de la persona ni causarle mayor dolor o sufrimiento que la molestia superficial inherente al procedimiento de toma de la muestra. Y como graves, aquellas que tengan por objeto la extracción de cualquier sustancia o elementos que daba obtenerse de zonas íntimas o del interior del cuerpo afectado y en todo caso cuando para recogerlos sea necesario ocasionarle dolor o sufrimiento, administrarle anestesia o someterle a sedación. Así surge del artículo “Las intervenciones corporales” REVIRIEGO PICÓN, Fernando, presentado en el XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España *La tutela judicial de los derechos fundamentales*, Escuela Judicial, Barcelona, 21 y 22 de febrero de 2012. <https://n-1.cc/file/view/1910941/las-intervenciones-corporales-fernando-reviriego-picon>, (fecha de visita 02/04/15).

Ni en la legislación de Mendoza ni en la legislación nacional encontramos ninguna referencia a la gradación de las intervenciones corporales pues, como referimos precedentemente, sólo se regula la inspección corporal y mental del imputado como así también la determinación de su huella genética. Lo que sí encontramos en ambos ordenamientos es la posibilidad de sustituir la extracción de muestras biológicas por medios menos invasivos y, así, se admite el secuestro de diversos objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo. Sin embargo, ello podrá realizarse en tanto y en cuanto sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de esta medida. De lo contrario, deberá procederse a realizar la intervención corporal pertinente que permita obtener las muestras biológicas necesarias para la obtención de los medios de prueba²⁶⁴.

V. Recapitulación

1. Las medidas de investigación corporal son aquellas que se realizan sobre el cuerpo del imputado con la finalidad de obtener elementos probatorios que sirvan para el esclarecimiento del hecho delictivo o de aspectos parciales relacionados con él.

2. Dentro de las diligencias de investigación sobre el cuerpo del imputado podemos distinguir inspecciones, registros e intervenciones corporales. En los dos primeros casos se trata de medidas que significan una mera revisión corporal, bien sea para descubrir características especiales, vestigios o huellas del delito, o para encontrar objetos que puede llevar escondidos en la superficie o las cavidades naturales del cuerpo. En tanto que la intervención corporal implica la extracción del cuerpo de determinados elementos biológicos para su posterior

²⁶⁴ Vid art. 169 CPPNación transcripto en nota 228 y art.211 CPPMza transcripto en nota 124.

análisis, o la exposición del cuerpo a radiaciones para investigar circunstancias relativas con el hecho delictivo.

3. También es posible conceptualizar las medidas de investigación corporal en función de los derechos fundamentales afectados, tal como ha realizado la jurisprudencia comparada.

En las inspecciones y registros corporales existe una injerencia en el derecho a la intimidad en su doble vertiente, la intimidad corporal y la intimidad personal, que implica un ámbito propio y reservado de los demás vinculado a la esfera estrictamente personal de la vida privada. En las intervenciones corporales es el derecho a la integridad física el que puede verse afectado, entendido éste como el derecho a no sufrir ninguna lesión o menoscabo en el cuerpo o la apariencia externa.

4. Dada la gran variedad de medidas que pueden incluirse dentro de aquellas consideradas de investigación corporal resulta sumamente dificultoso unificar su naturaleza jurídica, máxime cuando tienen finalidades y procedimientos diferentes, existiendo por tanto diversas posturas al respecto.

5. Partiendo de un concepto amplio de prueba, conforme surge de la doctrina argentina, podemos afirmar que las medidas de investigación corporal permiten coleccionar elementos probatorios durante la investigación penal preparatoria. En efecto, su práctica permite introducir en el proceso conocimientos referidos a los extremos fácticos de la imputación y, dependerá del ordenamiento procesal, la forma en que los mismos puedan ser introducidos en la etapa del plenario.

La doctrina, en general, distingue dos supuestos en los cuales se admite la incorporación en el plenario de diligencias practicadas durante la investigación

penal, a saber: la prueba anticipada y la prueba preconstituida. En el primer caso, el acto probatorio se produce con anterioridad al juicio garantizando a las partes el contradictorio y el derecho de defensa, por ejemplo, cuando el órgano jurisdiccional recibe declaración testimonial a un testigo que, por determinadas circunstancias, existe el riesgo de no poder comparecer ante el tribunal de juicio. La prueba preconstituida consiste en la práctica de prueba que no es posible producirse en el juicio, la cual deberá hacerse constar en acta y se incorpora mediante la declaración como testigo que realizó la diligencia.

6. En la legislación procesal provincial se admite la incorporación, en el juicio oral, de prueba instrumental producida durante la investigación penal, *v.gr.*, los informes técnicos y documentos producidos por la Policía Judicial, las actas labradas también por ésta, por el Fiscal o por el Juez de Garantías. Dicha prueba será leída a pedido del Ministerio Público o de las partes, caso contrario, se incorpora sin su lectura. Asimismo, con respecto a la prueba pericial, se puede leer la parte sustancial de las pericias practicadas durante la investigación penal preparatoria. Los peritos declararán en el juicio oral si ha sido ofrecido su testimonio y han comparecido al juicio oral.

También se prevé la posibilidad de que se valore en el juicio oral aquellos actos definitivos e irreproductibles, realizados durante la fase de investigación con la debida intervención de la defensa, garantizando el contradictorio. Sin embargo, tales actos son practicados por el Ministerio Público sin la intervención del órgano jurisdiccional.

7. En el ordenamiento procesal de la Nación encontramos disposiciones expresas referidas a la prueba preconstituida y la prueba anticipada. A diferencia de la legislación provincial, la lectura de la prueba documental deviene ineludible y las partes podrán acordar por unanimidad su lectura o exhibición parcial cuando ello fuera suficiente a los fines del juicio. En concordancia con ello, los

peritos deben declarar en el juicio no pudiendo suplirse su exposición oral con la lectura de las conclusiones del dictamen pericial.

Se prevé igualmente el anticipo jurisdiccional de prueba para supuestos muy acotados, entre ellos, los actos definitivos e irreproductibles. La misma será introducida en el juicio oral a través de su lectura, la cual resulta obligatoria, aunque exista acuerdo de las partes para omitirla.

8. Aun cuando en la generalidad de los casos, las medidas de investigación corporal se realizan en la fase instructoria del proceso, nada impide que las mismas puedan ser ofrecidas y producidas durante la etapa del juicio o plenario.

9. A determinadas medidas de intervención corporal se les asigna el carácter de prueba pericial cuando para su práctica se requiere no sólo la intervención de personal médico o sanitario sino también cuando su posterior análisis debe realizarse en base a conocimientos científicos o técnicos.

10. Discrepamos con la postura doctrinal que atribuye a las medidas de investigación corporal la naturaleza de medidas de coerción, pues entendemos que éstas tienen por finalidad neutralizar el peligro procesal, esto es, peligro de fuga o entorpecimiento probatorio. Por el contrario, las injerencias corporales tienen una finalidad estrictamente probatoria, su objetivo es obtener elementos de convicción útiles al esclarecimiento de la verdad y no asegurar los fines del proceso, es decir, no tienen una naturaleza cautelar.

11. Como caracteres de las mismas podemos señalar que se realizan sobre personas vivas. Tienen una diversidad de objeto ya que pueden ser utilizadas para acreditar distintas circunstancias de la imputación fáctica del proceso penal y se trata de medidas que afectan derechos fundamentales.

12. Se consideran fundamentales a aquellos derechos que son reconocidos a las personas universalmente por su sola condición de tal. El ordenamiento constitucional argentino admite la restricción de tales derechos, siempre que la misma se encuentre determinada por la ley y se ajuste a los parámetros de la razonabilidad y proporcionalidad.

13. Las medidas de investigación corporal pueden ser clasificadas en leves o graves según el grado de injerencia en la salud del afectado o los sufrimientos que la misma pudiera ocasionar. Sin embargo, en los ordenamientos procesales argentinos no existe ninguna disposición referida a este aspecto.

Capítulo III

DERECHOS FUNDAMENTALES Y MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN CORPORAL

I. Nociones generales

Llegados a este punto, no podemos negar que los adelantos científicos y el desarrollo de nuevas tecnologías han permitido también avances en cuanto a la investigación judicial se refiere. Así, el proceso penal, se ha visto beneficiado con la utilización de estos métodos tecnológicos, lo que muchas veces ha redundado en la posibilidad de llegar al descubrimiento de hechos delictivos, con la correspondiente imposición de pena a los responsables, o en la determinación de la falta de responsabilidad penal de quien fuera sospechoso. Dentro de las nuevas tecnologías cabe incluir las medidas de investigación corporal que se desarrollan sobre el propio cuerpo del imputado.

De tal forma, hoy en día, no sólo tenemos la posibilidad realizar una inspección corporal al imputado a fin de determinar características personales o para encontrar elementos escondidos en su cuerpo, sino que también es posible extraer del mismo muestras biológicas para ser analizadas o bien practicar estudios como tomografías, resonancias o estudios cerebrales. En estos supuestos y, como pusimos de manifiesto en páginas anteriores, el imputado adquiere la calidad de objeto de prueba, en tanto que será su cuerpo de donde se obtenga la información que podrá utilizarse en el proceso penal.

Siendo ello así, podemos afirmar que se avanza sobre la esfera más íntima de un individuo, que es su cuerpo y, en este sentido, afirma Álvarez Neyra de

Keppler²⁶⁵ que el individuo se convierte en objeto de diversas técnicas que pueden tener incidencia en sus derechos fundamentales. Dicho de otro modo, la injerencia en el cuerpo del imputado implica necesariamente la afectación de derechos personalísimos de éste, aquellos que no son derechos otorgados por un determinado ordenamiento jurídico, sino que derivan de la dignidad de todo ser humano.

Si bien afirmamos *supra* que tales derechos fundamentales no son absolutos, y que pueden ser limitados para preservar otros derechos o bienes que tengan igual protección constitucional, dicha limitación será válida siempre que no se altere la esencia de los mismos y que la ley que la determine reúna criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

De tal forma, el respeto, durante el desarrollo del proceso penal, de los derechos fundamentales del imputado, constituye uno de los pilares esenciales de un sistema de enjuiciamiento dentro de un Estado de Derecho. En tal sentido, afirma Sánchez Herrera²⁶⁶ que, si el proceso penal tiene por finalidad culminar con la declaración de libertad o condena de un sujeto, su contenido y diseño no puede ser un escenario donde campeen la improvisación y la especulación. Por el contrario, el referente siempre debe ser la Constitución.

Es que, como bien refiere Suárez Espino, “[...] uno de los pilares sobre los que descansan los derechos fundamentales en la actualidad, y que cobran especial importancia cuando se trata de la biotecnología aplicada a la persona, es la consideración del individuo no ya sólo como titular de derechos y libertades, sino también como un valor en sí mismo y principio rector del ordenamiento jurídico,

²⁶⁵ ÁLVAREZ NEYRA DE KEPPLER, Susana, *La prueba de ADN...*, op.cit., p.93.

²⁶⁶ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio, “La teoría del delito en un sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, núm. 7, Legis, Bogotá, abril-junio 2004, p.109, citado por TORRES, Sergio, GOLDBERG, Marcelo, MEJUTO, Juan, YADAROLA, Pablo, *La protección de las garantías constitucionales en el proceso penal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, p.45.

dotándosele así de un estatuto jurídico merecedor de protección por parte de los poderes públicos²⁶⁷.

Teniendo en cuenta, entonces, el papel que juegan los derechos fundamentales en todo el proceso penal y, en particular, en las medidas de investigación corporal, en las páginas siguientes vamos a desarrollar cuáles son los derechos fundamentales afectados por las mismas. El orden del tratamiento de cada uno lo hemos establecido en función de mayor a menor grado de afectación de los mismos.

Ello no implica que dichas medidas resulten ilícitas por el sólo hecho de significar una intromisión en algún derecho fundamental. Por el contrario, la licitud dependerá del cumplimiento de ciertos presupuestos en su realización, lo que permitirá determinar si la injerencia en el caso concreto resulta ajustada a derecho²⁶⁸.

II. Derechos fundamentales en particular

1. Derecho a la intimidad

1.1 Concepto de intimidad

Cuando analizamos en el Capítulo II el concepto de inspecciones corporales, sostuvimos con respecto al derecho a la intimidad, que el mismo se encuentra consagrado tanto en las normas constitucionales como así también en

²⁶⁷ SUÁREZ ESPINO, María Lidia, *El derecho a la intimidad genética*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p.23.

²⁶⁸ El tema de los presupuestos para llevar a cabo medidas de investigación corporal será abordado en el Capítulo siguiente.

los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los que ha adherido la República Argentina, los cuales han adquirido rango constitucional al ser incorporados al artículo 75, inciso 22, en la Reforma constitucional de 1994²⁶⁹.

Sin embargo, también hicimos mención a que la consagración del derecho a la intimidad en la Constitución Nacional de 1853 -antes de la reforma constitucional de 1994- no lo fue de manera expresa, como se encuentra establecido en la Constitución española²⁷⁰, sino que se consagró una regulación genérica de este derecho en los artículos 18 y 19 de la Carta Magna²⁷¹, lo cual motivó distintas posiciones doctrinarias en cuanto al ámbito de protección del derecho a la intimidad.

El origen jurídico del derecho a la intimidad, sostiene Suárez Espino²⁷² que lo podemos ubicar en Estados Unidos, fundamentalmente en un artículo doctrinal publicado en *Harvard Law Review* por Warren y Brandeis en el cual se pone de resalto que, ante la creciente intromisión de la prensa en la vida privada de los sujetos, resultaba imperioso articular defensas para impedir tales injerencias, partiendo de lo afirmado por el Juez Cooley como “el derecho a ser dejado en paz.” Sin embargo, fue recién en 1965 cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en la sentencia *Griswold vs. Connecticut*, reconoció el derecho a la intimidad, entendiéndolo como derecho con autonomía propia y deducible del texto de la Constitución.

²⁶⁹ Vid art. 75 inc.22 transcripto en nota 76.

²⁷⁰ Vid art. 18 CE transcripto en nota 137.

²⁷¹ Vid arts. 18 y 19 CN transcriptos en nota 141. El art. 18 regula todo lo atinente al ámbito de privacidad del domicilio y los papeles privados, en tanto que el art. 19 hace referencia a las acciones privadas. También encontramos una referencia a la protección de la intimidad en el CPPNación que en Título I contiene una enumeración de Principios y Garantías Procesales. Así art. 13 CPPNación: Protección de la Intimidad y privacidad “Se debe respetar el derecho a la intimidad y a la privacidad del imputado y de cualquier otra persona, en especial la libertad de conciencia, el domicilio, la correspondencia, los papeles privados y las comunicaciones de toda índole. Sólo con autorización del juez y de conformidad con las disposiciones de este Código podrán afectarse estos derechos.” En el CPPMza no encontramos ningún artículo en este sentido.

²⁷² SUÁREZ ESPINO, María Lidia, *El derecho a la intimidad...*, cit., p.58 y ss.

A pesar de que, con posterioridad a dicha sentencia, siguieron muchas más vinculadas a la protección del derecho a la intimidad de los individuos frente a injerencias extrañas, afirma la autora que, desde los atentados ocurridos el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, ha habido un claro retroceso en la protección de la intimidad. Buen ejemplo de ello es la *USA Patriot Act* que habilita, entre otras medidas, el acceso a información genética que se pudiera contener en los archivos relativos a condenados por la comisión de delitos federales de naturaleza violenta o terrorista.

En el derecho argentino, las primeras manifestaciones referidas a la intimidad las encontramos en la obra de Joaquín V. González que sostuvo: “[...] si la persona es inviolable y está protegida tan ampliamente por la Constitución, es porque ha sido considerada en toda la extensión de sus atributos; así comprende la conciencia, el cuerpo, la propiedad, y la residencia u hogar de cada hombre. La palabra domicilio abraza estos dos últimos sentidos. Hogar es la vivienda, y por excelencia el centro de las acciones privadas que la Constitución declara reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (art. 19), allí donde se realizan la soberanía del individuo y los actos y sagrados misterios de la vida de la familia; la residencia es quizás menos íntima, pero lleva el mismo sentido de independencia y caracteres menos fundamentales y permanentes”²⁷³. Como puede colegirse, el autor considera que la protección de la intimidad abarca tanto las acciones que puede desarrollar el individuo como la esfera personal que está exenta del conocimiento de terceros.

Coincide en este sentido Linares Quintana²⁷⁴ al afirmar que el derecho a la intimidad o reserva les corresponde a todos los individuos sobre los aspectos

²⁷³ GONZÁLEZ, Joaquín V, *Manual de la Constitución Argentina*, Ed. Estrada, Buenos Aires, 1959, p.183. La primera edición de esta obra se publicó en el año 1897.

²⁷⁴ LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, Tomo III, p. 619. Concuerda Gregorio Badeni afirmando que la intimidad se encuentra de modo expresa en la cláusula genérica del art. 19 CN y en el art. 18 CN se regulan otras manifestaciones de la intimidad personal como la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones.

personalísimos de su existencia, aspectos que en principio están reservados a él y a su familia. Ello implica que se encuentran protegidos del conocimiento e injerencia tanto del Estado como de terceros extraños. Igualmente, González Charvay²⁷⁵ considera que la protección constitucional de la intimidad surge expresamente del art. 19 CN que se refiere a las acciones privadas de los hombres, disposición que junto con la inviolabilidad del domicilio como de la correspondencia y los papeles privados contenidos en el art. 18 CN conforman la llamada “libertad de intimidad”.

A la misma conclusión llega De Luca²⁷⁶, quien sostiene que es de la intimidad y de la zona de reserva que garantiza la Constitución Nacional de donde puede extraerse el derecho a disponer del propio cuerpo. Sin embargo, teniendo en cuenta el mandato constitucional, ese poder de disposición se tendrá en tanto no afecte el orden y la moral pública ni perjudique a un tercero, con lo cual no juega a favor de quien pretenda obstaculizar una investigación criminal tendiente a esclarecer derechos de terceros y en la que la persona que alega el derecho no es parte ajena sino sospechosa.

Sin embargo, otra parte de la doctrina distingue entre intimidad y privacidad. Así Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya²⁷⁷ consideran que, a pesar de la confusión normativa de la Constitución Nacional, es preciso distinguir entre intimidad y privacidad, pues la primera abarca la faceta de la personalidad exenta de conocimiento e injerencia por parte de terceros; en tanto que la segunda, se refiere a la facultad de realizar acciones privadas, es decir, aquéllas que no dañan a terceros ni afectan el orden y la moral pública. Dichas

(BADENI, Gregorio *Instituciones de Derecho Constitucional*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, Tomo I, p.299).

²⁷⁵ GONZÁLEZ CHARVAY, Adrián, *La protección constitucional de la intimidad*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2012, pp.30 y ss. Coinciden en este sentido, con la postura de Carlos Nino que fue expuesta en el Capítulo II cuando se analizó el concepto de inspecciones corporales.

²⁷⁶ DE LUCA, Javier, “Pruebas sobre el cuerpo del imputado...”, *ob.cit.*, p.13.

²⁷⁷ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel Ángel, CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, Tomo I, pp.147 y ss.

acciones están exentas de ser juzgadas por más que se lleven a cabo a la luz del día y con conocimiento público. En base a ello, sostienen los autores, que el derecho a la intimidad tiene por finalidad proteger el secreto o desconocimiento por parte de terceros de ciertos aspectos de la vida del individuo y de su persona.

Coincidentemente Garibaldi²⁷⁸ realiza esta distinción, entendiendo que el derecho a la intimidad debe extraerse del art. 18 CN ya que este hace referencia a la idea de autonomía individual, es decir, un campo de libertad donde el individuo puede desarrollar su personalidad y plan de vida sin la injerencia de extraños. Es por ello que, dentro del derecho de intimidad, podemos considerar los rasgos del cuerpo, imagen, pensamientos, emociones, manifestaciones de todos ellos en escritos, grabaciones, soportes diversos, las comunicaciones por diversos medios, los objetos de uso personal, los que lleva fuera de la vista de los demás y los que guarda en su domicilio, lo que revela situaciones familiares, laborales o económicas, todo lo cual se encuentra excluido del conocimiento generalizado. En cambio, en el art. 19 CN se regula el ámbito de privacidad relacionado con las acciones privadas que no afectan a terceros.

En función de esta distinción entre intimidad y privacidad, Bidart Campos²⁷⁹ hace referencia a una zona de reserva personal dentro de la cual encontramos la protección tanto de la intimidad como de la privacidad. Así, este ámbito de autonomía personal permite excluir las intrusiones ajenas y el

²⁷⁸ GARIBALDI, Gustavo, *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito, Su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, pp.85 y ss.

²⁷⁹ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho...*, op.cit., Tomo I, p.370. En un sentido similar, Gil Hernández sostiene una concepción material del derecho a la intimidad cuyo ejercicio posibilita al individuo a tomar decisiones que le permitan su autorrealización personal. Ello englobaría tres esferas del derecho: “1. La “privacy” de la esfera íntima en la que se incluyen las facultades clásicas de exclusión de terceros (secretos documentales y domicilio) y otros derechos relativos a la libertad sexual, contracepción y aborto. 2. La “privacy” de la libertad política, como garantía de otras libertades políticas (asociación, sindicación, libertad religiosa, etc.). 3. La “privacy” de la libertad personal, como protección del ciudadano frente al Estado, en la que se asienta la protección de garantías constitucionales relativas al domicilio, la correspondencia, intromisiones ilegítimas sobre el propio cuerpo, etc.” (GIL HERNÁNDEZ, Ángel, *Intervenciones corporales...*, op.cit., pp.45 y ss.)

conocimiento por parte de terceros, como también realizar acciones privadas que no dañen a terceros que caigan bajo ese conocimiento público.

A pesar de estas disquisiciones de los constitucionalistas argentinos, lo cierto es que después de la reforma constitucional del año 1994, en la cual se incorpora con jerarquía constitucional los Tratados Internacionales de Derechos Humanos²⁸⁰ como complementarios de los derechos y garantías consagradas en la primera parte de la Constitución Nacional, ya han perdido transcendencia las discrepancias en cuanto a la distinción entre intimidad y privacidad en función de los artículos de la Carta Magna. Los Tratados Internacionales hacen referencia a la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada del individuo, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, lo cual implica una consagración amplia del derecho a la intimidad²⁸¹.

Basterra²⁸² entiende que la intimidad es una especie de los llamados derechos personalísimos, estos derechos no tienen contenido patrimonial y además son inalienables, perpetuos y oponibles *erga omnes*. Considera, asimismo, que no puede ser privado del mismo ni por la acción del Estado ni de otros particulares porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad. En esta línea de pensamiento y, en otras palabras, el derecho a la intimidad se conforma como un derecho de exclusión de terceros respecto a un ámbito propio, exclusivo y personalísimo, en virtud del cual aquellos terceros se verán imposibilitados de perforar sus límites, salvo expresa anuencia de su titular o, en todo caso, de una decisión jurisdiccional que así lo disponga en base a disposiciones legales que expresamente lo autoricen.

²⁸⁰ Vid art. 75 inc. 22 CN transcripto en nota 76.

²⁸¹ Vid art.11 CADH transcripto en nota 78, art. V DADDH, art.12 DUDH y art. 17 PIDCyP transcriptos en nota 147.

²⁸² BASTERRA, Marcela, “¿Es constitucional la prueba de ADN en el proceso penal? Registro de violadores y derecho a la intimidad”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La prueba en el proceso penal-I, Año 2009-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.265.

Podemos sostener, entonces, que el derecho a la intimidad se materializa en la esfera de la vida de una persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás. De tal forma, es el ámbito en el cual se desenvuelve un individuo libre de la mirada e injerencia ajenas, es decir, abarca no sólo los hechos sino también aquella información de una persona que ésta no quiere que sea conocida. En palabras de Lucas Murillo de la Cueva la intimidad “[...] es un derecho que se proyecta sobre uno mismo, abarcando el cuerpo y sobre el conjunto de relaciones sobre la familia legal o de hecho”²⁸³.

Si consideramos las palabras de Martínez de Pisón Cavero²⁸⁴ que sostiene que, teniendo en cuenta el carácter personalísimo del derecho a la intimidad, del cual uno de los aspectos más relevantes lo encontramos en la posibilidad de controlar e impedir el acceso a nuestro cuerpo, no podemos desconocer la tensión entre este derecho y las medidas de investigación corporal donde justamente se accede al cuerpo del imputado.

a. Intimidad corporal

Este tipo de actuaciones implican siempre una afectación del derecho a la intimidad porque toda indagación en el cuerpo de una persona, con la finalidad de obtener información valiosa para el proceso penal, limita la posibilidad de decidir aquellos aspectos de nuestro cuerpo o datos reveladores del mismo que queremos mantener en secreto o poner en conocimiento de terceros²⁸⁵. Así,

²⁸³ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “El derecho a la intimidad” en *Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1993, p.41, citado por FERNÁNDEZ ACEBO, María Dolores, *Las intervenciones corporales...*, op.cit., p.66.

²⁸⁴ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, “La configuración constitucional del derecho a la intimidad”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto de Bartolomé de las Casas, núm. 3, año II, 1994, <http://e-archivo.uc3m.es>, (fecha de visita 10/04/15).

²⁸⁵ En este sentido, sostiene Romeo Coloma que “[l]a intimidad es violada siempre que, por medio de indagaciones o exploraciones en el cuerpo de una persona, se intenta obtener determinada información o datos que el sujeto se niega, libremente, a proporcionar.” (ROMEO COLOMA, Aurelia María, *La intimidad privada: problemática jurídica*, Colección Scientia Iurídica, Madrid, 2008, p.69).

sostiene López-Fragoso Álvarez²⁸⁶, que este tipo de medidas pueden afectar la intimidad personal, en el sentido de intimidad corporal, en cuanto se considera el cuerpo como ámbito personal cuyas circunstancias se quieren excluir del conocimiento de extraños.

Ahora bien, la doctrina no es coincidente en cuanto al contenido que debe otorgársele a la intimidad corporal²⁸⁷. Huertas Martín²⁸⁸ considera que el derecho a la intimidad se encuentra afectado tanto si se trata de una intervención corporal grave -como sería el supuesto de inspecciones anales o vaginales-, como si la intervención corporal se realiza sobre partes del cuerpo que no se encuentran alcanzados por el pudor o el recato. Y ello es así porque ambos constituyen patrimonio exclusivo de la persona, por lo que, en principio, estaría prohibida cualquier injerencia de terceros extraños.

Distinta es la posición de Romeo Casabona y Romeo Malanda²⁸⁹ quienes se plantean si se afectaría la intimidad corporal si una persona tuviera que exponer frente a un tercero, partes del cuerpo como, por ejemplo, el torso, al quitarse la camisa para tomar una muestra de pelo de la axila, o la boca, al tener que abrirla para extraer muestras de saliva. Concluyen los autores que, en función de la doctrina del Tribunal Constitucional español, que se refiere a la intimidad corporal teniendo en cuenta el pudor o el recato de una persona, no toda intervención corporal entra en el ámbito de intimidad corporal. De tal forma, el derecho fundamental será vulnerado cuando las medidas de investigación

²⁸⁶ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, “Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN”, www.dialnet.unirioja.es, (fecha de visita 10/04/2015).

²⁸⁷ En rigor de verdad las discrepancias surgen a raíz de diferentes sentencias del Tribunal Constitucional español SSTC 37/1989, 207/1996 en las cuales se distingue entre intimidad corporal cuando la obtención de muestras se produzca en zonas íntimas del cuerpo, e intimidad personal según se la información que con dicha muestra pueda adquirirse. Esta jurisprudencia será analizada en el epígrafe pertinente.

²⁸⁸ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal...*, op.cit., p.383.

²⁸⁹ ROMEO CASANOBA, Carlos, ROMEO MALANDA, Sergio, *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, Ed, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p.61.

corporal se produzcan en las zonas íntimas del cuerpo, según un criterio cultural generalizado en la comunidad.

b. Intimidad personal

Sin perjuicio de ello, el derecho a la intimidad no se agota en la protección del cuerpo del imputado puesto que, cuando hicimos referencia al contenido de este derecho, dijimos que el mismo hacía referencia a la idea de autonomía individual, es decir, un campo de libertad donde el individuo puede desarrollar su personalidad y plan de vida sin la injerencia de extraños. Ello incluía no sólo los rasgos del cuerpo, la imagen, los pensamientos, las emociones y las manifestaciones de todos ellos en diversos soportes, las comunicaciones por diversos medios, los objetos de uso personal, los que lleva fuera de la vista de los demás y los que guarda en su domicilio, sino también lo que revela situaciones familiares, laborales o económicas, todo lo cual se encuentra excluido del conocimiento generalizado.

Siendo así, podemos sostener que las medidas de investigación corporal implican una afectación del derecho a la intimidad, tanto por la intromisión o exposición del cuerpo, como por la finalidad que dichas medidas pueden tener. No puede perderse de vista que las intervenciones corporales, fundamentalmente aquellas que consisten en la extracción de alguna muestra biológica, implican acceder al conocimiento de informaciones que la persona puede tener intención de mantenerlas en secreto.

Así lo pone de resalto Huertas Martín “[...] es preciso tener en cuenta que, en ocasiones, el derecho a la intimidad aparece afectado no ya solamente por la parte del cuerpo humano en que se pretende practicar la medida de intervención corporal, sino también por la finalidad de la misma, es decir, por lo que mediante

la intervención pretende averiguarse, por ello, habrá de ponderarse del mismo modo en qué medida el sacrificio de este derecho del imputado resulta proporcional con el fin público que se pretende proteger²⁹⁰.

Como vemos, tanto las inspecciones como las intervenciones afectan el derecho a la intimidad personal pues ésta implica también la intimidad corporal, la cual es inmune frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Dicho de otra forma, también puede afectarse el derecho a la intimidad teniendo en cuenta el uso que se realice de los datos obtenidos mediante una medida de intervención corporal, independientemente de la parte del cuerpo sobre la cual recae.

Ello lleva a decir a Duart Albiol²⁹¹ que en las inspecciones corporales se afectaría el derecho a la intimidad con la propia realización de la medida cuando para practicarla se descubran, por ejemplo, los tatuajes que el imputado lleva en el cuerpo. En cambio, en las intervenciones corporales, la intimidad se vería comprometida, no al practicar la medida -como sería la extracción de sangre del brazo-, sino con el análisis posterior que se realicen sobre dichas muestras.

Este tema no resulta menor si tenemos en cuenta que, los análisis genéticos que pueden realizarse sobre las muestras corporales, aportan las características biológicas de una persona. Ello lleva a decir a Romeo Casabona y Romeo Malanda²⁹² que hoy en día es posible considerar como parte de la intimidad personal, la intimidad genética.

²⁹⁰ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal...*, op.cit., p.383.

²⁹¹ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales...*, op.cit., p.266.

²⁹² ROMEO CASABONA, Carlos, ROMEO MALANDA, Sergio, *Los identificadores del ADN...*, op.cit., pp.61 y ss.

Por estas razones, con respecto a las intervenciones corporales practicadas con la finalidad de realizar exámenes de ADN, Pérez Marín²⁹³ sostiene que dicho acto se compone de dos fases distintas, a saber: la primera mediante la cual se procede a la extracción del material biológico para su posterior estudio y la segunda, el mencionado análisis de ADN propiamente dicho. Así, en consideración al derecho a la intimidad personal, éste examen ha de centrarse en el ADN no codificante pues identifica al portador pero no permite obtener ningún otro tipo de información vinculada con la genética del mismo, porque estos datos pertenecen a la más estricta privacidad del ser humano²⁹⁴.

Sin embargo, como bien ilustra Etxeberría Guridi²⁹⁵, la molécula de ADN puede ser considerada con mayor o menor amplitud, pero no está exenta de riesgos en cuanto a posibles abusos. Amén de ello, agrega el autor, hoy en día no es posible afirmar que exista una diferencia tan tajante entre ADN codificante y no codificante e, incluso en este último, se admite que puede contener información perteneciente a la esfera de la personalidad merecedora de tutela.

En este mismo sentido, refieren Romeo Casabona y Romeo Malanda²⁹⁶ que si bien el ADN no codificante puede aportar alguna información respecto a ciertos perfiles o datos biológicos que no son relevantes, estos datos pueden resultar significativos cuando se los relaciona con otros datos referentes a sucesos o circunstancias vinculadas con aquél. Agregan los autores que, este

²⁹³ PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., pp.79 y ss.

²⁹⁴ Si bien en el Capítulo V se va a desarrollar el tema de los análisis de ADN, en una prieta síntesis, podemos decir que el ADN se encuentra en cada célula del organismo y cada una de ellas muestra toda nuestra información genética. En esta información podemos diferenciar el ADN codificante del no codificante. En el primero se obtiene todo tipo de información genética que hace a nuestro fenotipo como, por ejemplo, el color de nuestros ojos, o si tenemos alguna mutación que puede producir distintas enfermedades, etc. En el ADN no codificante no existen datos genéticos sino datos que permiten identificar a una persona, lo que se conoce como huella genética que no revela aspectos de la personalidad ni demás información sensible. (MARFANY, Gemma, “La huella genérica o perfil genético: muestras biológicas de origen humano y protección de datos personales.”, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, (Coords. María Casado y Margarita Guillén), Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, 2014, pp.56 y ss).

²⁹⁵ ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, *Los análisis de ADN...*, op.cit., p.197.

²⁹⁶ ROMEO CASABONA, Carlos, ROMEO MALANDA, Sergio *Los identificadores de ADN...*, op.cit., pp.61 y ss.

entrecruzamiento de datos que permiten obtener información significativa cuando se unen o relacionan entre sí (teoría del mosaico), puede implicar una afectación al derecho a la intimidad. Es por ello que, sostiene Gössel²⁹⁷, que se debe garantizar la observancia del principio fundamental de proporcionalidad por parte del legislador, evitando realizar este tipo de análisis cuando los fines probatorios puedan ser alcanzados con otros procedimientos, como podría ser la confirmación de la autoría a partir de la determinación de las huellas dactilares.

La importancia y la necesaria protección de la intimidad genética de las personas han motivado distintas declaraciones tanto de las Naciones Unidas como del Consejo de Europa. Así encontramos la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos²⁹⁸, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la UNESCO²⁹⁹, la Declaración Ibero-Latinoamericana sobre Derecho, Bioética y Genoma Humano³⁰⁰, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina³⁰¹ y la Recomendación del Consejo de Europa N° R (92)1 sobre la utilización del análisis de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco de la Administración de Justicia Penal³⁰².

²⁹⁷ GÖSSEL, Karl Heinz, *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, Obras completas, Tomo I, Colección Autores de Derecho Penal, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p.325

²⁹⁸ Art. 7: “Se deberá proteger en las condiciones estipuladas por la ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad.”

²⁹⁹ Art. 1.c: “Las disposiciones de la presente Declaración se aplicarán a la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de datos genéticos, datos proteómicos humanos y muestras biológicas, excepto cuando se trate de la investigación, el descubrimiento y el enjuiciamiento de delitos penales o de pruebas de determinación del parentesco, que estarán sujetos a la legislación interna que sea compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.”

³⁰⁰ Art.2: “La reflexión sobre las diversas implicaciones del desarrollo científico y tecnológico en el campo de la genética humana debe hacerse atendiendo a:

- a) el respeto a la dignidad y a la integridad humanas y a los derechos humanos recogidos en los instrumentos internacionales.

³⁰¹ Art.10.1: “Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud.”

³⁰² Art.3 R(92)1: “Las muestras de recogida para el análisis de ADN y la información derivada de dicho análisis con fines de investigación y procesamiento en relación con infracciones penales no deberán utilizarse con otros fines. Sin embargo, cuando así lo desee la persona de la que se haya tomado las muestras, deberá comunicarse la información a dicha persona.”

Como puede verse, en todos estos instrumentos internacionales, la preocupación central es que el tratamiento y la utilización de datos genéticos y muestras biológicas se hagan en un marco de respeto y protección a los derechos humanos. Y no es baladí dicha preocupación si tenemos en cuenta la enorme potencialidad que contienen las muestras biológicas sobre los datos genéticos de los individuos. Llevan razón, en este sentido, Romeo Casabona y Romeo Malanda cuando afirman que la disponibilidad de muestras biológicas “[...] supone una nueva fuente de peligro de utilización desviada o abusiva de la información sobre la salud presente o futura del individuo que contiene, lo que no ocurre en otros casos, p. ej., con las huellas dactilares, con las que suelen equipararse los perfiles de ADN”³⁰³.

A pesar de ello, concluyen los autores citados que el derecho a la intimidad genética puede verse limitado ya que no existen derechos absolutos. Esta limitación se dará cuando, el mencionado derecho entre en colisión con otros intereses que merezcan igualmente protección, como la persecución y castigo de delitos especialmente graves.

De tal forma, la práctica de medidas de investigación corporal puede implicar una afectación al derecho a la intimidad en toda su extensión, es decir, la intimidad personal y, como contenido de ésta, la intimidad corporal y genética. Esto no conlleva la imposibilidad de practicarlas ya que, como desarrollamos *supra*, ningún derecho es absoluto, pudiendo la ley determinar los supuestos en que las limitaciones resulten razonables y ajustadas a derecho. Sin embargo, consideramos que el legislador debe ser lo suficientemente preciso en su reglamentación para evitar un uso abusivo de la información obtenida.

³⁰³ ROMEO CASABONA, Carlos, ROMEO MALANDA, Sergio, *Los identificadores del ADN...*, op.cit., p.61.

1.2 Neurociencia y derecho a la intimidad

Consideración aparte merece el tratamiento de las técnicas neurológicas y su posible afectación del derecho a la intimidad. Como ya señalamos, tanto el Resonador Magnético Funcional (fMRI) como el *Brainfingerprinting* o Potencial Evocado Cognitivo (P300) son técnicas que se basan en el registro de estímulos cerebrales que se producen de forma prácticamente automática. Afirma Villamarín López³⁰⁴ que la utilización de las mismas puede significar una limitación a la libertad mental del sujeto sometidas a ellas, para decidir que es lo que quiere poner en conocimiento de los demás sobre su vida y sus acciones. Y esto ocurre porque las respuestas van directamente desde su cerebro a los registros informáticos, por lo que no se puede controlar conscientemente el sentido de las contestaciones.

A pesar de ello, entiende la autora que no puede alegarse una violación al derecho a la intimidad haciendo un análisis desde tres vertientes. La primera de ellas se refiere al tipo de información que se revela en cada caso; así en la prueba fMRI las resonancias cerebrales delimitan pensamientos generales, pero no su contenido específico, por lo que no podría afectarse información personal. En el caso del P300, el electroencefalograma no detecta procesos de pensamiento y, además, las preguntas que se realizan se basan en información ya conocida y relevante para la investigación penal.

La segunda vertiente se refiere al carácter invasivo de ambas medidas que tampoco afectan a la intimidad, pues, si bien tiene que estar en un lugar cerrado mientras se realizan las pruebas y, en la prueba P300, soportar unos electrodos en su cabeza, la afectación física y psicológica es mínima y están exentas de cualquier efecto secundario. La tercera y última vertiente se refiere al tratamiento

³⁰⁴ VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección de la verdad...*, op.cit., pp.133 y ss.

que se da a los datos obtenidos, los cuales deben ser puestos inmediatamente a disposición de la autoridad judicial competente, debiendo destruirse todo el material que no resulte relevante para la investigación.

De tal forma, aprecia la autora que no puede predicarse respecto de estas medidas de investigación corporal en particular, una limitación excesiva al derecho a la intimidad, consagrado constitucionalmente, que impidan su realización, sin perjuicio de la posible afectación a otros derechos fundamentales.

En otra posición encontramos a Sánchez Rubio³⁰⁵ quien considera que mediante el test P300 puede obtenerse información que quizás el imputado no desea desvelar. Amén de ello, como no puede controlar sus estímulos, es posible que se revelen datos pertenecientes a su esfera íntima no vinculados con el hecho que se investiga. Esta autora entiende que resulta necesario no sólo el consentimiento del imputado para realizarla, sino que también será indispensable que se realice un exhaustivo control de las imágenes y sonidos que se muestren al sujeto para evitar que se produzca un menoscabo al derecho a la intimidad. Coincidimos con esta postura, toda vez que no es posible que el imputado tenga el control sobre aquello que quiere develar y se ingresa en la esfera más íntima de un sujeto que es donde se encuentran sus ideas, emociones y pensamientos.

1.3 Intimidad y derecho a la autodeterminación informativa

Ya hemos visto que, dentro de las medidas de investigación, encontramos las intervenciones corporales, las cuales no se agotan con la intervención misma, sino que implican -en algunos casos- el análisis de las muestras biológicas a fin de obtener información que puede resultar vital para el proceso. Así, por ejemplo, la posibilidad de determinar mediante un análisis de sangre si el imputado posee

³⁰⁵ SÁNCHEZ RUBIO, Ana, “El uso del test P300...”, op.cit., p.15.

alguna enfermedad de transmisión sexual que podría haber contagiado a la víctima o la determinación de la autoría a través de su perfil genético, con la consiguiente afectación de derecho a la intimidad genética.

Sin embargo, ello no concluye allí. Hoy en día la posibilidad de almacenar los datos obtenidos a partir de los análisis de esas muestras biológicas nos coloca ante nuevos retos. A punto tal que es común, en los diferentes Estados, encontrar legislaciones que regulan bases de datos genéticos con la consecuente intromisión en los derechos fundamentales de los individuos. Como bien refiere Suárez Espino³⁰⁶, en la actualidad los avances tecnológicos, en especial los informáticos, implican un ataque a la intimidad y han obligado a la sociedad a defenderse de tales intromisiones. En efecto, la posibilidad de almacenar gran cantidad de información, en un corto espacio de tiempo y en soportes cada vez más reducidos, constituyen un considerable riesgo del derecho a la intimidad.

Considera Suárez Espino que es, a partir de la década de los setenta, cuando empiezan a advertirse los grandes peligros que implicaban el avance tecnológico y las posibilidades de almacenar informáticamente una serie de datos y, por dicha razón, el derecho a la intimidad pasa de tener un carácter de libertad negativa a adquirir también un carácter positivo, es decir, como el derecho que tiene el titular de la información de poder controlar los datos que sobre él se tienen.

Coincide en este sentido López Ortega³⁰⁷ al entender que, a raíz de los nuevos riesgos del derecho a la intimidad en la actual sociedad tecnológica, éste debe redefinirse incorporando nuevos contenidos; uno de estos aspectos es el poder que se le confiere a un sujeto de controlar la propia información. Afirma el autor que la intimidad física hace referencia a un concepto territorial ya que el

³⁰⁶ SUÁREZ ESPINO, María Lidia, *El derecho a la intimidad...*, op.cit., p.70.

³⁰⁷ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, “La tutela de la intimidad genética en la investigación penal. A propósito de la STC 199/2013 y de la SAP Sevilla 650/2013”, *ADN forense: problemas éticos...*, ob.cit., p.100.

objeto de protección se relaciona con espacios o zonas que se encuentran ocultos o reservados frente a la acción de los demás; sin embargo, la intimidad informativa implica una protección más amplia ya que se protegen las informaciones relativas a la vida privada de las personas.

Podemos decir, entonces, que el derecho a la autodeterminación informativa constituye un poder de disposición y control que tiene un individuo sobre sus datos personales. Este derecho adquiere mayor trascendencia en la actualidad ante la existencia, en el ámbito de la Administración de Justicia, de bases de datos que contiene la información resultante de los análisis realizados de los perfiles de ADN. Nos dice Caruso Fontán³⁰⁸ que estos archivos contienen perfiles de ADN que se han obtenido de muestras de individuos sospechosos o condenados en una investigación criminal, como así también perfiles de ADN de muestras biológicas que han sido encontradas en la escena del crimen. El objetivo de estos archivos es comparar los datos obtenidos a partir de las muestras de referencia y de los indicios para poder identificar a los autores de hechos delictivos, o bien descartar la participación de un sujeto en el hecho investigado.

La posición de la doctrina en general ha sido dispar en cuanto al reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa, ya sea como un nuevo contenido dentro del derecho a la intimidad, o bien considerándolo un derecho autónomo que requiere de una protección especial.

Al respecto sostiene Etxeberria Guridi que “[...] tanto para los partidarios del nacimiento de un nuevo derecho, como para quienes propugnan una nueva dimensión positiva o de control para el derecho a la intimidad, nos hallamos ante

³⁰⁸ CARUSO FONTÁN, Viviana, “Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y Derecho a la Intimidad Genética”, www.dialnet.unirioja.es, (fecha de visita 14/05/15).

un derecho de naturaleza fundamental”³⁰⁹. Afirma igualmente Duart Albiol³¹⁰ que ya sea al amparo del art. 18.4³¹¹ CE o del art. 10.1³¹² CE, sea que se considere como un nuevo contenido del derecho a la intimidad o como un nuevo derecho, lo cierto es que se trata de un derecho fundamental debiendo contemplarse las afectaciones que se producen al mismo durante el desarrollo de una investigación penal.

En la Constitución argentina entendemos que la discusión no tiene mayor relevancia por dos razones. La primera es que la propia Carta Magna en su art. 33³¹³ reconoce lo que la doctrina denomina Derechos no enumerados, lo cual implica que el reconocimiento de los derechos consagrados en la Constitución no implica la negación de otros, no enumerados, pero que surgen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, con lo cual se podría considerar que el derecho a la autodeterminación informativa se encuentra comprendido dentro de los derechos no enumerados. La segunda razón es que el art. 43 CN³¹⁴ regula expresamente la protección de los datos personales mediante el procedimiento de *habeas data* que, como afirma Sagüés³¹⁵, se trata de una

³⁰⁹ ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, *Los análisis de ADN...*, op.cit., p.209.

³¹⁰ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.280.

³¹¹ Art.18.4 CE: “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.”

³¹² Vid art. 10 CE transcripto en nota 85.

³¹³ Vid art. 33 transcripto en nota 2.

³¹⁴ Art. 43 CN: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no existe otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registrados conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio.”

³¹⁵ SAGÜÉS, Néstor, *Manual de derecho...*, op.cit., pp.166 y ss.

especie de amparo que tiene por objeto proteger todo derecho constitucional – entre ellos, la verdad, la igualdad, la intimidad-, frente a cualquier exceso del poder informático. De tal forma, del propio texto constitucional surge la garantía necesaria para hacer efectiva la protección del derecho a la autodeterminación informativa.

Sin perjuicio de esta protección constitucional, encontramos en la legislación argentina normativa aplicable en el ámbito nacional y también normativa provincial que regulan distintos bancos o archivos de datos, existiendo también una Ley Nacional de Protección de Datos Personales que viene a reglamentar la protección constitucional consagrada en el art. 43 CN.

a. Protección de datos en el ordenamiento jurídico argentino

En el orden nacional, previamente a que se sancionara la Ley de Protección de Datos, se reguló el primer fichero de datos genéticos: el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) creado mediante la Ley n° 23.511 en el año 1987 que archiva, en forma sistemática, material genético y muestras biológicas de familiares de personas desaparecidas durante la dictadura militar argentina. El objetivo de este banco de datos es garantizar la obtención, almacenamiento y análisis de la información genética que sea necesaria como prueba para el esclarecimiento de delitos de lesa humanidad³¹⁶. Como puede colegirse, la

³¹⁶ La utilización del BNDG permite la búsqueda y la identificación de hijos de personas desaparecidas, ya sea que fueron secuestrados junto a sus padres, o que nacieron durante el cautiverio de sus madres. El auxilio de este organismo permite a la Administración de Justicia lograr la identificación genética de hijos de desaparecidos que fueron apropiados por sus represores. El BNDG no interviene sólo a pedido de la Administración de Justicia ya que cualquier persona que nació durante los años de dictadura militar y tenga la sospecha de que puede ser hijo de desaparecidos, tiene la facultad de presentarse y solicitar que se compare su perfil genético con los existentes en el BNDG. Ello ha permitido que a la fecha se hayan identificado más de cien hijos de personas desaparecidas. En algunos casos, ya existía un proceso judicial en trámite y en otros se originaron a partir de la identificación positiva realizada por el BNDG, a fin de determinar si existe alguna responsabilidad penal de los padres con los cuales se criaron.

finalidad de estos archivos está limitada y circunscripta a este tipo de delitos, vinculados fundamentalmente con la dictadura militar argentina.

Recién en el año 2000 –adviértase que la reforma constitucional es del año 1994-, se sanciona la Ley n° 25.326 de Protección de Datos Personales³¹⁷ que establece en su art. 1: “La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43 párrafo tercero de la Constitución Nacional”³¹⁸.

La ley distingue entre datos personales y datos sensibles, siendo los primeros cualquier información referida a personas físicas o jurídicas, determinadas o determinables; en tanto se considera como datos sensibles aquellos que revelan el origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual (art.2). Únicamente se pueden almacenar los datos personales, siempre que la persona hubiera prestado su consentimiento, salvo que se recaben para el ejercicio de las funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal (art. 5). Sin embargo, en el supuesto de datos sensibles, sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizados por la ley, o cuando medien finalidades estadísticas o científicas, siempre que no puedan ser identificados sus titulares; los datos relativos a antecedentes penales o contravencionales pueden ser objeto

³¹⁷ El art.44 establece que se trata de una ley de orden público y de aplicación en lo pertinente en todo el territorio nacional. Asimismo, invita a las Provincias a adherir a la presente ley en lo que fuera de aplicación exclusiva en jurisdicción nacional. Si bien en la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza existe un proyecto de ley de adhesión a la ley nacional, lo cierto es que hasta la fecha no ha sido aprobado.

³¹⁸ Vid art. 43 CN transcripto en nota 314.

de tratamiento, exclusivamente, por parte de las autoridades públicas competentes en el marco de las leyes y reglamentaciones respectivas (art. 7).

Asimismo, contiene una regulación para los supuestos de que el almacenamiento de datos sea realizado por organismos estatales con competencia en seguridad nacional y cuando median razones de defensa o seguridad pública. Así el art. 43 reglamenta:

“1. Quedarán sujetos al régimen de la presente ley, los datos personales que, por haberse almacenado para fines administrativos, deban ser objeto de registro permanente en los bancos de datos de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales o de inteligencia; y aquellos sobre antecedentes personales que proporcionen dichos bancos de datos a las autoridades administrativas o judiciales que los requieran en virtud de disposiciones legales.

2. El tratamiento de datos personales con fines de defensa nacional o seguridad pública por parte de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales o inteligencia, sin consentimiento de los afectados, queda limitado a aquellos supuestos y categoría de datos que resulten necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas a aquéllos para la defensa nacional, la seguridad pública o para la represión de los delitos. Los archivos, en tales casos, deberán ser específicos y establecidos al efecto, debiendo clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad.

3. Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.”

Como puede advertirse, la ley regula el almacenamiento de datos personales, no así los datos sensibles, que únicamente admite su archivo siempre que medie un interés general y, además, que la autorización para poder proceder al archivo de éstos provenga de una ley expresa. En el caso de los organismos públicos vinculados con la defensa nacional y la seguridad pública, podrán

almacenar aquellos datos estrictamente vinculados con las funciones legalmente asignadas, con lo cual no podrá ser objeto de almacenamiento cualquier dato de las personas afectadas³¹⁹.

Vinculado concretamente con los perfiles genéticos, vemos que existen en la actualidad bases de datos policiales de ADN³²⁰. Estos archivos constituyen una importante herramienta en la lucha contra el delito, pero, no es menos cierto que se acentúa en mayor medida la injerencia en la privacidad si tenemos en cuenta el tratamiento automatizado de los datos obtenidos por los análisis genéticos. Así lo pone de manifiesto Caruso Fontán³²¹ al afirmar que estas bases de datos no sólo van a afectar el derecho a la autodeterminación informativa, en su vertiente referida a la información genética, sino que además es deber del Estado prevenir que pueda realizarse una utilización indebida de la información contenida en estos archivos. Coincide en este sentido Fernández Acebo³²², toda vez que la

³¹⁹ La ley no sólo reguló todo lo atinente al almacenamiento de datos, sino que también incluyó dos tipos penales que se incorporaron al Código Penal que castiga diversas conductas abusivas o arbitrarias vinculadas con los datos personales. Incorporó el art. 117 bis dentro del Título de los Delitos contra el Honor, que dispone: “1. Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que insertare o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales.

2. La pena será de seis meses a tres años, al que proporcionare a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales.

3. La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona.

4. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena.”

Asimismo, se incorporó el art. 157 bis dentro del Título V de los Delitos contra la Libertad, específicamente en el Capítulo III, Violación de secretos y de la Privacidad: “Será reprimido con la pena de un mes a dos años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales,

2. Revelare a otro, información restringida de un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley.

Cuando el autor sea funcionario público, sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años.” Igualmente, el Anteproyecto de Código Penal que elaboró la Comisión creada al efecto por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 678/12 también contempla tales delitos e incluso agrava las penas previstas para los funcionarios públicos, lo cual demuestra la preocupación estatal por la protección de datos personales. Este Anteproyecto a la fecha no ha tenido tratamiento parlamentario.

³²⁰ Si bien registros de esta naturaleza han sido regulados en diez provincias argentinas, sólo analizaremos las disposiciones de la ley nacional y la ley mendocina, siguiendo así la estructura que hemos establecido desde el comienzo de la presente tesis. En este punto se hace una mención de las bases de datos que serán tratadas con mayor detalle en el Capítulo V.

³²¹ CARUSO FONTÁN, Viviana, “Bases de datos policiales sobre identificadores...”, op.cit., p.152.

³²² FERNÁNDEZ ACEBO, María Dolores, *Las intervenciones corporales...*, op.cit., p.119.

creación de estos ficheros o archivos implica una colisión de intereses contrapuestos, a saber: los de la persona cuyos datos se archivan con el riesgo de una utilización abusiva de los mismos, y los de la sociedad que pretende la resolución de los delitos. Por dicha razón, entiende que deben despejarse ciertos interrogantes ante su utilización, tales como respecto de qué delitos se van a archivar los perfiles genéticos, o si se almacenaran los datos de todas las personas sometidas a proceso, o sólo los de los condenados.

Sin duda, lleva razón Fernández Acebo, la utilización de estas bases de datos van adquiriendo más relevancia en la medida que permiten mayor eficacia en el descubrimiento y castigo de hechos delictivos. En este aspecto, Argentina no ha sido ajena a la regulación de archivos genéticos en los ámbitos policiales. Como hemos hecho referencia con anterioridad, el país tiene un sistema de gobierno federal y todo lo que hace a la Administración de Justicia se considera un poder no delegado a la Nación; es por ello que existen leyes nacionales y provinciales que regulan todo lo atinente a las bases de datos genéticos, las cuales serán de aplicación sólo en el ámbito de su competencia.

Sin perjuicio de que el tema será tratado en capítulos posteriores, podemos mencionar que en el ámbito nacional se sancionó la Ley n° 26.879 en el año 2013 que creó el Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual, que funciona en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. La norma establece como fin exclusivo facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación judicial en materia penal, vinculada a delitos contra la integridad sexual, con el objeto de proceder a la individualización de las personas responsables, admitiéndose únicamente el almacenamiento de información genética que carezca de asociación directa en la expresión de genes y que aporten sólo información identificatoria.

En la Provincia de Mendoza coexisten dos registros de datos genéticos. El primero de ellos, se estableció bastante antes que en el ámbito nacional, pues fue en el año 2003 que se creó el Registro Contra la Integridad Sexual (RECIS) mediante Ley Provincial n° 7.222, registro que se encuentra dentro del ámbito del Poder Judicial y depende de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza³²³. Se integra con los datos personales y físicos, fecha de condena, pena recibida y demás antecedentes procesales valorativos del historial delictivo de los condenados por Delitos contra la Integridad Sexual³²⁴, a cuyo efecto se complementan, además, con las correspondientes fotografías y registros de ADN (art. 1°).

En el año 2013 se sancionó en la Provincia de Mendoza, la Ley n° 8.611 que creó el Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas dependiente del Poder Judicial, en la órbita del Ministerio Público, sobre la base de la huella genética digitalizada obtenida del análisis de ADN. El aspecto fundamental es que uno de sus objetivos es contribuir al esclarecimiento de los hechos delictivos, fundamentalmente, la posibilidad de individualizar a los autores mediante la identificación del perfil genético del componente del ADN no codificante.

Para cumplir con aquél se van a incorporar las huellas que se encuentren asociadas a la identificación de personas imputadas, procesadas o condenadas en un proceso penal, no estableciéndose ninguna limitación en cuanto a los delitos que justificarían la posibilidad de almacenar datos identificativos, con lo cual

³²³ La Suprema Corte de Justicia es el máximo Tribunal de la Provincia, tiene competencia en los recursos extraordinarios y sus decisiones sólo son revisadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante el Recurso Extraordinario Federal. A fin de dar cumplimiento con la norma provincial dispuso, mediante Acordada n° 20.115, que el Registro funcionara físicamente en una oficina destinada para tal fin en el Cuerpo Médico Forense de la Provincia.

³²⁴ Los delitos abarcados son: abuso sexual simple, abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal (art.119 CP), estupro (art.120 CP), agravamiento de ambos en caso de muerte de la víctima (art. 124 CP); corrupción de menores (art. 125 CP); facilitación y promoción de la prostitución en sus figuras simples y agravadas (arts. 125 bis y 126 CP); proxenitismo (art. 127 CP); pornografía (art. 128 CP); exhibiciones obscenas (art. 129 CP); raptó deshonesto (art. 130 CP) y contacto por cualquier tecnología de transmisión de datos con menores de edad, con la finalidad de cometer cualquier delito contra la integridad sexual (art. 131 CP).

podrían incluirse en dicho Registro, por ejemplo, las huellas genéticas de sospechosos de cometer delitos leves o reprimidos sólo con pena de multa.

Si bien compartimos las palabras de Herrera Bravo en cuanto a que “[...] ningún derecho, ni siquiera los de naturaleza o carácter fundamental, puede ser considerado como absoluto, en cuanto a no admitir injerencias, por ello debemos asumir tales limitaciones impuestas a nuestra libertad de acción por el legislador, como ocurre en el caso del tratamiento de datos concernientes a la intimidad genética, para así servir a intereses colectivos de la sociedad, y para cultivar y fomentar la vida en común, siempre que esto se haga dentro del margen de lo exigible y se garantice la autonomía de la persona”³²⁵, lo cierto es que no puede perderse de vista que el almacenamiento de la huella genética de una persona, incluso cuando se trata del ADN no codificante, igualmente puede tener incidencia sobre sus familiares biológicos teniendo en cuenta la información que contiene. Por dicha razón, debe encontrarse un cuidadoso equilibrio entre los beneficios que el uso generalizado de tales técnicas puede significar y el derecho de toda persona a la autodeterminación informativa y a la protección de su vida privada.

b. Breve referencia al derecho español

En el derecho español, la Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre regula una base de datos policial sobre identificadores de ADN, en la cual se almacenan los datos identificativos a partir del ADN de sospechosos o detenidos en el marco de una investigación criminal, así como los patrones obtenidos en el procedimiento de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas

³²⁵ HERRERA BRAVO, Rodolfo, “Los registros de ADN y los derechos constitucionales: ¿Cómo esquilmar sin despellejar?”, <http://www.alfa-redi.org/sites/default/articles/files/herrera.pdf>, (fecha de visita 20/05/15).

desaparecidas. Admite también la inscripción de tales datos cuando el afectado haya prestado su consentimiento. En todos los casos, sólo se inscriben los identificadores obtenidos a partir del ADN que proporcionen exclusivamente información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. En palabras de Frías Martínez³²⁶, se regula una base de datos policial de doble naturaleza: por un lado, administrativa o de policía mortuoria, y por otro lado, para luchar contra la delincuencia.

La ley admite almacenar los datos identificativos en un abanico bastante amplio de delitos. Así hace referencia a delitos graves y, en todo caso, los que afecten la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de delincuencia organizada, remitiéndose para este último supuesto a los delitos enumerados en el art. 282 bis, apartado 4 de la LECrim³²⁷. Al respecto consideran Romeo Casabona y Romeo Malanda³²⁸ que la ley pone de manifiesto la tendencia

³²⁶ FRÍAS MARTÍNEZ, Emilio, “ADN y privacidad en el proceso penal”, *Diario La Ley* N° 8159, Sección Doctrina, 30 de septiembre de 2013, Año XXXIV, p.4.

³²⁷ Art. 282 bis, apartado 4 LECrim: “A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- e) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- f) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- g) Delito de tráfico de material nuclear y radioactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- h) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- i) Delito de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal
- k) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal.
- l) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

³²⁸ ROMEO CASABONA, Carlos, ROMEO MALANDA, Sergio, *Los identificadores del ADN...*, op.cit., p.200.

expansiva a la hora de conformar estas bases de datos y ello responde a que los funcionarios encargados de la seguridad consideran que, para poder cumplir eficazmente su función, deben contar con la mayor cantidad de información posible tanto del número de sujetos inscriptos, como de los indicadores y otros datos que les conciernen. Sin embargo, consideran los autores, que ello trae como consecuencia descuidar el principio de proporcionalidad que acaba siendo la única posibilidad de limitación del poder estatal.

López Ortega coincide en la crítica al sostener que “[...] aboca a una obtención masiva e indiscriminada de las muestras biológicas de todas las personas detenidas, independientemente de su utilidad para esclarecer el hecho objeto de investigación o cualquier otro hecho futuro, lo que hace que la aplicación de la legislación en vigor conduzca a resultados claramente desproporcionados y discriminatorios. Desproporcionados a causa del gran número de personas afectadas, y discriminatorios porque, a pesar del tenor de la regulación legal, a la base policial no acceden los datos de todas las personas imputadas ni tan siquiera de quienes han sido condenados, tan sólo de quienes en algún momento de su vida han sido detenidos”³²⁹.

La utilización de la información le corresponde a las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y a las Autoridades Judiciales y Fiscales en la investigación de los delitos establecidos por la ley. Igualmente se autoriza la cesión de los datos a Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países, a las Policías Autonómicas y al Centro Nacional de Inteligencia.

Por último, la ley establece plazos –a nuestro entender razonables-, para la conservación de los datos. El primer criterio es el plazo de prescripción del delito; si se ha dictado sentencia condenatoria firme o absolutoria por haber

³²⁹ LÓPEZ ORTEGA Juan José, *La tutela de la intimidad genética...*, op.cit., p.110.

mediado una causal de eximente de responsabilidad penal o por la concurrencia de una causal de inimputabilidad o de falta de culpabilidad, se tendrá en cuenta el tiempo previsto para la cancelación de los antecedentes penales. En caso de sobreseimiento o absolución, fuera de los casos mencionados *supra*, se cancelarán los datos archivados una vez que la resolución quede firme. Por último, si ocurriere la muerte de una persona cuyos datos se encuentran archivados, deberá procederse a la cancelación una vez que se constate la muerte.

De tal forma, si bien la LO 10/2007 tiende a la investigación y esclarecimiento de delitos graves, no deben perderse de vista las palabras de Duart Albiol³³⁰ en cuanto a que la manipulación o el uso indebido de los identificadores contenidos en las bases de datos, fuera de los casos contemplados en las legislaciones, implicará una vulneración al derecho a la autodeterminación informativa del titular de los datos.

1.4 Análisis jurisprudencial

a. Derecho a la intimidad corporal y personal

El derecho a la intimidad ha sido motivo de numerosas decisiones jurisdiccionales considerando que se trata de un derecho fundamental reconocido tanto en la Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Cuando analizamos el concepto de inspecciones corporales, realizamos una escueta mención a la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el contenido del referido derecho, haciendo mención de diferentes fallos en los cuales se resolvió que el derecho a la privacidad de las personas comprendía

³³⁰ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p. 285.

tanto la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, como también otros aspectos de la personalidad espiritual o física, tales como la integridad personal o la imagen. En sus propias palabras, sostuvo el Máximo Tribunal [...] *el art. 19 de la Constitución Nacional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto le es propio, ordenando la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva a la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por curvar los límites de esa prerrogativa*³³¹.

Habiendo fijado la CSJN el contenido del derecho, en un fallo posterior ingresó directamente al tratamiento de la afectación o no del derecho sin volver a analizar su contenido. Así resolvió que [...] *debe rechazarse el agravio referente al derecho a disponer del propio cuerpo, en relación con la zona de reserva e intimidad del individuo, toda vez que la negativa a la extracción de sangre no se dirige al respeto de aquél sino a obstaculizar una investigación criminal en la que ellos resultan imputados y la menor, víctima, es decir, afecta los derechos de terceros (art. 19 de la Constitución Nacional, a contrario sensu)*³³².

Como vemos, teniendo en cuenta la redacción del mencionado artículo 19 CN³³³, la CSJN considera que puede limitarse el derecho a la intimidad cuando las acciones privadas han afectado derechos de terceros, lo cual nos lleva a las

³³¹ CSJN Fallos 316:479. En este fallo, la CSJN analiza la situación del demandante que se negaba a recibir transfusiones de sangre por considerar que ello era contrario a sus creencias del culto “Testigos de Jehová”.

³³² CSJN Fallos 318:2518. Aquí a diferencia del caso anterior, se había ordenado la extracción de sangre de un menor y de quienes decían ser sus padres legítimos, en razón de la sospecha de que el menor era, en verdad, hijo de desaparecidos. En un fallo posterior, la CSJN revocó la orden de practicar un análisis de ADN en forma compulsiva también en un caso de sospecha de que la víctima era hija de desaparecidos, basándose en que la víctima era mayor de edad y por lo tanto tenía derecho a negarse a dicha extracción y la realización compulsiva de la misma afectaba su derecho a la privacidad y a la dignidad del ser humano. Se valoró también en este caso que los padres ya habían confesado que no eran los padres legítimos, por lo que la medida no era necesaria a fin de acreditar la existencia del delito que se les imputaba (Supresión del estado civil de las personas y de la identidad, art. 138 CP), Fallos 326:3758, “Vázquez Ferrá”.

³³³ Vid art. 19 CN transcripto en nota 141.

primigenias reflexiones, en cuanto a si este artículo consagra el derecho a la intimidad o bien engloba un concepto más amplio como es el de privacidad. Quizás esta falta de claridad motivó que un caso posterior, la Dra. Argibay³³⁴ -en un voto particular-, dijera que [...] *no querer someterse a un examen de sangre que tiene por finalidad extraer un dato que surge del propio cuerpo- parece estar más vinculada con la “vida privada” protegida por el artículo 18³³⁵ de la Ley Suprema y por diversas normas de pactos internacionales con rango constitucional que resguardan a los individuos de las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada. [...] La conexión entre el concepto de vida privada utilizado en las convenciones de derechos humanos y el artículo 18 de la Constitución Nacional tiene base en el texto de las cláusulas convencionales, en tanto éstas últimas contienen una lista de ámbitos de protección que comienza con la referencia a la vida privada para agregar luego a la familia, el domicilio y la correspondencia, es decir, los mismos objetos de tutela referidos en el artículo 18 constitucional³³⁶.*

Continúa el voto de la Dra. Argibay [...] *Ahora bien, es difícil concebir algo más “privado” que el propio cuerpo. Precisamente, si los constituyentes encontraron serios motivos para prodigar protección contra las injerencias del gobierno en “el domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados”, esto es, ámbitos cuya proximidad a la persona es relativamente menor, más fundamento hay para entender que esa protección alcanza al mismo cuerpo de la persona. En efecto, el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía personal, por lo que este ámbito debe entenderse incluido dentro del concepto de “vida privada” contenido en las normas internacionales y, por consiguiente, compartir como mínimo, la misma*

³³⁴ La Dra. Carmen Argibay fue Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el día 03 de febrero de 2005 hasta el 10 de mayo de 2014, día en el que falleció.

³³⁵ Vid art. 18 CN transcripto en nota 141.

³³⁶ CSJN Fallos 332:1769, “Gualtieri Rugnone de Prieto”.

expectativa de reserva que los lugares expresamente mencionados en el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Esta posición, en cuanto a la consideración del cuerpo como el ámbito más privado de una persona, también ha sido puesto de resalto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha resuelto [...] *el artículo 8³³⁷ se aplica claramente a estas actuaciones, que tienen que ver con un asunto sobre la vida privada, concepto que abarca la integridad física y psicológica de una persona. [...] En este sentido, reitera que el cuerpo de una persona es el aspecto más íntimo de la vida privada. Por lo tanto, un examen médico obligatorio, aunque sea de menor importancia, constituye una interferencia con este derecho³³⁸.*

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *[e]l derecho a la intimidad garantizado por la Convención cubre, además de la protección contra la publicidad, la integridad física y moral de la persona. El objeto del artículo 11, así como la premisa total de la Convención, es esencialmente la protección del individuo contra injerencia arbitraria por parte de funcionarios públicos. Sin embargo, también requiere que el Estado adopte la legislación necesaria para asegurar la eficacia de esta disposición. El derecho a la intimidad garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo. En este sentido, varias garantías de la Convención que protegen la inviolabilidad de la persona, establecen zonas de intimidad³³⁹.*

³³⁷ Vid art. 8 CEDH transcrito en nota 137.

³³⁸ TEDH Demanda Y.F. c. Turquía, Sentencia del 22 de julio de 2003. En este fallo el Tribunal agregó que para evitar la violación al art. 8.2 CEDH la interferencia debe estar en conformidad con la ley, buscar uno de los objetivos legítimos estipulados en el segundo párrafo del artículo y que se pueda considerar “necesario en una sociedad democrática” en pos de lograr ese objetivo.

³³⁹ CIDH, Informe N° 38/96, Argentina, 15 de octubre de 1996. El caso que motivó este informe fue una denuncia contra el Estado argentino por la actuación de las autoridades penitenciarias del Gobierno Federal, que en forma rutinaria hacían revisiones vaginales a las mujeres que visitaban la Unidad N° 1 del Servicio Penitenciario Federal, afirmando la denunciante que cada vez que fue a visitar a su marido acompañada por la hija de ambos de 13 años de edad, fueron sometidas a revisiones vaginales. Agregó en este sentido que [...] *la Comisión quisiera subrayar que este caso representa un aspecto íntimo especial de la vida privada de una mujer y que el procedimiento en cuestión, sea justificable o no su aplicación,*

De tal forma, tanto la jurisprudencia de la CSJN como de los Organismos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos hacen referencia al cuerpo humano como el aspecto más íntimo de la vida privada de una persona, sin hacer ningún tipo de distinción en cuanto a las partes del cuerpo que pueden verse afectadas. Incluso dicha conclusión puede extraerse del informe de la CIDH, aun cuando considera que podría existir un plus de afectación por la zona del cuerpo donde se practicaron las inspecciones corporales.

Estas decisiones se diferencian así de la doctrina del Tribunal Constitucional español que –como ya hemos analizado- distingue el derecho a la intimidad corporal -que no es coextenso a la realidad física del cuerpo humano sino que se trata de una entidad cultural determinada por el criterio dominante de la cultura sobre el recato personal-, del derecho a la intimidad personal que contempla un ámbito propio y reservado de los demás, referido fundamentalmente a la esfera estrictamente personal de la vida privada, considerando que aquél forma parte de la intimidad personal³⁴⁰.

puede provocar sentimientos profundos de angustia y vergüenza en casi todas las personas que se ven sometidas a él. Además, el aplicar el procedimiento a una niña de 13 años puede resultar un grave daño psicológico difícil de evaluar. La Sra. X y su hija tenían derecho a que se respetara su intimidad, dignidad y honor cuando procuraron ejercer el derecho a la familia, a pesar de que uno de sus miembros estuviera detenido.

³⁴⁰ STC 207/1996, de 16 de diciembre. En este caso se pretendía determinar a través de un análisis del cabello si el imputado era consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes y el tiempo desde que lo pudiera ser. Entendió el Tribunal Constitucional que [...] *con independencia de la relevancia que ello pueda tener a los fines de la investigación penal, y, por tanto, de su posible justificación, no cabe por menos que admitir que una pericia acordada en unos términos objetivos y temporales tan amplios supone una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona, a la que pertenece, sin duda, el hecho de haber consumido en algún momento algún género de drogas, conducta que, si bien en el ordenamiento español es en sí mismo impune, el conocimiento por la sociedad de que un ciudadano es consumidor habitual de drogas provoca un juicio de valor social de reproche que lo hace desmerecer ante la comunidad, por lo que la publicidad del resultado pericial afectaría el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal.* Este criterio fue mantenido en STC 25/2005 sin perjuicio de reconocer que este derecho puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso del contenido esencial del derecho.

Esta doctrina ha sido mantenida por Tribunal Constitucional español en resoluciones recientes, afirmando que [...] a) *El derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE 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 CE 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, necesario –según las pautas de nuestra cultura- para mantener la calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988, FJ 3; 179/1991, FJ 3 y 20/1992, FJ 3)*³⁴¹.

Con respecto a la intimidad corporal, continúa la misma sentencia [d]e la *intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura propia de la comunidad (SSTC 37/1989, FJ 7; 120/1990, FJ 12 y 137/1990, FJ 10).*

Así las cosas, según la doctrina del Tribunal Constitucional, se afectará el derecho a la intimidad corporal siempre que la medida recaiga en aquellas zonas que afecten al pudor o al recato de una persona. Dicho en otras palabras, si la medida no afecta una parte del cuerpo que se considera íntima, no se podrá considerar agresión alguna al derecho a la intimidad corporal. Ahora bien, se podrá menoscabar el derecho a la intimidad personal, en función de la finalidad

³⁴¹ STC 171/2013, de 7 de octubre, FJ 2. a).

que se pretenda alcanzar con la intervención corporal, es decir, aquello que se quiera averiguar con la práctica de la misma³⁴².

b. Derecho a la intimidad y autodeterminación informativa

Vinculado con la intimidad personal –en el sentido expuesto por el Tribunal Constitucional–, encontramos el derecho a la autodeterminación informativa cuyo análisis tampoco ha sido ajeno a la jurisprudencia. Como ya dijéramos, todo individuo tiene derecho a controlar la información que se tenga sobre su persona y también a controlar el uso que se realice de la misma, y las herramientas que hoy brinda la tecnología en cuanto a la posibilidad de almacenar información, exige que se extremen los recaudos a fin de evitar posibles abusos por parte del Estado.

La Corte IDH ha entendido que el ámbito de privacidad comprende también el control de la información que se quiere hacer pública. Así resolvió que [...] *el artículo 11³⁴³ de la Convención Americana reconoce que toda persona tiene, entre otros, derecho a la vida privada y prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en ella, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. El ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública*

³⁴² La Corte Constitucional de Colombia, en la mencionada Sentencia C-822/05, se acerca más a la postura de la CSJN y de los Tribunales Internacionales ya que considera que siempre se afecta el derecho a la intimidad cuando se practica alguna medida de intervención corporal con independencia de la parte del cuerpo en la cual se practique. Centra la diferencia en el grado de intensidad, ya que se considera que va a resultar altamente invasiva de la intimidad la obtención de muestras de fluidos que se encuentren en las cavidades anales, genitales o vaginales. En cambio, se tratará de una invasión menor cuando se trata de huellas de pisadas o de saliva, para cuya obtención no es necesario entrar en contacto con los órganos sexuales del imputado.

³⁴³ Art. 11 CADH: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o su reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

*y comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público*³⁴⁴.

Relacionado específicamente con la facultad que tiene el poder estatal de almacenar datos genéticos y su posible injerencia en derechos fundamentales, el TEDH ha tenido oportunidad de resolver que *[e]l mero hecho de memorizar datos relativos a la vida privada de una persona constituye una injerencia en el sentido del artículo 8 [...] Poco importa que la información memorizada se utilice o no. [...] Sin embargo, para determinar si la información de carácter personal conservada por las autoridades hace que entre en juego uno de los citados aspectos de la vida privada, el Tribunal tendrá debidamente en cuenta el contexto particular en el que ha sido recogida y conservada la información, el carácter de los datos consignados, la manera en que son utilizados y tratados los resultados que pueden extraerse de ellos*³⁴⁵.

Considera el TEDH -en el fallo mencionado-, que las huellas dactilares, los perfiles de ADN y muestras celulares constituyen datos de carácter personal en el sentido de la Convención sobre la protección de datos, pues los mismos se refieren a personas identificadas o identificables. Respecto de las dos últimas, refiere el Tribunal *[...] que las muestras celulares contienen mucha información sensible de la persona, concretamente sobre su salud. Además, las muestras contienen un código genético único de gran importancia tanto para la persona afectada como para los miembros de su familia. [...] Visto el carácter y la cantidad de información personal contenida en las muestras celulares, se ha de*

³⁴⁴ Corte IDH, caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, párr. 48.

³⁴⁵ TEDH Demanda S. y Marper c. Reino Unido, Sentencia del 4 de diciembre de 2004. En este caso dos ciudadanos británicos demandan al Reino Unido por la conservación de huellas dactilares, muestras biológicas y ADN por parte de las autoridades cuando habían sido absueltos o sus causas habían sido archivadas.

considerar que su conservación constituye en sí misma una lesión del derecho al respeto de la vida privada de las personas concernidas. Poco importa que las autoridades extraigan o utilicen solo una pequeña parte de tal información para la creación de perfiles de ADN y que no se produzca un perjuicio inmediato en un caso concreto.

Ingresa también el TEDH, en esta misma sentencia, al tratamiento de los perfiles de ADN, puesto que entiende que éstos contienen una cantidad importante de datos de carácter personal únicos, y que su tratamiento automatizado permite a las autoridades ir más allá de una identificación neutra. Ejemplifica el Tribunal con la posibilidad de efectuar investigaciones familiares con el objeto de descubrir un eventual vínculo genético entre personas. Es por todas estas consideraciones que concluye que [...] *la conservación tanto de las muestras celulares como de los perfiles de ADN de los demandantes se considera una lesión del derecho de estos últimos al respeto de su vida privada, en el sentido del artículo 8.1 del Convenio.*

La CSJN también ha tratado el tema, y si bien son casos vinculados con el almacenamiento de datos personales, ha resuelto que [...] *cabe señalar que el bien jurídico protegido es la privacidad en sentido amplio. Se trata de la protección de la persona y de la esfera de la individualidad personal, la que se encuentra en un estado de vulnerabilidad cuando los datos que le pertenecen circulan sin su control. Quienes, por imperio legal, tienen el derecho de registrar esos datos y ejercer una industria lícita con ellos, tienen el deber de ser particularmente cuidadosos acerca de la identidad estática y dinámica de sus titulares*³⁴⁶.

Con respecto a la acción de *habeas data*, nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que [...] *el art. 43, tercer párrafo de la Ley Fundamental ha*

³⁴⁶ CSJN Fallos 329:5239.

*consagrado el derecho de toda persona a interponer una acción expedita y rápida para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, contenidos en registros o bancos de datos públicos y, en caso de falsedad o discriminación, para exigir su supresión, rectificación, actualización y confidencialidad*³⁴⁷.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español ha resuelto que *[...] el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado*³⁴⁸. En esta sentencia, el Tribunal distingue entre el derecho fundamental a la intimidad, previsto en el art. 18.1 CE, y el derecho fundamental a la protección de datos, contenido en el apartado 4 del art. 18 CE, considerando que el primero, permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, es decir, poder resguardar su vida privada de una publicidad no querida. En cambio, en el segundo, se garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos, siendo por lo tanto su objeto más amplio que el del derecho a la intimidad.

Así, afirma el Tribunal que *[...] el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar sus derechos, sean fundamentales o no, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de*

³⁴⁷ CSJN Fallos 328:797. Continúa la Corte afirmando que *[...] La acción de habeas data tiene un objeto preciso y concreto que consiste básicamente en permitir al interesado controlar la veracidad de la información y el uso que de ella se haga. Este derecho forma parte de la vida privada y se trata, como el honor y la propia imagen, de uno de los bienes que integran la personalidad.*

³⁴⁸ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

*cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituyan una amenaza para el individuo*³⁴⁹.

Como puede colegirse, en el específico ámbito de las medidas de investigación corporal que se desarrollan en el proceso penal, la jurisprudencia de los Tribunales ha admitido la incidencia que las mismas tienen en el derecho a la intimidad, entendida esta en un sentido amplio que abarca tanto la intimidad corporal como personal e, incluso, la afectación al derecho a la autodeterminación informativa cuando el Estado almacena datos personales del individuo, en especial perfiles o huellas genéticas.

Ahora bien, se admite la posibilidad de limitar este derecho en aras de resguardar otros fines de igual protección constitucional. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que si bien nuestra Constitución Nacional protege el derecho a la intimidad, lo cual implica que nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas sin su consentimiento, la ley puede justificar tal intromisión siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de

³⁴⁹ Jurisprudencia similar encontramos en el Tribunal Constitucional alemán sobre el derecho a la autodeterminación informativa [...] *el libre desarrollo de la personalidad presupone, bajo las modernas condiciones de elaboración de datos, la protección del particular contra la recopilación la grabación, la utilización y la transmisión sin límite de datos personales. [...] Este derecho fundamental garantiza la facultad del particular de determinar por sí mismo la disponibilidad y la utilización de sus datos personales.*, citada por GÖSSEL, Karl Heinz, *El Derecho Procesal Penal...*, op.cit., pp.321 y ss.

los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen³⁵⁰.

Siendo ello así, es constitucionalmente válida la restricción del derecho a la intimidad en el marco de un proceso penal que tiene por objeto la investigación de un delito y, en su caso, la identificación de sus partícipes a fin de someterlos a enjuiciamiento y, eventualmente, aplicarles una sanción mediante la determinación de la verdad.

En igual sentido, el Tribunal Constitucional español ha resuelto que *[e]l derecho fundamental aquí comprometido no ampara ciertamente, la pretensión de intimidad del imputado o procesado frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación, sobre el propio cuerpo, de huellas del posible delito. Ello sin perjuicio –según antes dijimos– del necesario respeto a la dignidad de la persona y de su intimidad frente a todo trato que, atendidas las circunstancias del caso, pudiera considerarse degradantes (arts. 10.1 y 15 de la Constitución). Ni la intimidad puede, en supuestos tales, afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo.*³⁵¹.

Asimismo, también ha admitido el Tribunal la posible limitación al derecho a la protección de datos resolviendo que *[...] el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos*

³⁵⁰ CSJN Fallos 306:1892, 316:479, 316:703, entre otros.

³⁵¹ STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8.

*constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución*³⁵².

1.5 Síntesis

Como puede advertirse de todo lo hasta aquí analizado, las nuevas tecnologías significan un avance muy importante en beneficio de la investigación penal, pero, como contracara de ello, se produce un retroceso en perjuicio de la privacidad y la intimidad de las personas. Así, hemos visto que determinadas diligencias de investigación corporal pueden afectar el derecho a la intimidad, no sólo por la posible invasión del ámbito más privado de un individuo que es su propio cuerpo, sino también por la finalidad de dicha medida en cuanto a la información que se puede obtener de la persona sobre la cual ha de practicarse la misma. A ello, hoy en día hay que agregar la posibilidad de que esa información que se obtuvo del cuerpo, el Estado pueda archivarla sistemáticamente en bases de datos establecidas a tal fin, con el consiguiente riesgo de una utilización abusiva de dicha información.

Aun así, es posible que la ley establezca limitaciones al ejercicio de tal derecho en la medida en que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un delito, circunstancias éstas que deberán ser meritadas en cada caso, a fin de determinar si la restricción al derecho se encuentra justificada.

En cuanto a la facultad del Estado de archivar las huellas genéticas, vemos que la jurisprudencia, en general, es concordante en afirmar la afectación al derecho a la intimidad, razón por la cual las leyes que establezcan tales archivos

³⁵² STC 14/2014, de 30 de enero, FJ 4.

o registros deben ser meticulosas en su regulación a fin de lograr el equilibrio entre los intereses de la sociedad y de los individuos en particular.

Resultan por demás acertadas las palabras de D'Alessio cuando hace referencia a que toda investigación criminal implica cierta intromisión en el ámbito de la privacidad porque implica averiguar cuál fue la conducta de determinadas personas durante un lapso más o menos prolongado de tiempo, por dicha razón considera que “[...] si la invasión de la privacidad es y ha sido una constante en la investigación de los delitos, el grado en que ella resulte admisible dependerá de un balanceo adecuado entre el interés de respetar una esfera íntima a todo ciudadano, aun los delincuentes, por una parte, y el interés en descubrir al autor de un hecho y castigarlo por su comisión”³⁵³.

2. Derecho a la integridad física y prohibición de tratos inhumanos, crueles y degradantes

2.1 Concepto de integridad física

Al referirnos al derecho a la integridad física estamos aludiendo, en una primera aproximación, al derecho que ampara a toda persona de mantener su incolumidad física. Dicho en otras palabras, constituye la prerrogativa de no sufrir ningún menoscabo o lesión en su propio cuerpo o en su apariencia externa. Sin embargo, ello no es suficiente, pues también se hace referencia a la integridad psíquica como parte constitutiva del derecho. Así afirma Sagüés³⁵⁴ que el derecho aludido comprende tanto el aspecto físico como el psíquico; así abarcaría no sólo el derecho a conservar todas las partes del cuerpo sino también la protección de la psiquis de una persona, prohibiendo el empleo de técnicas

³⁵³ D'ALESSIO, José, “Privacidad e impunidad”, <http://www.palermo.edu>, (fecha de visita 23/05/15).

³⁵⁴ SAGÜÉS, Néstor, *Manual de derecho constitucional...*, op.cit., p.561.

como lavado de cerebro o la hipnosis, no querida, que pudiera afectarlo. Este último aspecto resulta relevante, frente a los avances científicos que pueden llegar a utilizarse en las investigaciones y procesos penales, referidos a los estudios cerebrales.

Así, advertimos que el derecho a la integridad física –igual que el derecho a la intimidad- se encuentran dentro del ámbito de la libertad individual. De tal forma, así como se garantiza un ámbito de intimidad a salvo de la intromisión estatal, igualmente se garantiza al individuo la soberanía sobre el cuerpo y el espíritu, protegido de las injerencias de los poderes públicos.

Dijimos *supra*, al tratar el concepto de las distintas medidas de investigación corporal, que en la Constitución Nacional de 1853 no se estableció de manera expresa el derecho a la integridad física, es por ello que se infería el mismo de la prohibición de toda especie de tormentos y azotes contenida en el artículo 18 CN. Al respecto, afirman Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya³⁵⁵, que el derecho a la integridad física deriva necesaria y directamente del derecho a la vida, y comprende tanto los aspectos físicos como psíquicos y morales, integrando el conjunto de derechos que se consideran como un núcleo irreductible.

En este punto, coincide Canosa Usera³⁵⁶ al considerar que, aun frente a la falta de consagración expresa del derecho a la integridad física en los textos constitucionales, puede inferirse el mismo del principio general de libertad y de la dignidad de la persona. Es que, como bien sostiene Nino³⁵⁷, resulta indispensable para la elección y materialización de planes de vida, no sólo contar con un desarrollo mental y físico apropiado y normal, sino también no verse

³⁵⁵ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel, CENICACELAYA, María, *Derecho Constitucional...*, op.cit., Tomo I, p.142.

³⁵⁶ CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006, pp.20 y ss.

³⁵⁷ NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho ...*, op.cit., p.222.

sometido a fenómenos perturbadores de la tranquilidad psíquica ni estar subordinado al dolor físico, o a su amenaza.

Sin embargo, como ha ocurrido con tantos otros derechos, la incorporación constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con la reforma de la Constitución Nacional realizada en el año 1994, fundamentalmente la CADH, o Pacto de San José de Costa Rica, ha permitido afirmar que el derecho a la integridad física tiene en la actualidad expresa consagración constitucional, ya que la mencionada Convención tiene una regulación expresa de este derecho en su artículo 5.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”³⁵⁸.

De esta manera, la consagración convencional es suficientemente amplia para comprender toda la integridad personal, pues abarca los aspectos físicos, psíquicos y morales. Afirma, al respecto, Canosa Usera³⁵⁹ que esta concepción alcanza no sólo al cuerpo humano con todos sus componentes, desde sus genes hasta la anatomía y apariencia, lo que se extendería a la integridad física, sino también las potencialidades intelectuales y sensoriales o, incluso, la capacidad de experimentar dolor físico o padecimientos psicológicos o morales.

En este sentido, Gil Hernández -citando a Rodríguez Mourullo- sostiene que la integridad personal, en el sentido de incolumidad personal, es un concepto complejo que comprende:

“- El derecho a la salud física, en el sentido de no ser privado de ningún miembro u órgano corporal.

-El derecho a la salud física y mental, es decir, a no estar sometido a enfermedades que eliminen su salud.

³⁵⁸ Igual consagración encontramos en el art. 15 CE: “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. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

³⁵⁹ CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad...*, op.cit., p.89.

- El derecho al bienestar corporal y psíquico, o lo que es lo mismo, a que no se le hagan padecer sensaciones de dolor o sufrimiento; y
- El derecho a la propia apariencia personal, en lo atinente a su imagen externa”³⁶⁰.

En función de ello, la integridad física *stricto sensu* se refiere, indudablemente, al bienestar personal y a la propia apariencia, de forma tal que se vería afectado el derecho con aquellas actuaciones que interesen tanto la incolumidad personal como también la salud física o mental. Ahora bien, resulta más compleja la determinación de qué debe entenderse por integridad psíquica o moral. Fernández Acebo³⁶¹ refiere que se trataría del aspecto psíquico que permite el libre desarrollo de la personalidad y la lesión a la misma va unida al concepto de humillación o envilecimiento, a la degradación de la persona, suponiendo un ataque grave a la dignidad.

A pesar de ser la postura de Fernández Acebo aceptada por la doctrina en general, Canosa Usera discrepa con la misma, pues considera que no es *conditio sine qua non* que se haya tenido el propósito de humillar, o que quien resultó afectado se haya sentido humillado, porque lo que determina la lesión del derecho es que se haya producido un trastorno en la psiquis de la persona que le impida el libre desarrollo de su personalidad. En todo caso, la humillación, ya sea voluntaria o involuntaria, va a producir una lesión en la integridad moral pues siempre menoscaba el libre desarrollo de la personalidad. Concluye así el autor que ello permite establecer una distinción entre “[...] lesión de la integridad psíquica –si se causó un trastorno en el libre desarrollo de la personalidad por menoscabo psicológico- y lesión de la integridad moral –cuando se degrada a la víctima”³⁶².

³⁶⁰ GIL HERNÁNDEZ, Ángel, *Intervenciones corporales...*, op.cit., pp.49 y ss.

³⁶¹ FERNÁNDEZ ACEBO, María Dolores, *Las Intervenciones Corporales en el ordenamiento...*, op.cit., p.129.

³⁶² CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad...*, op.cit., p.94.

Siendo éste el contenido del derecho a la integridad personal, es posible sostener que cuando el Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*, lleva a cabo medidas de investigación corporal sobre las personas sometidas a un proceso, puede afectar este derecho. Si pensamos en las intervenciones corporales que consisten en la exploración del cuerpo a fin de extraer de él diferentes fluidos orgánicos para su posterior análisis, lleva razón Balcarce³⁶³ cuando sostiene que, bien mirado, las medidas de intervención corporal se presentan como un daño corporal que consiste en una ínfima herida y la extirpación de una pequeña cantidad de líquido vital. De Luca³⁶⁴ afirma, igualmente, que un pinchazo y la extracción de sangre producen una modificación en el cuerpo y un dolor físico, por muy leve que sea.

Ello no implica que las medidas en sí mismas sea ilegales, porque dicho análisis deberá realizarse en cada supuesto, teniendo en cuenta las circunstancias en las cuales se ordenó la misma y el procedimiento que se desarrolló para practicarla. Como afirma Iglesias Canle³⁶⁵, siempre deberán observarse los requisitos de proporcionalidad y racionalidad necesarias para poder practicar estas medidas. Pero lo que no cabe duda es que, en gran medida, las intervenciones corporales conllevan necesariamente una lesión o menoscabo en el cuerpo, aun cuando sean permitidos.

Romeo Casabona y Romeo Malanda³⁶⁶ entienden que, incluso cuando es evidente que en las intervenciones corporales –fundamentalmente en las extracciones de sangre- se produce una extracción mínima de dicho fluido, no puede considerarse como un menoscabo a los atributos físicos, ni tampoco que se vean disminuidos sus elementos físicos, pero, aun así, concluyen que si se

³⁶³ BALCARCE, Fabián, *Análisis penal procesal*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p.133.

³⁶⁴ DE LUCA, Javier, *Pruebas sobre el cuerpo del imputado...*, op.cit., p.14.

³⁶⁵ IGLESIAS CANLE, Inés, *Investigación sobre el cuerpo ...*, op.cit., p.38.

³⁶⁶ ROMEO CASABONA, Carlos, ROMEO MALANDA, Sergio, *Los Identificadores del ADN...*, op.cit., pp.53 y ss.

considera que se ha afectado el derecho a la integridad física, es un sacrificio mínimo dada la escasa entidad de la lesión. Dicho en otras palabras, que la afectación sea mínima no significa que sea inexistente. Sin embargo, entiende Varela Agrelo³⁶⁷ que los avances tecnológicos permiten el análisis de muestras más accesibles que la sangre, como por ejemplo saliva, pelo, métodos que resultan más respetuosos del derecho a la integridad física, resultando igualmente más leve su afectación en aras del descubrimiento de la verdad en el proceso.

Asimismo, cuanto se practican determinadas inspecciones corporales, tales como las inspecciones vaginales o anales, no sólo implican –como sostuvimos–, una afectación al derecho a la intimidad corporal sino que, en similar medida, pueden implicar un avance sobre el derecho a la integridad moral. En efecto, si hemos afirmado que la integridad moral se ve afectada cuando se degrada a la persona aludida, lo cierto es que la forma en que se lleve a la práctica este tipo de inspecciones, resuelta decisiva para determinar si se ha menoscabado la integridad moral o psicológica.

Dicho esto, y aunque no se trata de un derecho absoluto, pudiendo limitarse en función de los parámetros de proporcionalidad y racionalidad, consideramos que existen límites que son infranqueables en la afectación del mismo y que no admiten ninguna excepción.

El primero de ellos esta vinculado con la prohibición de torturas, tratos inhumanos o degradantes –tema que será analizado en el epígrafe siguiente. La segunda limitación está vinculada con la existencia de peligro para la salud. En efecto, no podrá ordenarse ninguna intervención corporal que pueda significar un quebranto en la salud del imputado, aunque éste haya prestado su consentimiento. Considera Pérez Marín³⁶⁸ que no podrá practicarse la medida

³⁶⁷ VARELA AGRELO, José, “El cuerpo humano como medio de prueba...”, op.cit., p.9.

³⁶⁸ PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *Inspecciones, registros...*, op.cit., p.97.

cuando objetivamente implique un riesgo para la salud, para lo cual basta –según Huertas Martín-³⁶⁹ con la simple probabilidad de peligro porque ello impediría practicar la intervención corporal, es decir, que existiendo un hipotético riesgo para la salud del imputado, debería suspenderse la medida.

Consideramos al respecto que, en aquellas medidas de intervención corporal consideradas leves, como sería una extracción de sangre, de muestras de saliva o exploraciones radiológicas, no se produce un riesgo para la salud, máxime cuando se realizan conforme lo determina la *lex artis* y bajo control médico. Distinto es el supuesto de intervenciones corporales calificadas como graves, siendo el caso de las punciones lumbares o la extracción de líquido cefalorraquídeo, pues en estos casos puede presumirse un peligro para la persona que debe soportarlo.

En estas últimas medidas –aunque cuando coincidimos con Duart Albiol³⁷⁰ en que no se advierte en qué casos y para qué finalidad pueden ordenarse las mismas en un proceso penal-, entendemos que la posibilidad de riesgo para la salud resulta patente para cualquier persona. Pero en aquellos otros supuestos en que la medida no sea riesgosa en general, pero si pueda significar un peligro para la salud del imputado por sus particulares condiciones físicas, estimamos que el mismo debe ser evaluado y determinado por un perito médico salvo que el riesgo sea evidentemente conocido, como, por ejemplo, someter a una mujer embarazada a exploraciones radiológicas.

Así, las limitaciones referidas a la salud de la persona que debe soportar la medida no han sido ajena a las previsiones legislativas tanto que el CPPNación y

³⁶⁹ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal...*, op.cit., p.400. Cita la autora a Asencio Mellado quien considera que no es necesario probar suficientemente la relación entre la medida y el riesgo para la salud por dos razones fundamentales: la primera es que se haría recaer en el imputado la carga de probar algo que le resultaría dificultoso por su falta de conocimiento y, en segundo lugar, en muchos casos, sería de difícil o imposible comprobación por su complejidad.

³⁷⁰ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales...*, op.cit., p.228.

el CPPMza expresamente establecen la prohibición de practicar cualquier examen corporal cuando exista un riesgo para la salud o la dignidad del examinado³⁷¹.

De tal manera, podemos sostener que la Constitución Nacional y, en particular, la Convención Americana de Derechos Humanos incorporada, a la Constitución, consagran la protección de la integridad personal. Afirma en este sentido Nash³⁷² que el derecho a la integridad física hoy se reconoce y protege, lo que se encuentra prohibido son las afectaciones ilegítimas ya que aquellos actos que inciden en el mismo, en tanto sean injerencias legítimas no implican una violación del derecho a la integridad física.

2.2 Prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes

El derecho a la integridad personal se encuentra estrechamente vinculado con la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es por ello que, en la CADH, todos estos aspectos se regulan en el mismo precepto en el que se protege la integridad³⁷³ e idéntico patrón encontramos en la Constitución española³⁷⁴. En este sentido, Sagüés³⁷⁵ considera que los dos incisos del art. 5 CADH no sólo están íntimamente vinculados entre sí, sino que igualmente se vinculan con los Tratados Internacionales que prohíben este tipo de conductas, tales como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles,

³⁷¹ Vid art. 175 CPPNación y art. 211 CPPMza transcriptos en nota 124. Igual previsión encontramos en el borrador de Código Procesal Penal español de 2013 que establece en el art. 284.2: “Las intervenciones corporales no podrán llevarse a cabo cuando su ejecución conlleve un quebranto para la salud de la persona afectada o un peligro relevante para la misma.”

³⁷² NASH, Carlos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*, (Ed. Christian Steiner y Patricia Uribe), Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Ed. Plural, Bolivia, 2014, p.134.

³⁷³ Art. 5.2 CADH: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

³⁷⁴ Vid art. 15 CE transcripto en nota 137.

³⁷⁵ SAGÜÉS, Néstor, *Manual de derecho constitucional*, op.cit., p.561.

inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas³⁷⁶ y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos³⁷⁷.

Cuando hablamos del derecho a la integridad física, afirmamos que la Constitución Nacional no contenía una disposición expresa, sino que hacía referencia a la prohibición de toda especie de tormentos y azotes, fórmula esta que, según los constitucionalistas, contenía la consagración del derecho. Sin perjuicio de ello, Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya³⁷⁸ consideran que la fórmula constitucional debe entenderse comprensiva de toda especie de torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, según la terminología moderna del derecho internacional de los derechos humanos. En otras palabras, se consagró en el año 1853 lo que posteriormente fue regulado como torturas o tratos inhumanos o degradantes en los Tratados y Convenciones Internacionales, aunque la Constitución Nacional no contenía ninguna mención específica sobre el derecho a la integridad física³⁷⁹.

Coincide en este punto Malgar³⁸⁰, al afirmar que el constituyente, al utilizar esta fórmula, ha querido eliminar de manera absoluta la posibilidad de utilizar estos métodos de investigación consistentes en coaccionar psíquicamente a una

³⁷⁶ Dicha Convención se encuentra incorporada en la Constitución Nacional, *vid* art. 75 inc. 22 CN transcripto en nota 76.

³⁷⁷ Esta Convención no se encuentra incorporada en la Constitución Nacional, pero ha sido ratificada por el Congreso de la Nación mediante Ley n° 23.652 del año 1988.

³⁷⁸ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel, CENICACELAYA, María, *Derecho Constitucional...*, op.cit., Tomo I, p.142.

³⁷⁹ En la CEDH tampoco encontramos una consagración expresa del derecho a la integridad personal sino la prohibición de ser sometido a torturas, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes previsto en el art. 3. Ello lleva a decir a Canosa Usera que el ámbito del derecho a la integridad física es mucho mayor peshabrá situaciones que, sin constituir torturas o tratos inhumanos o degradantes, igualmente afectarán el derecho a la integridad física. Concluye el autor que, el TEDH ante la ausencia de una disposición expresa en la Convención referida al derecho a la integridad física, ha acabado subsumiendo violaciones que no encajan en el art. 3, en el derecho al respeto a la vida privada que proclama el art. 8 CEDH puesto que considera el TEDH que dicha norma protege tanto la integridad física como la integridad moral. (CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad...*, op.cit., pp.30 y ss).

³⁸⁰ MALGAR, Daniel, *El proceso penal y las garantías constitucionales*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, p.246.

persona, mediante la amenaza de padecer sufrimientos físicos, para que revelara lo que supuestamente conocía.

A fin de poder determinar si una intervención corporal puede encuadrarse dentro de la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes, resulta necesario conceptualizar en qué consiste cada uno de ellos. Sólo así se podrá realizar el análisis posterior de la medida practicada por la autoridad estatal.

En general, la doctrina coincide en que todos estos actos pertenecen a una misma escala y se distinguen entre sí por su gravedad. Así, podemos afirmar que el más grave de ellos es la tortura, la cual genera un rechazo generalizado de toda la comunidad internacional y ha sido motivo de tratamiento en varios instrumentos internacionales.

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, adoptada por Asamblea General de las Naciones Unidas, define la tortura en su art. 1.1: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sea físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas las dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”³⁸¹.

³⁸¹ El art. 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece que: “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como método intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier

Siguiendo tales lineamientos, Nash concluye³⁸² que los elementos constitutivos de la tortura son, a saber: acto intencional, que produzcan sufrimiento o dolor, sea físico o mental, que persiga una finalidad y en cuanto a los sujetos activos deben ser agentes estatales o bien otra persona en ejercicio de funciones públicas. Concuera Canosa Usera³⁸³, al considerar que la tortura consta de un elemento material –dolor o sufrimiento grave tanto físico como psíquico impuesto a una persona-, y un elemento teleológico consistente en la finalidad perseguida ya sea obtener confesión, castigo, coacción o cualquier otra razón. Además de estos dos elementos, se requiere la cualificación del sujeto activo: funcionario público o personal al servicio de la autoridad.

Con respecto a los tratos crueles, inhumanos y degradantes la Convención de las Naciones Unidas no contiene una configuración expresa como los supuestos de tortura, sino que los define por exclusión. Así establece en el art. 16.1: “Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”.

Como vemos, la Convención omite una conceptualización, estableciendo que se podrán calificar como tratos crueles, inhumanos o degradantes aquellos actos cometidos por un sujeto activo cualificado, siempre y cuando tales actos no

otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No están comprendido en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos de aplicación de los métodos a los que se refiere el presente artículo.”

³⁸² NASH, Carlos, *Convención Americana sobre Derechos...*, op.cit., p.142.

³⁸³ CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad...*, op.cit., pp.32 y ss.

puedan ser calificados como torturas. Es decir que, si el acto no tiene los requisitos de intencionalidad, severidad del sufrimiento y finalidad, no será calificado como tortura.

La doctrina, sin embargo, ha precisado el contenido de este tipo de tratos o penas. Así, Edwards considera que la “[...] crueldad significa lo violento, sangriento, o que se complace con los padecimientos ajenos; la inhumanidad se refiere a la barbarie, mientras que lo degradante se relaciona con lo humillante”³⁸⁴. Vinculando estos conceptos a los tipos penales, la legislación argentina castiga las severidades, vejaciones y apremios ilegales.³⁸⁵ Las severidades se refieren a todo tratamiento riguroso que tiene incidencia en la integridad física de la persona, las vejaciones están vinculadas con el trato humillante hacia la persona afectada, y los apremios ilegales son todos los procedimientos coaccionantes, y se diferencia de la tortura por la intensidad del dolor.

A los fines de determinar la gravedad del sufrimiento en cada caso, deberá tenerse en cuenta tanto las circunstancias como también la vulnerabilidad de la víctima. En este sentido, Sagüés³⁸⁶ concluye que deberán valorarse factores endógenos como la duración, el método aplicado o los efectos físicos o mentales; así como factores exógenos, tales como la edad, sexo, estado de salud o cualquier otra circunstancia personal de la víctima.

³⁸⁴ EDWARDS, Carlos, *Garantías constitucionales en materia penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p.142.

³⁸⁵ Art.144 bis CP: “Será reprimido con prisión o reclusión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial por el doble de tiempo:

- 1) El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal.
- 2) El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicara apremios ilegales.
- 3) El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales.”

³⁸⁶ SAGÜÉS, Néstor, *Manual de derecho constitucional*, op.cit., p.562

En forma similar, afirma Rodríguez Mesa³⁸⁷ que la diferencia entre la tortura y los tratos inhumanos o degradantes reside en dos aspectos: el primero es que el sufrimiento provocado por estos últimos debe ser inferior al infligido en la tortura y, en segundo lugar, estos tratos no deben tener ninguna de las finalidades previstas para la tortura. Así, el trato inhumano se aplica a todos los sufrimientos físicos o psíquicos de una determinada intensidad, en tanto el trato degradante hace referencia a todo trato por debajo de lo que exige la condición de persona. Sin embargo, es posible que algunos de estos tratos prohibidos se hayan realizado con alguna de las finalidades previstas para la tortura, por lo que deberá analizarse el caso en particular. Será tortura si la conducta se encuadra dentro de una aplicación sistemática, planificada y organizada; caso contrario, estaríamos ante tratos inhumanos o degradantes.

Siempre que hemos hecho referencia a los derechos fundamentales, sostuvimos que ninguno de ellos era absoluto o ilimitado, debiendo ser la ley quien determinara tales limitaciones, respetando los principios de proporcionalidad y racionalidad, siendo su límite infranqueable el respeto a la dignidad humana. Distinta es la situación en el caso de las torturas o los tratos crueles, inhumanos o degradantes, pues en ningún supuesto se admite su aplicación.

En efecto, tanto la CADH³⁸⁸ como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanas o degradantes, adoptada por la Asamblea

³⁸⁷ RODRÍGUEZ MESA, María José, “La protección internacional frente a la tortura. Especial referencia a su concepto.”, *Revista de Derecho Penal*, Derecho Penal Internacional, Número extraordinario, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, pp.167 y ss.

³⁸⁸ Art. 27 CADH: “1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de

General de la Naciones Unidas³⁸⁹, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos³⁹⁰, prohíben cualquier tipo de causa que justifique llevar a cabo estas conductas³⁹¹.

Como vemos, ninguna situación de conmoción general, por muy extrema que sea, permite que se utilicen alguna de estas metodologías pues su proscripción es absoluta. En este sentido, refiere Canosa Usera³⁹² que nunca es posible admitir estas conductas, ni siquiera la lucha contra el terrorismo lo justifica y, al ser una prohibición absoluta e inderogable, no existe ponderación posible entre el derecho a no ser torturado ni sometido a tratos inhumanos o degradantes y otros bienes legítimos. Dicho en otras palabras, la proscripción ya constituye en sí misma un juicio de valor que significa que estos ataques son intolerables porque implican una afectación gravísima a la dignidad de la persona. Como bien afirma Nash “[...] en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición absoluta de la tortura es un imperativo moral y no admite un debate desde el punto de vista utilitarista”³⁹³.

Así las cosas, podemos claramente sostener que el Estado, en el ejercicio del *ius puniendi* y, concretamente, en la actividad tendiente a reunir elementos de

Retroactividad); 12 (Libertad de conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad); y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.”

³⁸⁹ Art. 2.1: “Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepciones tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.”

³⁹⁰ Art.6: “No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, a inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura.”

³⁹¹ La Constitución española también lo prohíbe en forma absoluta en su artículo 15 al establecer “...en ningún caso”, lo que está dando cuenta que ninguna situación justifica su utilización.

³⁹² CANOSA USERA, Raúl, *El Derecho a la Integridad...*, op.cit., pp.179 y ss.

³⁹³ NASH, Claudio, *Convención Americana...*, op.cit., p.134.

prueba que permitan alcanzar el conocimiento de los hechos, no va a poder llevar a cabo ninguna conducta que pueda ser catalogada como tortura o trato cruel, inhumano o degradante, por muy grave que sea el ilícito investigado y cualesquiera que sean las características personales del imputado o del investigado. Dicho esto, será necesario determinar si las intervenciones corporales practicadas durante el proceso pueden ser consideradas dentro de alguna de estas conductas prohibidas.

En la actualidad existe coincidencia en la doctrina respecto a que determinados métodos, como el narcoanálisis, son intervenciones corporales prohibidas por atentar contra la dignidad del imputado. Sin embargo, otras medidas, como la extracción de sangre o inspecciones anales o vaginales, pueden o no considerarse como tratos inhumanos o degradantes en función de la forma en que se practica la medida. Piénsese por ejemplo que una inspección vaginal que se realiza por personal sanitario, pero frente a terceras personas, puede provocar una humillación o sensación de envilecimiento.

De tal forma, si bien se admite la licitud de las intervenciones corporales, aun cuando puedan implicar una afectación al derecho a la integridad física, ello no será así cuando dicha intervención pueda considerarse un trato proscripto. En este sentido, Pérez Marín³⁹⁴ considera que las intervenciones corporales no constituyen una injerencia prohibida, aunque impliquen una vulneración a la integridad física, siempre que no constituyan un trato inhumano o degradante.

Es por ello que Varela Agrelo concluye que “[...] para que la intervención corporal resulte constitucionalmente legítima, habrá de practicarse con el debido respeto tanto a la dignidad de la persona como a su derecho a la salud, de tal forma que, necesariamente las pruebas habrán de realizarse por personal sanitario en un centro adecuado y siempre y cuando no exista contraindicación médica que

³⁹⁴ PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.98.

lo desaconseje ya que actuar de otra forma puede convertir en ilícita una intervención prima facie legítima, y ello porque en tales supuestos podría calificarse la forma de obtención de la prueba de “inhumana” o “degradante”, con vulneración de lo prescripto por el artículo 5 de la CEDH³⁹⁵.

De tal forma, tanto la tortura como los tratos crueles, inhumanos o degradantes se encuentran prohibidos en nuestro Estado de Derecho, siendo una prohibición absoluta, pues no admite ninguna limitación en función de la ponderación de intereses jurídicos afectados. Dicho en otras palabras, ninguna circunstancia, por excepcional que sea, admite que cualquier medida de intervención corporal realizada en el marco de una investigación penal constituya un trato cruel, inhumano o degradante, por muy beneficiosas que -en términos de descubrimiento de la verdad- puedan resultar.

2.3 Análisis jurisprudencial

a. Integridad física y prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes

El derecho a la integridad personal, si bien se trata de un derecho fundamental, es susceptible de sufrir limitaciones, pero sin perder de vista que tanto la tortura como los tratos crueles, inhumanos o degradantes son conductas absolutamente prohibidas en un Estado de Derecho. En función de ello, cuando la jurisprudencia ha tratado las medidas de investigación corporal, ha abordado el tema, en el entendimiento de que la línea que separa la afectación lícita al derecho a la integridad con las conductas prohibidas puede llegar a ser muy delgada.

³⁹⁵ VARELA AGRELO, José, “El cuerpo humano como medio de prueba: en especial, las intervenciones corporales”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm.1772, abril, 1996, p.9, www.mjusticia.gob.es, (fecha de visita 20/06/15).

En general, los tribunales argentinos han admitido que aquellas medidas de intervención corporal que se practican por personal sanitario y conforme a la *lex artis*, si bien pueden constituir una afectación ínfima al derecho, son consideradas lícitas, debiendo ponderarse los bienes en juego y teniendo en cuenta, a los fines de convalidar este tipo de medidas, cuál es el objeto del proceso. No se realiza un análisis del contenido del derecho, sino que directamente se ingresa en la determinación de si la intervención corporal se justifica o no en el caso concreto³⁹⁶.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el primer caso que se expidió sobre una prueba de ADN resolvió que [...] *resulta necesario destacar que la cuestionada diligencia impone someter a un menor de edad que no es víctima del hecho de esta causa, y a quien no se imputa acto jurídico alguno, a una extracción compulsiva de sangre, vale decir, a una prueba que presupone ejercer cierto grado de violencia –por mínima que sea- sobre su propio cuerpo, lo que de por sí invade su esfera íntima, restringe su libertad en cuanto más tiene ella de esencial –esto es la disponibilidad del propio cuerpo-, y comporta una lesión a la integridad física del niño*³⁹⁷.

³⁹⁶ Entiendo que esta modalidad histórica de la CSJN resulta criticable. Hubiera sido preferible que el Máximo Tribunal del país hubiera fijado el contenido y alcance de este derecho fundamental y su posible afectación cuando se practican medidas de investigación corporal, sin perjuicio de analizar con posterioridad en cada caso concreto, la justificación o no de la medida.

³⁹⁷ CSJN Fallos 313:1113. En este caso, en el mes de marzo de 1977 el menor de pocos meses de vida había sido dejado abandonado en la vía pública y fue trasladado a la Casa Cuna; una vez allí se llevaron a cabo todos los procedimientos legales y se dio al menor en adopción a un matrimonio debidamente inscripto en el Juzgado de Menores como pretensos adoptantes. Meses después de ocurrido ello, se presentó una persona en la causa, alegando que el menor abandonado podía ser un nieto suyo nacido en julio de 1976, el cual había sido inscripto en el mes de enero de 1977 con un certificado de nacimiento falso y, siendo falso, por lo tanto, el Documento Nacional de Identidad. Lo que pretendía el presunto abuelo es que se realizara un análisis de ADN en el proceso penal que se investigaba la presunta falsedad ideológica de documentos destinados a acreditar la identidad de la persona. Para resolver, la CSJN no solo tuvo en cuenta que aun cuando hubiera falsedad en ese documento de identidad, ello no lo vinculaba con el menor entregado en adopción porque se acreditó que el menor en el mes de marzo de 1977 tenía seis meses de edad, por lo que no coincidía con la edad que tenía el supuesto nieto del denunciante y no había elementos para vincular al menor adoptado con el otro niño. Amén de ello, la adopción plena se había realizado conforme a la ley, respetando los plazos establecidos en ella y, justamente la ley de adopción impedía que se tratara de restablecer cualquier vínculo con los familiares biológicos. Por estas especiales circunstancias la Corte concluyó que *[s]i bien el proceso penal ofrece características propias,*

En un fallo posterior, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve en un sentido contrario, también en un caso de intervenciones corporales practicadas con la finalidad de realizar un examen de ADN, afirmando que [...] *tampoco se observa la afectación de otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen*³⁹⁸.

Como vemos, la CSJN considera la afectación o no del derecho a la integridad corporal, en función de que la medida se encuentre o no justificada. Consideramos que no es la solución adecuada, que una investigación corporal sea válida por cuanto se encuentra justificada en el caso concreto no hace desaparecer la afectación al derecho fundamental, por nimia que sea la misma, porque son dos planos distintos de análisis. Justamente el hecho de que estas medidas afecten a derechos fundamentales, hace necesario por parte de los órganos estatales, una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en juego y, mientras mayor sea la incidencia en el derecho, mayor deberá ser la justificación de la medida en función de los bienes jurídicos tutelados.

Esta ha sido la posición de la Corte Constitucional de Colombia, que tiene en cuenta el grado de afectación del derecho en función del riesgo o daño para la salud, afirmando que [...] *la obtención de muestras que involucren al imputado*

por la incidencia del interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos, ese interés jurídico no justifica que, para colectar prueba incriminatoria, se pueda perpetrar un atentado a la integridad física de una persona que no es imputada ni víctima del hecho de la causa.

³⁹⁸ CSJN Fallos 318:2518. La diferencia con el fallo anterior es que, en este caso, el menor no había sido adoptado mediante los procedimientos legales, sino que los padres afirmaban ser los padres biológicos y se sospechaba que habían recibido al menor contra el pago de una suma de dinero. Consideró la CSJN que la negativa de los padres se dirigía a obstaculizar una investigación criminal en la que ellos resultaban imputados y el menor era la víctima.

*puede implicar una limitación alta de este derecho, si en dicho procedimiento es necesaria una intervención quirúrgica, el empleo de anestesia o de procedimientos que puedan poner en riesgo la salud del imputado, o si con posterioridad a su obtención, la recuperación de la salud del imputado exija cuidados médicos especializados. A mayor sea la incidencia de la medida en la integridad física del imputado, mayor importancia deben tener los bienes jurídicos tutelados y mayor el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la práctica de la medida. Aun cuando los avances tecnológicos han reducido cada vez más los riesgos que puede involucrar la obtención de muestras, en las circunstancias de cada caso, los riesgos podrán presentarse si en el lugar donde deben realizarse las medidas no se tiene acceso a procedimientos científicamente controlados que aseguren que la salud del imputado no corre peligro*³⁹⁹.

El Tribunal Constitucional español también ha tenido en cuenta la justificación de la medida para considerar la incidencia de ésta en el derecho a la integridad corporal, entendiendo que la afectación al derecho se produce frente a intervenciones corporales practicadas de forma coactiva, sin consentimiento del afectado, a no ser que tenga justificación constitucional. Así resolvió que [...] *mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral (art.15 C.E.) se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesiones su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular (SSTC 120/1990, fundamento jurídico 8º, 137/1990, 215/1994 y 35/1996)*⁴⁰⁰

³⁹⁹ Sentencia C-822/05, de 10 de agosto, Cons. 5.4.2.5. Para evitar estos riesgos, estima la Corte que [...] *la extracción de muestras del cuerpo del imputado debe efectuarse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado, tal como lo establecen los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad. Estos parámetros obligan a las personas responsables de practicar esta forma de intervención corporal.*

⁴⁰⁰ STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2. Entiende en tal sentido el Tribunal que [...] *lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o*

El Tribunal Constitucional, en sentencias posteriores, advirtió que *[n]o estando acreditado, por tanto, que se trata de una intervención corporal coactiva y practicada en contra de la voluntad del interesado, no cabe considerar afectado el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), como expresamente hemos afirmado, entre otras, en las SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9 y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6⁴⁰¹.*

Como vemos, a diferencia de la CSJN, en los fallos del Tribunal Constitucional encontramos una precisión en cuanto al contenido del derecho a la integridad corporal, sin perjuicio de que con posterioridad se determine, en cada supuesto, la justificación o no de la medida.

Así se refleja en fallos posteriores, habiendo resuelto que *[e]s en relación con la doctrina expuesta como hay que analizar si se ha producido la denunciada vulneración del derecho a la integridad física protegido por el art. 15 C.E., al haber sido sometido el actor a sesiones de rayos X. Este derecho, en efecto, podría verse afectado por actuaciones coactivas que, con justificación en las normas de seguridad penitenciaria, puedan determinar un riesgo inmediato o futuro para la salud, puesto que también el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal, el cual, como señalábamos en la STC 120/1990, resultará afectado incluso en el caso de que se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad y, por consiguiente, esa asistencia médica*

sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, más no es una condición sine qua non para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física

⁴⁰¹ STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 3. En este caso particular, la Guardia Civil solicitó mediante oficio al centro hospitalario en que fue ingresado el sospechoso tras un accidente de tránsito, la práctica de un análisis sobre las muestras de sangre que le había sido extraídas con fines terapéuticos, con el objeto de determinar la tasa de alcohol en sangre o de otras sustancias estupefacientes. Si bien se consideró que no había existido violación al derecho a la integridad física, sí se consideró vulnerado el derecho a la intimidad al considerar que se había invadido la esfera privada del sospechoso sin su consentimiento ni autorización judicial, y no se había acreditado ni la urgente necesidad de la intervención policial sin orden judicial previa ni la proporcionalidad de la misma.

*coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional*⁴⁰².

Cabe advertir entonces que, en la doctrina del Tribunal Constitucional español, toda intervención corporal coactiva implicará una afectación al derecho a la integridad en tanto implica una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea su apariencia externa, salvo que tenga justificación constitucional. Asimismo, no es necesario que además produzca un malestar o un riesgo o daño para la salud pues supondrá un plus de afectación, pero no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física. En tal sentido, sostiene Canosa Usera que, si bien el Tribunal Constitucional admite la injerencia en este derecho fundamental, no lo justifica con base en una previsión legal específica sino “[...] en la necesidad de tales pruebas para el desenvolvimiento de la verdad material que facilite el desplique del *ius puniendi* del Estado”⁴⁰³.

También encontramos fallos del Tribunal Supremo español que profundizan en el tratamiento de las medidas de investigación corporal y su relación con los

⁴⁰² STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3. En este caso, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo en base a dos argumentos: [...] *el dictamen del facultativo no reveló que las técnicas de aplicación y la periodicidad de los exámenes hubieran superado el nivel de riesgo exigible para temer o considerar daños futuros a la salud y consiguiente vulneración del derecho a la integridad física. Y así, las circunstancias concretas por las cuales el hoy recurrente se vio sometido a las exploraciones con rayos X son explicadas razonadamente, utilizando como criterio las normas establecidas por la Organización Mundial de la Salud, tanto en el Auto dictado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, como en el de la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación. En ellos se especifica que la utilización aislada y esporádica, bajo control médico, de un aparato de rayos X que se encontraba en perfecto estado y cuyas radiaciones no suponen peligro alguno para la salud y que incluso en las últimas exploraciones se disminuyó el nivel de radiación (a pesar de especificarse que la radiología utilizada era de menor intensidad que los máximos permitidos por la Organización Mundial de la Salud) no supone derecho a la integridad física. El segundo argumento fue que: [...] el fin perseguido era el de garantizar la seguridad del establecimiento y aunque tales razones de seguridad no puedan constituir con carácter general el único soporte de dichas exploraciones radiológicas, en el caso concurren con el historial del interno, quien según explica el Juez de Vigilancia Penitenciaria en el Auto de 11 de diciembre de 1991, tiene acreditado en su expediente penitenciario intentos de agresión, destrozo de celda, intentos de fuga, y se le han encontrado en diversas ocasiones objetos prohibidos, incluso una sierra, que revela su peligrosidad (FJ 4).*

⁴⁰³ CANOSA USERA, Raúl, *El Derecho a la Integridad...*, op.cit., p.265.

derechos fundamentales. Estas resoluciones siguen, en general, la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional.

Siguiendo tales lineamientos, ha dicho el Tribunal que las pruebas de ADN *[...]no conllevan una vulneración del derecho a la integridad física que no esté constitucionalmente legitimada. Es cierto que, en algunas ocasiones, la obtención de muestras corporales puede implicar una afectación, siquiera leve, de ese derecho a la incolumidad. Sin embargo, como ha precisado la jurisprudencia constitucional, ese derecho no puede considerarse, en modo alguno, absoluto*⁴⁰⁴. Sin embargo, en los casos de toma de muestras de saliva considera que no se vulnera ningún derecho fundamental, pues si bien esta medida *[...] consiste en obtener un fluido corporal, y en este sentido, conforme a las anteriores consideraciones*⁴⁰⁵, *en una primera aproximación, podría ser calificada de “intervención”, si bien es cierto que no afecta en absoluto a la integridad física, no comporta gravamen alguno y, ni siquiera, incomodidad al concernido. Así, tanto por el modo de su realización como por la incidencia práctica en el afectado sería más bien asimilable a las “inspecciones y registros corporales”, siempre que –dado que no incide en “partes íntimas del cuerpo”- lo hiciera de manera estimable en la privacidad*⁴⁰⁶.

En otros fallos, ha tenido en cuenta los bienes jurídicos en juego que justificaron la realización de la medida⁴⁰⁷. Las decisiones jurisdiccionales

⁴⁰⁴ STS 151/2010, de 22 de febrero, FJ 3.d, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Manuel Marchena Gómez.

⁴⁰⁵ El Tribunal Supremo hace referencia a la STC 207/1996 que conceptualiza las inspecciones, registros e intervenciones corporales en función del derecho fundamental afectado. En los dos primeros, se vulneraría el derecho a la intimidad en tanto que, en el último supuesto, el derecho a la integridad física.

⁴⁰⁶ STS 803/2003, de 04 de junio, FJ 1, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez. En este supuesto se desestimó igualmente que el examen de ADN pudiera significar una vulneración al derecho a la intimidad personal ya que la indagación se produce con fines de identificación, con lo cual la injerencia en el ámbito íntimo es prácticamente inexistente. Por ello consideró que, tanto por el modo de operar sobre el sujeto, como por razón del fin, la prueba no representó una intromisión relevante en el ámbito de la integridad física y tampoco en el de la intimidad.

⁴⁰⁷ STS 2125/1991, de 15 de enero, FJ 2, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, resolviéndose que *[...] estando ejecutándose un delito contra la salud pública que aparece referido a una droga, como la cocaína, de las que esta Sala ha repetido*

mencionadas *supra*, ponen de resalto tanto el contenido del derecho fundamental a la integridad física, como también los casos en que la injerencia en tal derecho se encuentra justificada. En general, se admite que existen intervenciones de tan escasa significancia que no llegan a vulnerar este derecho, como serían los supuestos de la toma de una muestra de saliva o la extracción de escasos centímetros cúbicos de sangre. Sin embargo, consideramos que, más allá de tales afirmaciones genéricas, lo importante es determinar individualmente, si la medida tiene o no justificación constitucional.

Cuando hicimos referencia al concepto del derecho a la integridad personal, sostuvimos que había límites infranqueables, siendo uno de ellos que la medida dispuesta por los órganos estatales pudiera ser considerada como tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta afirmación doctrinal también ha encontrado eco en la jurisprudencia de los Tribunales nacionales, que acudiendo a los fallos de los Organismos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, han fundamentado y precisado las conductas prohibidas.

reiteradamente que es de las que causan grave daño a la salud –sentencias de esta Sala de 13 de marzo, 24 de mayo y 25 de octubre de 1984, 27 de enero y 21 de marzo de 1986, 3 y 16 de febrero, 15 de abril y 7 de julio de 1988, 28 de marzo de 1989 y 12 de julio de 1990- y para impedir la desaparición de los efectos del delito que se acaba de descubrir, cumpliendo así lo prevenido en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en cuyo apartado g) del art. 11.1 les atribuye la investigación de los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, debiendo actuar en el ejercicio de sus funciones con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable, rigiéndose al hacer por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance, como señala el art. 5.2 c) del citado texto. No puede decirse por ello que se hayan violado los derechos que se aducen como conculcados en los dos primeros motivos del recurso, ni la dignidad de la persona ni la integridad física o moral y menos aún ver en la actuación policial tratos inhumanos o degradantes y tan sólo en una hiperbólica defensa es comprensible. En este caso, funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, interceptaron en la vía pública al acusado, quien conducía su vehículo, lograron que detuviera el vehículo, momento en el cual, éste se introdujo en la boca cinco pequeñas bolsitas de plástico que llevaba junto a la palanca de marcha del vehículo, con el propósito de ocultarlas, ingiriéndolas. Esta conducta fue impedida por los policías que, luego de forcejear con el acusado, lo bajaron del vehículo y le extrajeron de la boca las cinco bolsitas. Posteriormente se determinó que contenían cocaína. En este fallo descartó, igualmente, el Tribunal Supremo alguna vulneración al derecho a la intimidad pues la extracción de las bolsitas de la boca no podía asimilarse a un registro anal o vaginal, sino a un vulgar cacheo policial. Valoró el Tribunal que la actuación policial resultó beneficiosa para el acusado ya que, si hubiera tragado las bolsitas, hubiera corrido peligro su salud, pudiéndose haber intoxicado o envenenado.

En el caso de la jurisprudencia nacional, la fuente inmediata ha sido la Corte IDH, sin perjuicio de que este Tribunal también ha seguido la jurisprudencia del TEDH, enriqueciéndose así la jurisprudencia internacional y nacional en el tratamiento de las acciones estatales que pueden catalogarse como torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Es importante destacar que ambos Tribunales Internacionales han puesto de manifiesto que la prohibición de estas prácticas es absoluta y no admite ninguna excepción. Así la Corte IDH ha resuelto que *[...] la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy al dominio del jus cogens internacional*⁴⁰⁸. De tal forma, este derecho no puede ser de ningún modo suspendido o limitado, y el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, no puede justificar ni la aplicación de torturas ni cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante.

La Corte IDH vincula expresamente el derecho a la integridad corporal con la tortura y los tratos prohibidos, pues considera que se trata de distintas gradaciones de la vulneración del derecho. Como principio general establece que *[...] todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana*⁴⁰⁹. Vemos que la integridad corporal puede ser afectada por distintos actos siendo los más graves los actos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y, así

⁴⁰⁸ Corte IDH, caso Penal Castro vs. Perú, Sentencia de noviembre de 2006, párr.271. Incluso pone de resalto su carácter de prohibición absoluta, afirmando que *[...] subsiste aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas*. Igualmente ha resuelto el TEDH en la Demanda Tomas c. Francia, de 27 de agosto de 1992 y Demanda Ascoy c. Turquía de 18 de diciembre de 1996.

⁴⁰⁹ Corte IDH, caso Familia Barrios vs. Venezuela, Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párr. 52.

lo afirmó en esta misma Sentencia *[l]a infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta.*

Si bien la jurisprudencia de la Corte IDH es rica en cuanto al contenido del derecho a la integridad corporal y las distintas formas de afectación, fue recién en el caso *Bueno Alves vs. Argentina* donde sistematizó por primera vez los elementos constitutivos de la tortura, a saber: *[...] a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se comete con determinado fin o propósito.*⁴¹⁰ A los efectos de analizar este último requisito, la Corte IDH abandona criterios abstractos o neutros ya que considera no sólo los criterios objetivos del hecho sino también criterios de tipo subjetivos vinculados con la condición de la víctima⁴¹¹.

Con el objeto de precisar los conceptos de tratos inhumanos o degradantes, la Corte IDH se ha valido de la jurisprudencia del TEDH afirmando que este Tribunal *[...]ha manifestado que, aun en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos. El carácter degradante se expresa en un sufrimiento de miedo, ansia, e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la*

⁴¹⁰ Corte IDH, caso *Bueno Alves vs. Argentina*, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr.79.

⁴¹¹ Así en esta misma Sentencia dijo la Corte que para apreciar la severidad del sufrimiento padecido debían tenerse en cuenta *[...] factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal* (párr.83).

víctima (Cfr. *Case of Ireland vs. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Series A n° 25. Párr. 167*). Dicha situación es agravada por la vulnerabilidad de una persona ilegalmente detenida (Cfr. *Case Ribitsch vs. Austria, Judgment of 4 December 1995, Series A n° 336, párr. 36*)⁴¹².

b. Medidas de investigación corporal y la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes

Establecida la doctrina de la Corte IDH sobre el tema, la cual es compartida por el TEDH, resulta pertinente analizar la jurisprudencia sobre las medidas de investigación corporal a fin de determinar si, en algún supuesto, este tipo de diligencias pueden constituir tortura o bien tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En la jurisprudencia de los tribunales argentinos no encontramos demasiadas resoluciones jurisdiccionales que traten el tema de las intervenciones corporales que pueden ser constitutivas de torturas o tratos inhumanos, crueles o degradantes. La CSJN hizo referencia al tema de una manera muy superficial, al analizar la posibilidad de realizar una extracción de sangre para la práctica de ADN, afirmando que [...] *a ello cabe agregar que por no constituir una práctica humillante o degradante, la intromisión en el cuerpo que la medida dispuesta importa, se encuentra justificada por la propia ley (arts.178, 207 y 322 del Código de Procedimientos en Materia Penal), pues en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia*⁴¹³.

⁴¹² Corte IDH, caso Loaysa Tamayo vs. Perú, Sentencia de septiembre de 1997, párr.57.

⁴¹³ CSJN Fallos 318:2518 ya mencionado donde se convalida la práctica de un examen de ADN entre los imputados y su hijo menor de edad, teniendo en cuenta que este podía haber sido comprado por una suma

El TEDH en diversas sentencias ha dado tratamiento al contenido de estas conductas, analizándolos en cada caso concreto. Así afirmó que el trato inhumano es aquel que [...] *produce vivos sufrimientos físicos y morales, y es susceptible, además, de causar trastornos psíquicos agudos*, en tanto que consideró como tratos degradantes [...] *aquellas medidas de tal naturaleza que crean en los individuos sentimientos de miedo, angustia y de inferioridad, y que les humillan, envilecen y rompen eventualmente su resistencia física o moral*⁴¹⁴. En un fallo posterior agregó que [...] *para que el trato sea degradante, debe ocasionar también al interesado ante los demás o ante sí mismo una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad. Este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso*⁴¹⁵. Como vemos el TEDH, al igual que la Corte IDH, tiene en cuenta las circunstancias particulares tanto del caso como de la persona que resulta víctima de un trato degradante.

A diferencia de los tribunales argentinos, entendemos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha sido mucho más generosa en el tratamiento del tema, no sólo en cuanto a determinar si una intervención en un caso concreto puede encuadrarse dentro de estas conductas prohibidas, sino también precisando el contenido de las mismas. Así, en este último sentido, ha resuelto que *[s]egún la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recogida en la STC 120/1990, fundamento jurídico 9º, para encuadrar una pena o trato en alguna de las categorías del art. 3 del Convenio de Roma de 1950 ha de atenderse a la intensidad de los sufrimientos infligidos a una*

de dinero e inscripto como hijo biológico de la pareja. De tal forma, el menor sería víctima del presunto hecho delictivo cometido por sus quienes decían ser sus padres biológicos.

⁴¹⁴ TEDH, Demanda Irlanda c. Reino Unido, Sentencia de 18 de enero de 1978.

⁴¹⁵ TEDH Demanda Campbell y Cosans c. Reino Unido, Sentencia de 25 de febrero de 1982. Respecto a las circunstancias de cada caso, agregó que [...] *una amenaza que se cierna sobre un individuo muy insensible puede apenas afectarle y presentar, sin embargo, una naturaleza degradante; y viceversa, un individuo con una sensibilidad poco frecuente puede quedar traumatizado por una amenaza que sólo la deformación del sentido ordinario y acostumbrado del término permite calificar como degradante.*

persona. Habiendo declarado este Tribunal, de conformidad con esa doctrina, que las tres nociones también recogidas en el art.15 CE (“torturas”, “penas o tratos inhumanos”, penas o tratos “degradantes”) son, en su significado jurídico “nociones graduadas de una misma escala” que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente (SSTC 127/1990, fundamento jurídico 9º y 137/1990, fundamento jurídico 7º). Y en particular, respecto del ámbito penitenciario, se ha dicho que para apreciar la existencia de “tratos inhumanos o degradantes” es necesario que “estos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena” (SSTC 65/1996, fundamento jurídico 4º, 2/1987, fundamento jurídico 2º, 89/1987, fundamento jurídico 2º, 120/1990, fundamento jurídico 9º, 137/1990, fundamento jurídico 7º y 150/1991, fundamento jurídico 7º). E interesa destacar de otra parte, que este Tribunal ha declarado que aunque una concreta medida no puede considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante “en razón del objetivo que persigue”, ello no impide que se le pueda considerar como tal “en razón de los medios utilizados” (SSTC 120/1990, fundamento jurídico 9º y 137/1990, fundamento jurídico 7º)⁴¹⁶.

⁴¹⁶ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4.A. En este caso, la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario impuso a un interno la sanción de tres fines de semana de aislamiento como autor de una falta grave, fundado en que éste desobedeció reiteradamente las órdenes del Funcionario, para que hiciera una flexiones en el cacheo posterior a una comunicación íntima. Teniendo en cuenta las consideraciones sobre torturas, tratos inhumanos o degradantes consideró que [...] el examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso ha de conducir, necesariamente a una conclusión negativa. En efecto, aun siendo la queja del recurrente, ciertamente escueta, en cuanto a las circunstancias relativas a la práctica de la medida que se le ordenó, de ella claramente se desprende que el contenido de la orden recibida no entrañaba que hubiera de producirse contacto corporal alguno con el sujeto pasivo por parte de otra persona, sino sólo que el recluso contra su voluntad se desnudara y, una vez desnudo, practicara varias flexiones. Sin que, de otra parte, la queja exprese la duración o el número de las flexiones que aquél debía llevar a cabo para poder inferir, por su prolongación, que éstas causarían un sufrimiento de especial intensidad. Ni tampoco, entre otras circunstancias relevantes, si el local donde habría de practicarse la medida era o no un espacio abierto del establecimiento penitenciario al que pudieran tener acceso terceras personas, tanto reclusos como otros funcionarios del centro distintos de quien impartió la orden y, consiguientemente, presentar su práctica.

En base a tales consideraciones, entendió el Tribunal que la medida objetada no podía considerarse, ni por su contenido ni por los medios utilizados, ni tortura ni un trato vejatorio o degradante⁴¹⁷.

Distinta ha sido la posición del Tribunal Supremo español, puesto que ha considerado que este tipo de prácticas pueden constituir un trato degradante. En efecto, el Tribunal ha entendido que, obligar a una persona a desnudarse y realizar flexiones con la finalidad de comprobar un supuesto transporte de drogas en el recto, supone un trato humillante y degradante que vulnera el art. 15 CE⁴¹⁸.

Tanto en el fallo citado, como en otros posteriores⁴¹⁹, el Tribunal Supremo no niega la posibilidad de practicar registros corporales, pero afirma que éstos solamente pueden realizarse sobre la superficie corporal o utilizando técnicas radiológicas para detectar posibles objetos escondidos en las cavidades corporales. Dicho de otro modo, lo que sostiene el Tribunal Supremo es que debe elegirse, en el caso concreto, aquellos medios que resulten menos lesivos para los derechos fundamentales, sin que por ello se vea menoscabada la eficacia de la investigación.

Advertimos que, en este aspecto, coincide Huertas Martín⁴²⁰ al entender que tanto la cavidad anal como vaginal es considerada por la generalidad de las personas como un aspecto del cuerpo absolutamente privado e inviolable, por lo

⁴¹⁷ Si bien se hizo lugar al amparo, no lo fue por considerar que se había vulnerado el art. 15 CE sino reconociendo el derecho fundamental a la intimidad personal.

⁴¹⁸ STS 446/1996, de 11 de mayo, FJ 1, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. José Antonio Martín Pallín. Sostuvo en esta sentencia el Tribunal que *[e]l 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. Desde una perspectiva objetiva se puede distinguir entre investigación corporal del imputado y el registro corporal. La primera consiste en la investigación del cuerpo mismo, - estado mental o contenido de alcohol en sangre-, mientras que por la segunda se trataría de encontrar objetos escondidos en la superficie o en las cavidades naturales del cuerpo, -boca, ano y vagina-. En este último caso es indudable que, cualquier actuación sobre las cavidades mencionadas comporta una intromisión en la intimidad de la persona que, en algunos casos, según el método empleado pueden afectar a su derecho a un trato no degradante*

⁴¹⁹ SSTS 874/1998, de 26 de junio, 290/1999, de 17 de febrero, dictadas por la Sala 2º, entre otras.

⁴²⁰ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal...*, op.cit., pp.376 y ss.

que la práctica de inspecciones, en esas partes del cuerpo, puede provocar un sentimiento de humillación y envilecimiento de la persona. Es por ello que considera que, en función del principio de proporcionalidad, este tipo de medidas deberían ser sustituidas por reconocimientos radiológicos o ecográficos.

Como vemos, es sumamente delgada la línea que separa la legítima afectación al derecho a la integridad corporal y la posibilidad de someter al individuo a un trato inhumano o degradante, punto en el cual la jurisprudencia no ha sido coincidente, aun cuando el contenido de lo que debe comprenderse por tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes haya sido el mismo, basándose fundamentalmente en la jurisprudencia del TEDH.

2.4 Síntesis

El derecho a la integridad amparado constitucionalmente, se encuentra previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos, y, por lo tanto, incorporado en la Constitución Nacional, contempla una protección mayor que sólo la integridad física, ya que abarca también la integridad psíquica y moral.

De tal forma, podemos hablar del derecho a la integridad personal que contempla tanto los aspectos físicos como también cualquier padecimiento psicológico o moral. Es decir, protege al individuo frente a cualquier ataque que pretenda lesionar no sólo su cuerpo sino también su espíritu. En función de ello, las medidas de investigación corporal, en tanto se desarrollan sobre el cuerpo humano, pueden afectar el derecho a la integridad física.

Como todo derecho, aun siendo un derecho fundamental, es susceptible de sufrir limitaciones teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto. De tal forma, en el desarrollo de un proceso penal siempre existe una limitación a

determinados derechos fundamentales. En el tema que nos ocupa, cuando justamente es el cuerpo del imputado la fuente de donde se extraerán elementos probatorios, resulta indudable que entran en colisión diversos intereses. Por un lado, el despliegue del *ius puniendi* del Estado en resguardo del derecho de la sociedad a que se castigue a los autores por la comisión de hechos delictivos y, por otro, el derecho a la integridad personal de quien se ve sometido a un proceso y que goza de un estado jurídico de inocencia.

Como sucede en el desarrollo de todo el proceso penal, deberá ponderarse en cada supuesto la prevalencia de unos intereses sobre otros, teniendo en cuenta la gravedad del delito y el grado de incidencia en el derecho a la integridad personal. En esta ponderación, siempre el Estado debe valerse de aquellos medios que resulten menos invasivos del derecho fundamental.

Sin embargo, entendemos que existen dos límites que son infranqueables, y que no admiten ningún tipo de excepción ni análisis de proporcionalidad posible. El primero, lo constituye la prohibición de poner en riesgo la vida o la salud de la persona a la cual se le va a someter a una medida de intervención corporal. Si bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia, son coincidentes en afirmar que, con los avances de la ciencia, en la actualidad es posible obtener información del cuerpo del imputado como una mínima invasión del mismo, será necesario analizar en cada caso, si existe o no riesgo para la vida o la salud.

Consideramos que ello es así en tanto existen algunas medidas en las cuales el riesgo para la salud resulta patente, como, por ejemplo, la posibilidad de realizar una punción lumbar o aplicar rayos X a una mujer embarazada. Sin embargo, hay otros supuestos que dependerán de las especiales características de la persona sobre la cual se le va a practicar la intervención corporal, y que determinarán este riesgo. Puede ocurrir que sufra alguna enfermedad de especial gravedad o tenga una determinada contextura física que implique un riesgo para

su vida o su salud, circunstancias éstas que deberán ser analizadas por personal médico cuando se vaya a practicar la medida.

El segundo límite infranqueable es que cualquiera de estas medidas pueda ser catalogada como tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La prohibición de llevar a cabo este tipo de conductas es absoluta y no admite ningún tipo de ponderación de los bienes o intereses jurídicos en juego. La investigación de ningún hecho delictivo, por muy grave que sea, justifica el empleo de la tortura o de tratos inhumanos. A tal punto ello es así que, tanto la Corte IDH como el TEDH, han afirmado que ni siquiera la lucha contra el terrorismo justifica la utilización de tales medidas lesivas de la integridad personal.

Vemos que esta proscripción absoluta forma parte del *ius cogens* y no pueden obtener ningún tipo de justificación. A los fines de determinar si una conducta pueda ser calificada como tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deberá tenerse en cuenta no sólo las circunstancias del caso sino también la vulnerabilidad de la persona sometida a la misma.

Respetando estos dos límites infranqueables, podemos concluir que, si bien las intervenciones corporales pueden afectar el derecho a la integridad física, no constituyen injerencias prohibidas en tanto y en cuanto se practiquen en forma adecuada respetando el derecho a la dignidad y a la salud del imputado. En otros términos, en tanto se tengan en cuenta las circunstancias antes mencionado, podrán ordenarse este tipo de medidas en el marco de un proceso penal.

Habiendo visto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo difieren en el análisis de medidas similares que se practicaron en casos distintos, podemos afirmar que sólo en función de las circunstancias

objetivas y subjetivas de cada supuesto en particular podrá determinarse si la medida de investigación corporal dispuesta resulta o no legítima.

3. Derecho a no declarar contra sí mismo

3.1 Contenido del derecho

Una de las características fundamentales del sistema inquisitivo fue la consideración del imputado como un objeto del proceso y no como un sujeto de derechos. En esta situación, obtener la confesión del imputado era el designio a alcanzar y, para ello, se justificaba la utilización de todo tipo de coacciones físicas y psíquicas que vencieran su resistencia.

La gran conquista de la modernidad jurídica fue considerar al imputado como un sujeto de derechos. De tal forma, se limita el poder estatal en la averiguación de los hechos delictivos, pues ningún fin justifica desconocer la dignidad del ser humano, utilizando métodos crueles en aras de llegar al descubrimiento de la verdad.

Dentro de este lineamiento, el principal derecho reconocido es justamente la posibilidad de no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable. Sostienen, en este sentido, Fleming y López Viñals⁴²¹ que es el reconocimiento de la dignidad del imputado lo que permite considerarlo como un sujeto incoercible que obliga a los órganos estatales a atenerse a la decisión del imputado no sólo en cuanto a su voluntad de declarar sino también al contenido de dicha declaración.

⁴²¹ FLEMING, Ariel, LÓPEZ VIÑALS, Pablo, *Garantías del imputado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p.321.

A diferencia de los derechos analizados *supra*, el reconocimiento del derecho a no declarar contra sí mismo ha sido expreso en la Constitución argentina desde su sanción original en 1853⁴²², reconocimiento que conlleva la prohibición de utilizar cualquier tipo de coacción sobre la persona contra la cual se instruye un proceso penal, para obtener su declaración sobre los hechos investigados. Igual consagración encontramos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos⁴²³, como así también ha sido receptado en la Constitución española⁴²⁴.

Considera García⁴²⁵ que el privilegio contra la autoincriminación es una de las garantías más complejas del proceso penal porque abarca una serie de mandatos o prohibiciones impuestas a los órganos estatales vinculadas con la

⁴²² Art. 18 CN: “[...] Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.” En la Constitución de Mendoza se recepta este derecho en el artículo 26 “Nadie puede ser obligado a declarar ni a prestar juramento contra sí mismo en materia criminal.”. Igualmente, el art. 4 CPP Nación: Derecho a no autoincriminarse “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. El ejercicio de este derecho no puede ser valorado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad. Toda admisión de los hechos o confesión debe ser libre y bajo expreso consentimiento del imputado.”

⁴²³ Art. 8.2 CADH: “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable,”

Art. 14.3 PIDCyP: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

g) A no se obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

En la CEDH no establece una disposición expresa que contenga este derecho. Sin embargo, el TEDH lo considera incluido en el art. 6 que establece el derecho a un proceso equitativo.

⁴²⁴ Art. 17.3 CE: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.”.

Art. 24.2 CE: “Asimismo todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.” Considera Joan Picó I Junoy al referirse a estos dos artículos de la CE que estamos “[...] en presencia de dos derechos íntimamente relacionados entre sí, y ambos son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación. Por ello, el órgano judicial debe siempre ilustrar al imputado, o a quien puede adquirir tal condición, desde el primer acto procesal, sus derechos constitucionales.”. (PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Ed. Bosch, Barcelona, 2012, p.187),

⁴²⁵ GARCÍA, Luis, “El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”, *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal*, (Comps. Florencia Plazas y Luciano Hazán), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2015, p.207.

acusación, la carga de la prueba, las declaraciones del imputado y la cooperación de éste en ciertos actos del proceso.

Este derecho conocido como *nemo tenetur se ipsum accusare* o también *nemo tenetur edere contra se* implica que la persona sometida a un proceso penal no se encuentra obligada a realizar ninguna manifestación ni aportar elementos con el fin de colaborar con la investigación realizada por los órganos estatales, pues pesa sobre éstos el encontrar los elementos probatorios de cargo que permitan destruir el estado jurídico de inocencia del cual goza el imputado. Como bien afirma Maier⁴²⁶, al no ser posible obligar al imputado a brindar información, dependemos de su voluntad que debe expresarse libremente y sin coacción. Concuera en este aspecto Binder⁴²⁷, al considerar que la declaración del imputado es una manifestación del derecho de defensa y, justamente por ello, nadie puede ser obligado a declarar en su contra.

Ninguna duda cabe entonces de que nadie puede ser obligado a brindar información contra sí mismo, es decir, a realizar en contra de su voluntad manifestaciones verbales o escritas que puedan perjudicarlo, como así tampoco tendrán validez aquellas declaraciones que se hayan tomado bajo juramento o tormentos o apremios ilegales. Consideramos que dicha prohibición es absoluta y no admite matización posible, ninguna autoincriminación coaccionada podrá ser utilizada como elemento probatorio en su contra en el proceso penal. Coincide Ibáñez Rivas⁴²⁸ quien entiende que la regla de que la confesión del imputado es válida solamente si se ha realizado sin coacciones, ostenta un carácter absoluto e inderogable, pues así ha sido reconocida por los distintos tratados internacionales⁴²⁹.

⁴²⁶ MAIER, Julio, *Derecho Procesal...*, op.cit., Tomo I, pp.664 y ss.

⁴²⁷ BINDER, Alberto, *Introducción al derecho...*, op.cit., p.181.

⁴²⁸ IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, *Convención Americana...*, ob.cit., pp.245 y ss.

⁴²⁹ La Corte IDH ha resuelto que [...] *la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante la tortura o tratos crueles e inhumanos (en adelante "regla de exclusión") ha sido reconocida por diversos tratados y órganos internacionales de protección de derechos humanos que han establecido que dicha regla es*

a. Posición restringida en cuanto al contenido del derecho

La posibilidad de que a través de una inspección o intervención corporal pueda extraerse prueba de cargo contra el imputado, plantea la cuestión en torno a si tales medidas implican una afectación al derecho de no declarar contra sí mismo, en tanto y en cuanto dichas pruebas se obtienen de su propio cuerpo. La cuestión no ha sido sencilla, pues ha dividido tanto a la doctrina como a la jurisprudencia de los distintos tribunales del país, aunque –como veremos *infra*–, la cuestión fue zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El punto central reside en determinar cuándo se puede considerar que el imputado realiza una declaración y, por lo tanto, se encuentra amparado por la garantía constitucional.

Dentro de la doctrina apreciamos variadas posiciones. Así Córdoba⁴³⁰ refiere que podemos distinguir tres posturas: la primera de ellas considera que el derecho sólo ampara la declaración del imputado, es decir, todo lo que se incorpore al procedimiento a través del relato, verbal o escrito, del imputado. La segunda se encuentra en el extremo opuesto, pues afirma que debe interpretarse en un sentido amplio, lo cual implicaría la prohibición absoluta de obligar al

intrínseca a la prohibición de tales actos. Al respecto la Corte considera que esta regla ostenta un carácter absoluto e inderogable. Continúa diciendo que [...] la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación a las garantías judiciales. Además, el Tribunal considera necesario recalcar que la regla de exclusión no se aplica sólo a casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles. Al respecto, el artículo 8.3 de la Convención es claro al señalar que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza, es decir que no se limita el supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción. En efecto, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 165 y 166.

⁴³⁰ CÓRDOBA, Gabriela, “Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba. Obtención de ADN y nemo tenetur”, *Las pruebas genéticas en la identificación...*, ob.cit., pp.149 y ss.

imputado a prestar cualquier tipo de colaboración, ya sea directa o indirectamente, por acción u omisión, con la persecución penal llevada en su contra. Por último, encontramos una posición intermedia que entiende que lo prohibido es obligar al imputado a colaborar activamente en su propia incriminación, con lo cual pesaría sobre el imputado la obligación de tolerar las medidas de investigación corporal, pero sin estar obligados a realizar actividad en ninguna de ellas.

Aquellas posturas más restringidas en cuanto al alcance del *nemo tenetur* parten del supuesto de distinguir cuando el imputado actúa como sujeto de prueba y cuando lo hace como objeto de prueba. Como primera consideración, entendemos que lleva razón De Luca⁴³¹ cuando refiere que que la denominación objeto de prueba en modo alguno significa que el imputado deba ser tratado como una cosa, sino que se hace referencia a determinadas situaciones en las cuales se produce una injerencia en su cuerpo, prescindiendo de su voluntad y consentimiento. Ello no implica que no deba respetarse su dignidad y tales medidas se deberán llevar a cabo resguardando los demás derechos que le asisten.

Dicho esto, vemos que, si bien se prescinde de la voluntad del imputado, ello no trae como consecuencia que pueda perder su dignidad personal o sus derechos, sino significa que deberá tolerar determinadas actividades probatorias llevadas a cabo por los órganos estatales, tales como integrar una rueda de reconocimiento, que se le tomen fotografías o que le practiquen intervenciones corporales en su cuerpo, respetando siempre su dignidad personal.

Es por ello que, en estos supuestos, se considera que el imputado adopta una actitud pasiva, no prestando ninguna colaboración activa, exigiéndosele un

⁴³¹ DE LUCA, Javier Augusto, “El cuerpo y la prueba,” en *Revista de Derecho Procesal Penal*, La injerencia en los derechos fundamentales del imputado-III, Año 2007-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.43.

deber de tolerancia que en modo alguno puede asimilarse a una declaración que pueda incriminarlo. Para decirlo en otras palabras, el derecho contempla toda comunicación o expresión del imputado, de forma tal que nadie puede obligar al mismo a realizar esta comunicación. Será éste quien, voluntaria y libremente, podrá realizar esta declaración en ejercicio de su defensa material pero tal derecho no incluye la prohibición de que el imputado pueda ser objeto de prueba.

Es que como bien nos ilustra Córdoba, sin perjuicio de todos los derechos que tiene el imputado para resistir la persecución, lo cierto es que es también objeto del procedimiento desde dos puntos de vista, a saber: “[...] es la persona que sufre la persecución penal y resulta así considerado *objeto de la investigación* y, por otro, como hemos visto, es *centro de medidas de coerción* que la mayoría de las veces significan una injerencia muy grave en las libertades y derechos fundamentales concedidos a todo habitante en un Estado de derecho”⁴³². Concuera en este sentido Carbone⁴³³ en tanto que el imputado es objeto de la coacción estatal y debe soportar la persecución penal en su contra, lo cual incluye tolerar intervenciones enérgicas en su libertad como, por ejemplo, la prisión preventiva, sin que sea necesario contar para ello con su voluntad. Del mismo modo, debe soportar medidas que invaden su integridad personal como una extracción de sangre o ser objeto de exámenes, convirtiéndose su cuerpo en una fuente de prueba.

Siendo ello así, afirma Maier⁴³⁴ que la garantía comentada no ampara a la persona cuando ésta se convierte en el objeto investigado, situación en la cual se

⁴³² CORDOBA, Gabriela, “Buscando ADN. Cuestiones procesales...”, op.cit., p. 157.

⁴³³ CARBONE, Carlos, *La prueba penal ante la coerción...*, op.cit., p.40.

⁴³⁴ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal...*, op.cit., Tomo I, p.675. Carlos Edwards tiene la misma posición ya que considera que esta garantía “[...] únicamente comprende el discurso del imputado, es decir, sus dichos; por ende, éste no puede ser obligado, sin violentar la norma constitucional, a prestar declaración indagatoria, a participar de un careo, a intervenir en la reconstrucción de un hecho, ni a efectuar un cuerpo de escritura. Sin embargo, cuando se trate de actos procesales que impliquen una participación pasiva del imputado, como por ejemplo su reconocimiento en rueda de personas o una requisita, sí podrá ser obligado a realizarlos, ya que en tal supuesto no se trata de su “declaración” ni de sus “dichos”, que es lo protegido por esta garantía mínima. Es decir que cuando el imputado es objeto de

encuentra cuando, por ejemplo, se extrae una muestra de sangre o de piel, o se lo somete a un reconocimiento por otra persona. En estos casos, el imputado no proporciona información por el relato de los hechos y, por lo tanto, no es necesario su consentimiento. Canosa Usera⁴³⁵ añade que, la obligación de someterse a este tipo de diligencias, es la de un deber jurídico pues las debe tolerar porque no impone ninguna obligación de declarar.

Justamente la naturaleza de este tipo de diligencias es la que lleva a Álvarez de Neyra Kappler⁴³⁶ a negar que la práctica de las mismas puede considerarse amparadas por el derecho a la no autoincriminación. En efecto, afirma la autora que, este tipo de pruebas que se realizan sobre el cuerpo del sujeto pasivo del proceso, no pueden considerarse como prueba testifical sino que tienen naturaleza de prueba pericial y, por lo tanto, éste es objeto de esa pericia, es decir, su propio cuerpo constituye el objeto de esta prueba científica.

Por su parte, Binder⁴³⁷ si bien comparte esta postura más restrictiva en cuanto al alcance que debe otorgársele al *nemo tenetur*, considera que la línea divisoria no pasa por considerar al imputado como sujeto u objeto de prueba sino por analizar quien es el sujeto que ingresa la información en el proceso. De tal forma, aquél está protegido por el derecho a no declarar contra sí mismo con lo cual nadie puede obligarlo a aportar información que le perjudique porque tiene derecho a retener esa información. Sin embargo, cuando se practican distintas medidas probatorias, como, por ejemplo, un reconocimiento en rueda de personas, la información no es ingresada por el propio imputado, sino por un testigo que, viéndolo, lo reconoce o no.

prueba sí puede ser obligado a practicarla.” (EDWARDS, Carlos, *Garantías constitucionales...*, op.cit., p.107).

⁴³⁵ CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad...*, cit., p.125.

⁴³⁶ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, *La prueba de ADN...*, op.cit., p.126.

⁴³⁷ BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal...*, op.cit., pp.183 y ss.

Siguiendo con esta línea de análisis, afirma el autor que cuando al imputado se le extrae sangre, la información que surge de esta medida no la aporta éste sino el perito, quien determinará, por ejemplo, la cantidad de alcohol o un cierto patrón genético en la sangre del aquél. Como vemos, el criterio de distinción no es la posición que ocupa el imputado –ya sea como sujeto o como objeto de prueba-, sino la determinación del sujeto que, en última instancia, ingresa efectivamente la información al proceso, a fin de determinar los supuestos en que el imputado está amparado por esta garantía.

Esta distinción que realiza Binder ya había sido expuesta previamente por Spolansky⁴³⁸ que hacía referencia a lo que el sujeto pasivo hace y aquello que le pasa o que otros hacen. Así, afirmaba que la declaración es algo que el imputado hace, en tanto que en un reconocimiento en rueda de personas es algo que otros hacen con prescindencia de la voluntad del mismo.

En una posición intermedia podemos colocar a Fleming y López Viñals⁴³⁹, pues consideran que el criterio de mayor rigor para determinar los actos que se encuentran amparados por la garantía constitucional lo podemos encontrar en la determinación de lo que es esencialmente característico del individuo, que es su expresión de voluntad. De tal forma, cualquier actividad que requiera la adopción de una determinada conducta positiva que se pueda considerar como una expresión de voluntad no le será exigible al imputado, ya que implicaría una afectación a su derecho. Postura ésta con la cual coincide Sagüés,⁴⁴⁰ que distingue entre colaboración activa y colaboración pasiva para realizar ciertas diligencias probatorias. Así, sólo en el segundo supuesto, se podría obligarlo a practicarlas sin que se considere una violación a la prohibición de autoincriminación.

⁴³⁸ SPOLANSKY, Norberto, “Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, Falso Testimonio y Culpabilidad”, *LL*, 140-1970, pp. 701y ss.

⁴³⁹ FLEMING, Abel, LÓPEZ VIÑALS, Pablo, *Garantías del imputado*, op.cit., p.339.

⁴⁴⁰ SAGÜÉS, Néstor, *Manual de derecho...*, op.cit., p.773.

Igual afirmación realiza Roxin⁴⁴¹ al entender que, si bien el sospechoso no tiene obligación de auxiliar a los órganos estatales de persecución penal en forma activa, ello no lo exime del deber de tolerar intervenciones físicas aun cuando de éstas puedan extraerse pruebas decisivas para determinar su culpabilidad. Concluye el autor que, en estos casos, el descubrimiento de la verdad real es claramente preferente al interés del acusado de conservar en secreto cualquier información que pueda extraerse de su cuerpo⁴⁴².

Resulta por demás ilustrativo el análisis que realiza Gullco puesto que, si bien distingue entre la participación activa del imputado, de aquellos supuestos en los cuales no es más que una simple fuente pasiva de los elementos de cargo en su contra, equipara estos segundos supuestos –las medidas de investigación corporal- a un allanamiento de domicilio, considerando que “[...] la estrecha analogía entre el allanamiento y la inspección corporal parece clara si se tiene en cuenta que tanto el domicilio como el cuerpo humano son recintos privados, y que el objetivo de la garantía de la inviolabilidad domiciliaria es, precisamente, la tutela de la esfera de intimidad personal. La consecuencia práctica de esta distinción es que los procedimientos realizados en la persona del acusado, y que no puedan ser equiparados a una confesión forzada, deberán ser autorizados previamente por un magistrado judicial”⁴⁴³.

⁴⁴¹ ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p.99.

⁴⁴² Así lo entiende también López-Fragoso Álvarez ya que considera que no se puede considerar violado el derecho a no autoincriminarse cuando se realiza una medida de investigación corporal, pues el imputado no realiza ningún acto procesal como sujeto activo sino tiene que soportar la búsqueda de elementos en su cuerpo. (LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, “Las pruebas biológicas en el proceso penal...”, op.cit., p.228). Asencio Mellado afirma que, si bien no se le puede exigir ninguna declaración inculpatoria o actuación que entrañe un comportamiento positivo, nada se opone a imponerle una obligación personal “[...] con lo que ello conlleva en caso de negativa a someterse, que implique el deber del imputado de soportar pasivamente injerencias en su cuerpo, con las limitaciones necesarias, de las que extraer datos de carácter objetivo idóneos a la investigación penal.” (ASENCIO MELLADO, “Prueba prohibida y prueba preconstituida”, cit. por IGLESIAS CANLE, Inés, *Investigación penal sobre el cuerpo...*, op.cit., p.50)

⁴⁴³ GULLCO, Hernán, “¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?”, *Doctrina Penal*, N° 45/48, Año 12, Ed. Depalma, Buenos Aires, pp.117 y ss.

Como puede apreciarse la doctrina en una gran mayoría, con la cual coincidimos, concluye que las medidas de investigación corporal no pueden considerarse como una declaración o actividad de comunicación del acusado y, por dicho motivo, no se encuentran amparadas bajo el paraguas del derecho a no declarar contra sí mismo. Por el contrario, pesa sobre el sujeto pasivo del proceso penal el deber de soportar la realización de estas diligencias de investigación en las cuales sólo se requiere una colaboración pasiva⁴⁴⁴.

b. Posición amplia en cuanto al contenido del derecho

A pesar de lo expuesto *supra*, no toda la doctrina admite esta distinción entre colaboración activa o pasiva pues se entiende que el derecho a no declarar contra sí mismo es más amplio que la simple declaración, proscribiéndose cualquier colaboración o cooperación del imputado en la adquisición de la prueba de cargo. Ello implica que nada puede obtenerse del imputado ni en un sentido mental ni en un sentido físico.

En consonancia con ello, vemos que Pérez Marín⁴⁴⁵ -aun cuando comparte la doctrina del Tribunal Constitucional que afirma que estas medidas no pueden considerarse violatorias del *nemo tenetur*-, pone de resalto que, aunque formalmente no pueda considerarse como una declaración, lo cierto es que el resultado de las pruebas que el sujeto pasivo se está dejando practicar, podría

⁴⁴⁴ Considera Tapia que es inimaginable una tolerancia completamente pasiva ya que para llevar a cabo cualquiera de estas medidas se requiere alguna participación de su parte en forma de actividad, por mínima que sea. Así, por ejemplo, para realizar una extracción de sangre será necesario que se arremangue la ropa, que coloque su brazo en determinada posición, que cierre el puño, etc. Por dichos motivos, entiende que el imputado tiene la obligación de realizar acciones preparatorias y de acompañamiento necesarias para ejecutar la medida en cuestión. De tal forma, el deber de tolerar abarca también los actos preparativos necesarios para poder realizar la medida ordenada, aún cuanto tales actos signifiquen una mínima actividad de su parte. (TAPIA, Juan Francisco, “Intervenciones corporales en el proceso...”, op.cit., p.16.) Falcone afirma que lo que protege el *nemo tenetur* es que se lo obligue a colaborar activamente en el sentido de una utilización de la conducción intelectual de la acción, por lo cual no quedarían incluidas las acciones preparatorias y de acompañamiento. (FALCONE, Roberto, *Las garantías del imputado frente a la persecución penal estatal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, p.78).

⁴⁴⁵ PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *Inspecciones, registros ...*, op.cit., p.93.

determinar la intervención de éste en el delito que se investiga. De tal forma, se puede llegar por ambas vías a la misma conclusión incriminatoria, aun cuando en la declaración se requiera una conducta activa y en la práctica de la prueba una colaboración pasiva que permite convertir su propio cuerpo en una fuente de información, información que puede llegar a ser más veraz que la propia declaración del imputado.

Similar esbozo realiza Favaroto⁴⁴⁶ quien refiere que el derecho a no declarar contra sí mismo no puede limitarse a su literalidad normativa porque, si bien es cierto que en lo central se hace referencia a la comunicación verbal, la realidad es que debe irradiarse hacia significados más amplios, comprendiendo el derecho de todo sujeto pasivo a negarse a colaborar con la acusación. Considera el autor que esta posición resulta compatible con una interpretación *pro homine* toda vez que, ante la duda, debe interpretarse en el sentido que favorezca en mayor medida los derechos del acusado frente al poder de persecución penal estatal.

Huertas Martín también entiende que si bien no se puede afirmar que la practica de medidas de investigación corporal implican realizar una declaración en el sentido literal del término, sí se pueden equiparar a una declaración a partir de los efectos prácticos porque “[...] se obtiene el mismo resultado tanto si el sujeto afectado declara ser cierto lo que pretende verificarse mediante la medida de intervención corporal, como si efectivamente se procede a su práctica y se constata el dato buscado con la misma”⁴⁴⁷. Aunque la autora hace referencia a la posición de Asencio Mellado considera que “[...] poco importa si el imputado actúe activa o pasivamente cuando él mismo, a través de su palabra o de su cuerpo se constituye en fuente y medio de prueba; en cualquiera de los casos, pues, lo determinante es que de ambas diligencias pueden derivarse elementos

⁴⁴⁶ FAVAROTO, Ricardo, “El derecho a negarse a cooperar con la acusación”, *Garantías penales en Argentina España y sus sistemas de integración regional*, (Dir., Nicolás García Rivas y Marcelo Riquert), Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011, p.40.

⁴⁴⁷ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal...*, op.cit., p.384.

incriminadores para sí mismo, por lo cual su conducta –activa o pasiva- podría vulnerar, en sentido amplio, su derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse”⁴⁴⁸.

Ahora bien, entendemos que esta postura no resulta del todo adecuada, puesto que, con dicha posición ni siquiera sería posible identificar al imputado a través de sus huellas dactilares, toda vez que, si ello permitiera su individualización como autor del hecho investigado, la extracción de sus huellas implicaría que ha aportado prueba incriminante. Esto llevado al extremo dejaría indefensos a los órganos del Estado en la investigación de los hechos delictivos, con el consecuente perjuicio para la sociedad y, fundamentalmente, para las víctimas que tienen derecho a conocer la verdad y a que se castigue a los presuntos responsables⁴⁴⁹.

Ésta es justamente la crítica que realiza De Luca⁴⁵⁰, al entender que darle la extensión pretendida al *nemo tenetur* conduce a la deslegitimación de cualquier medida de coerción personal como, por ejemplo, la detención, la prisión preventiva o cualquier intimación que implique sometimiento al proceso. Y ello es así porque todas estas medidas, sin duda, son un modo de colaborar con la acusación en tanto que permiten la marcha del proceso en su contra. Así, extremando esta interpretación, llegaríamos a concluir en la imposibilidad de desarrollar cualquier proceso sin el consentimiento de los imputados, testigos y

⁴⁴⁸ Como hiciéramos referencia *supra* Asencio Mellado concluye que no es posible la total equiparación entre una declaración del imputado y un sometimiento a una intervención corporal porque en el primer supuesto es preciso que el imputado despliegue una actividad concreta, que sería declarar, mientras que en el segundo caso no desarrolla actividad alguna, sino un mero dejarse hacer.

⁴⁴⁹ La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 2005/66, de 20 de abril, sobre “El derecho a la verdad”. En dicha Resolución se reconoce el derecho que le asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos y a sus familiares de conocer la verdad sobre los sucesos ocurridos y conocer también la identidad de los autores; por dicho motivo se establece en el art. 1: “Reconoce la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y proteger los derechos humanos.”. Asimismo, la Corte IDH ha afirmado que [...] *toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad, por lo que aquellos y la sociedad toda deben ser informados de lo sucedido.* Caso García Ramírez y Familiares vs. Guatemala, Sentencia de 29 de noviembre de 2012, párr. 176.

⁴⁵⁰ DE LUCA, Javier Augusto, “Pruebas sobre el cuerpo del imputado...”, op.cit., pp.9 y ss.

víctimas; ningún juez estaría facultado, siquiera, a ordenar una comparecencia compulsiva a una audiencia.

Concluye el autor que la cláusula constitucional no pretende tal desarmonía respecto de otros derechos y principios constitucionales, como se hizo referencia *supra*, sino que la finalidad de la misma es constituir un límite infranqueable para la persecución penal estatal que impida que el sujeto pasivo del proceso penal no sea tratado como un ser humano.

Vemos que Córdoba⁴⁵¹ comparte esta línea de razonamiento realizada por De Luca y agrega que, incluso medidas tales como el allanamiento de vivienda o la requisita personal, tampoco podrían realizarse sin el consentimiento del imputado puesto que se podría concluir que, por tener que tolerar su realización, se lo obligaría a colaborar con el esclarecimiento de los hechos, aun de forma indirecta y por omisión. Pero lo cierto es que entender que el hecho de tener que soportar el secuestro de elementos de prueba hallados en su vivienda o entre sus ropas constituye una autoincriminación, resulta a todas luces excesivo y arbitrario.

Si bien es cierto que el poder estatal no puede ser ilimitado en el ejercicio del *ius puniendi*, ello no significa que iniciada una investigación penal, el acusado no tenga el deber jurídico de someterse a la misma, debiendo cumplimentar determinadas obligaciones procesales. En palabras de Córdoba “[...] con la expropiación del poder penal de manos del individuo y la prohibición de la venganza privada, de un lado, y la concentración del poder penal en el Estado, por otro, nace, como contrapartida, la obligación estatal de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear disposiciones que posibiliten la persecución y juzgamiento estatales del infractor y el restablecimiento de la paz social a través de la conclusión definitiva del procedimiento. El Estado tiene

⁴⁵¹ CORDOBA, Gabriela, “Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno...”, op.cit., p.153 y ss.

la obligación de perseguir la comisión de hecho punibles y de aplicar la ley penal y, para que ello sea posible, se exige de los ciudadanos en general y también del ciudadano que, justa o injustamente, ha caído en sospecha de haber cometido un hecho punible, que toleren el proceso, que se sometan a él, y para poder imponer esta exigencia el Estado cuenta con facultades coercitivas”⁴⁵².

Por supuesto que esta posición no implica negar los derechos y garantías de las que goza el imputado, ni justificar los excesos y arbitrariedades de los órganos estatales en aras de esta persecución penal. Al contrario, pensamos que ninguna postura extrema es positiva, el acusado tiene derecho a no declarar contra sí mismo y el Estado tiene la potestad de investigar y sancionar aquellas conductas que resultan contrarias a derecho, debiendo éste tolerar aquella actividad estatal. En otras palabras, no está obligado a someterse a ninguna prueba que implique un hacer de su parte, tales como, realizar un cuerpo de escritura o un cotejo de voz que requiere necesariamente de su actividad voluntaria, pero ése es, sin duda, el límite. Efectivamente su participación activa supondría una colaboración voluntaria en su propia incriminación.

Como vemos son estas razones las que sin duda llevan a Huertas Martín a matizar su postura al sostener que “[...] partiendo de las necesidades de eficacia –aunque no a cualquier precio- del proceso penal y en atención también a las garantías y protección de las víctimas, se hace necesario restringir determinados derechos del imputado, aunque siempre con el debido respeto a unos mínimos requisitos y a determinadas garantías de las que aquél ha de ser legítimo acreedor”⁴⁵³.

Esta última conclusión de Huertas Martín es la que nos persuade que la práctica de las medidas de investigación corporal no puede ser considerada como

⁴⁵² *Ibidem*

⁴⁵³ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal...*, op.cit., pp.386 y ss.

una forma de autoincriminación. Y lo afirmamos porque si –como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, el derecho a no declarar contra sí mismo es un derecho absoluto e inderogable ya que proscribiera cualquier tipo de coacción física o psíquica para obtener la declaración del imputado, no es posible admitir ningún tipo de restricción o limitación. Cualquier declaración del mismo debe ser prestada libre y voluntariamente para poder ser válidamente incorporada al proceso penal, circunstancia que no ocurre en la realización de estas medidas en las cuales se prescinde de la voluntad del sujeto pasivo del proceso.

De tal forma, las medidas de intervención corporal no afectan al derecho del imputado a no autoincriminarse, toda vez que no pueden ser consideradas como una declaración en el sentido estricto del término. Por el contrario, podemos afirmar que se trata de diligencias probatorias que se realizan sobre su cuerpo y que éste tiene el deber jurídico de tolerar, del mismo modo que debe soportar el procedimiento penal y, este deber de tolerancia, va a pesar sobre el acusado en tanto sea objeto de la coacción estatal.

3.2 Neurociencia y autoincriminación

La posibilidad que hoy nos da la ciencia para poder llevar a cabo investigaciones cerebrales, abre nuevamente el debate en el ámbito del derecho procesal penal. De tal forma, ya sea que se pueda determinar el engaño analizando la actividad neuronal que se produce durante diversos procesos cognitivos (Resonancia Magnética Funcional o fMRI) o bien que, mediante la detección de estímulos neurológicos que produce nuestro cerebro, sea posible constatar si el imputado almacena información relevante para la investigación del hecho delictivo (Potencial Cognitivo Evocado o P300), excede sin duda alguna de aquellas investigaciones físicas que se pueden realizar sobre el cuerpo de la persona sometida a proceso.

Ahora bien, el punto a dilucidar es si estas técnicas de investigación cerebral pueden ser asimiladas a una declaración y, por lo tanto, encontrarse amparadas por el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable.⁴⁵⁴ Para poder adentrarnos en este tema, Villamarín López considera necesario analizar las distintas teorías que existen sobre la mente y el cerebro. Así nos ilustra la autora que existen tres posturas, a saber: la teoría dualista, la reduccionista, sostenida por los neurocientíficos, y una postura ecléctica.

Afirma Villamarín López que la primera de ellas distingue el cerebro como un órgano físico del cuerpo, en tanto que la mente es un tipo de “[...] entidad o cosa inmaterial (no física) que es parte del ser humano y que de alguna manera interacciona con el cuerpo humano. Esta sustancia inmaterial que constituye la mente es la fuente y la ubicación de la vida mental de la persona (de sus pensamientos, creencias, sensaciones y de sus experiencias conscientes)”. Frente a esta postura encontramos a los reduccionistas que rechazan la postura dualista porque consideran que la mente es el cerebro y, en función de ello, entienden que “[...] la mente y el comportamiento humano pueden ser reducidos a procesos naturales, físicos en el cerebro.”, con lo cual todo el comportamiento y las acciones humanas se reducen a términos físicos, eliminando cualquier elemento intencional de la conducta⁴⁵⁵.

Las posiciones eclécticas, a las cuales adhiere Villamarín López, consideran que “[...] poseer una mente es gozar de una diversidad de poderes racionales y emocionales, capacidades y habilidades que se demuestran en pensamiento,

⁴⁵⁴ La posibilidad de que se vulnere el derecho a no declarar contra sí mismo puede analizarse solo cuando se practican estas técnicas antes de la sentencia condenatoria pues una vez que se ha dictado sentencia y ésta se encuentra firme, no se conculcaría tal derecho. Tal fue la situación en el caso del asesinato de la joven Marta del Castillo ocurrida en Sevilla, España. Se utilizó la técnica P300 a fin de resolver el último eslabón del caso que es encontrar el cuerpo de la víctima, para lo cual se le propuso al condenado someterse a la misma. A pesar de que el condenado aceptó y se practicó, aun no se ha hallado el cuerpo de Marta del Castillo.

⁴⁵⁵ VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección de la verdad...*, op.cit., pp. 124 y ss.

sentimiento y acción. De este modo, la mente no sería una parte separada de la persona, que casualmente interactúa con el cuerpo humano.” De tal forma, “[...] un cerebro que trabaja es necesario para tener una mente, pero que la mente no es idéntica al cerebro y, por lo tanto, los criterios para la adscripción de atributos mentales a los seres humanos están conformados por múltiples comportamientos; son las personas las que piensan sienten, tienen intenciones (y no parte de sus cerebros).”

A partir de tales posturas variarán indudablemente el posicionamiento que se tenga frente al derecho a no autoincriminarse. Así, para las teorías reduccionistas no habría vulneración de tal derecho pues entienden que la práctica sobre el cerebro es exactamente igual que si se realizara en un brazo o cualquier otra parte del cuerpo. Por otro lado, al considerar que la mente es el cerebro y que en ella se producen procesos físicos, el empleo de estas técnicas no pueden encuadrarse dentro de una declaración en tanto que lo que se analizan son respuestas físicas a nivel neuronal, ya sea con el fin de identificar un engaño (fMRI) o extraer datos presentes en el cerebro (P300).

Distinta es la conclusión a la cual llegan los partidarios de las tesis eclécticas puesto que consideran que, tanto la mentira como la capacidad de retener en la memoria diversos conocimientos, exceden la mera actividad neuronal porque implican comportamientos del ser humano. Concuera en este aspecto el neurocientífico Facundo Manes⁴⁵⁶, toda vez que sostiene que el cerebro dicta toda nuestra actividad mental, los procesos inconscientes, como respirar y los pensamientos filosóficos más elaborados. De tal forma, los diferentes elementos del cerebro interactúan y dan origen a la conducta de los seres humanos.

⁴⁵⁶ MANES, Facundo, *Usar el cerebro, conocer nuestra mente para vivir mejor*, Ed. Plantea, Buenos Aires, 2015, p.25.

Siendo ello así, la práctica de tales técnicas supone ingresar en la mente del sujeto, y en sus intenciones, deseos y pensamientos. En base a estas conclusiones, afirma Villamarín López que no podría obligarse al imputado a someterse a este tipo de pruebas neurológicas porque “[...] aunque no se exteriorice su declaración al modo tradicional (esto es, aunque sus respuestas no sean orales), lo que se busca es por otra vía análoga a un interrogatorio (mediante respuestas cerebrales a estímulos relacionados, al menos en parte, con el delito) obtener información que confirme o deje sin valor los datos obrantes en manos de la policía o del juez”⁴⁵⁷.

Entendemos que esta última es la conclusión adecuada y que la extracción de datos del cerebro no puede asimilarse a una extracción de sangre o un *frotis* bucal. Por lo tanto, avanzar sobre el contenido de los pensamientos o intenciones del imputado y tratar de conocerlos, aunque no sea a través de las propias palabras, igualmente debe considerarse amparado por el derecho a no declarar contra sí mismo.

4.3 Análisis jurisprudencial

El contenido y alcance del derecho a no declarar contra sí mismo que motivó distintas posiciones en la doctrina tuvieron poca repercusión en la jurisprudencia de los Tribunales del país, en parte motivadas por la posición que desde época temprana adoptó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que limitaba la cláusula constitucional sólo a la protección de la declaración del imputado, ya sea verbal o escrita⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p.131. Igual posición sostiene Sánchez Rubio quien considera que sólo mediante el consentimiento expreso e informado del imputado puede practicarse este tipo de prueba. (SÁNCHEZ RUBIO, Ana, “El uso del test P300...”, *op.cit.*, p.12).

⁴⁵⁸ Si bien encontramos en algunos fallos votos minoritarios que sostienen una tesis amplia de protección contra la autoincriminación, lo cierto es que ya sea por mayoría o por unanimidad, los Tribunales han mantenido la jurisprudencia de la CSJN. Un ejemplo de estos votos en minoría se ve en la Causa 16.635

Así el Címero Tribunal se expidió sobre el derecho a no declarar contra sí mismo vinculado a la prueba de reconocimiento en rueda de personas, resolviendo que el mismo [...] *no está comprendido en los términos de la cláusula que veda la exigencia de “declarar contra sí mismo” ni es corolario de la exención postulada de producir otra prueba incriminadora. Ello, tanto porque la presencia del imputado en las actuaciones del proceso no es “prueba” en el sentido de la norma del caso, cuanto porque constituye corriente y razonable ejercicio de la facultad estatal investigadora de los hechos delictivos*⁴⁵⁹.

En esta posición de la CSJN tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, lo cual es habitual en cuestiones de índole constitucional, pues la Constitución de los Estados Unidos incide en aproximadamente la mitad del articulado de nuestra Carta Magna y así ha sido puesto de resalto en varias decisiones del Máximo Tribunal⁴⁶⁰.

Una de las primeras manifestaciones de la Corte norteamericana sobre el derecho a declarar contra sí mismo, la encontramos en el caso *James H. Holt vs. United States* en el cual resolvió que [...] *la prohibición de obligar a un hombre*

“Valdez, Francisco Andrés s/Inf. arts. 292 y 33 inc.c, ley 20.974”, 13.6.96. El voto del Dr. Schiffrin lo fue en minoría, ya que la mayoría del Tribunal, con los votos de los Dres. Dugo y Frondizi, entendió que la garantía ampara a una persona como sujeto u órgano de la prueba, esto es, como quien en su relato incorpora al procedimiento un conocimiento, cierto o probable, sobre un objeto de prueba. No la ampara, en cambio, cuando es objeto investigado como, por ejemplo, cuando se extrae una muestra de sangre o de piel o se lo somete a un reconocimiento por otra persona, actos para los que no es necesario el consentimiento. Sin embargo, el Dr. Schiffrin argumentó que [...] *encuentro realmente inadmisibles que el cuerpo humano sea considerado como una cosa equiparable a una construcción. Tal grado de dualismo, superior al neoplatónico, me asombra. El requisito mínimo de una concepción humanista y personalista se encuentra en otorgar al cuerpo humano su carácter de dimensión espacial de la persona, que hace que ese cuerpo sea sacrosanto como el espíritu que lo impulsa. Toda consideración, pues, en que el cuerpo sea degradado a objeto de investigación, debe desecharse, so pena de contravenir en forma irreparable de la primacía de la dignidad humana que es el fundamento del orden constitucional.*

⁴⁵⁹ CSJN Fallos 255:18. Tomando como base la jurisprudencia norteamericana agregó la Corte que [...] *por tal razón que la jurisprudencia americana ha decidido que la cláusula que proscribía la autoincriminación no requiere la exclusión de la presencia física del acusado como prueba de su identidad, como no impide la obtención y el uso de impresiones digitales.* Esta Sentencia fue dictada el 13 de febrero de 1963, por esa razón se hacía referencia a que tempranamente la CSJN adoptó una posición sobre el tema.

⁴⁶⁰ Los fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica han sido extraídos ya traducidos de <http://www.defensachubut.gov.ar/> (fecha de visita 22/09/15).

*en una Corte penal a declarar (como testigo) contra su voluntad es una prohibición del uso de la coerción física o moral, prohibición de extraer informes de él, pero no de presentar su propio cuerpo como prueba cuando ésta puede ser material.*⁴⁶¹.

Posteriormente en el caso *Rochin vs California*, la Corte invalida el material probatorio obtenido de la boca del imputado, pero por considerar que se había violado la garantía del debido proceso legal contemplado en la XIV Enmienda⁴⁶². Sin embargo, el voto minoritario, redactado por el Juez Black, consideró que se había violado la V Enmienda, al entender que la obtención coactiva del cuerpo del imputado de material probatorio, podía ser considerada como una declaración contra sí mismo⁴⁶³.

Sin embargo, este voto minoritario no tuvo eco en jurisprudencia posterior de la Corte. En efecto, en el caso *Schmerber vs. California* sostuvo que el

⁴⁶¹ Caso *Holt vs. United State*, 231 U.S., 1920. Valga la aclaración que en el sistema procesal norteamericano, el imputado tiene derecho a no declarar, pero si decide hacerlo, declara como testigo teniendo obligación de decir la verdad. A fin de analizar las diferencias entre el sistema adversarial y el sistema acusatorio se puede consultar OJEA QUINTANA, Tomás, “El privilegio contra la autoincriminación: reflexiones acerca de dos sistemas distintos de procedimiento criminal (adversarial y no adversarial)”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año V, Número 9-B, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pp.251 y ss.

⁴⁶² Caso *Rochin vs. California*, 342 U.S. 165, 1952. En este caso, la policía de California tenía información de que Rochin vendía drogas por lo que ingresaron al edificio donde residía el imputado, alegando que la puerta se encontraba abierta. Se dirigieron al segundo piso, forzaron la puerta de ingreso a la vivienda. Una vez en el interior del dormitorio, encontraron a Rochin sentado en la cama y uno de los funcionarios policiales advirtió la existencia de dos cápsulas de material prohibido sobre una mesa y, al ser consultado sobre la propiedad de las mismas, Rochin tomó las cápsulas y se las introdujo en la boca. Los funcionarios policiales intentaron sacárselas, forzándolo a abrir la boca pero como no lograron su objetivo, lo trasladaron a un hospital y un médico la suministró una sustancia que lo obligó a vomitar. Así expulsó dos cápsulas de morfina y fue condenado por posesión de narcóticos. En el fallo, la mayoría de la Corte consideró que [...] *el procedimiento por el cual se obtuvo esta condena hace más que ofender algún prurito quisquilloso o sentimentalismo privado acerca de combatir el delito con exceso de vigor. Ésta es conducta que escandaliza la conciencia, irrumpir en forma ilegal en la privacidad del recurrente, forcejear por abrirle la boca y extraer lo que contenía, la extracción por la fuerza de los contenidos de su estómago –esta manera de proceder por parte de los agentes del gobierno para obtener prueba está inevitablemente destinada a ofender a las sensibilidades más endurecidas. Son métodos demasiados cercanos al potro y torniquete medievales para permitir diferenciación constitucional.*

⁴⁶³ Así se afirmó en el voto minoritario que [...] *por supuesto que un acusado puede ser forzado a estar presente en el juicio, a ponerse de pie, sentarse, girar a un lado u otro o probarse una gorra o un abrigo. Pero creo que las palabras sacadas de sus labios, pastillas sacadas de sus estómagos o sangre sacada de sus venas, son todas inadmisibles, toda vez que son extraídas sin que la persona preste consentimiento. Son inadmisibles debido al mandamiento de la V Enmienda.*

privilegio de la Enmienda V protege al acusado sólo de ser compelido a atestiguar en su contra, o de proveer al Estado con evidencia de naturaleza testimonial o comunicativa, afirmando que [...] *la protección dada por esta prerrogativa alcanza las vías de comunicación de un acusado cualquiera que sea la forma que toman y la obtención por la fuerza de respuestas que también constituye comunicación, por ejemplo, el acatamiento de una citación pidiendo documentos de identidad. Por otro lado, las cortes tanto estatales como federales han sostenido a menudo que la prerrogativa no ofrece protección en contra de la coacción a dejarse tomar huellas digitales, fotografías, mediciones, como tampoco a deber identificarse –oralmente o por escrito-, comparecer en la corte, ponerse de pie, asumir una determinada postura física, caminar o hacer algún gesto en particular*⁴⁶⁴.

De tal forma, la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, por lo menos en su voto mayoritario, ha mantenido su posición en cuanto al contenido del derecho a no declarar contra sí mismo. Así la V Enmienda sólo protege la actividad comunicativa del imputado, pero no alcanza dicha protección cuando este se convierte en fuente de prueba real o física. Por supuesto que también afirma la Corte que dicha prueba será válida en tanto y en cuanto se haya respetado el debido proceso legal, pero aquí ya entran en juego otras prerrogativas constitucionales y no el derecho a no autoincriminarse.

⁴⁶⁴ Caso Schmerber vs. California, 384 U.S. 757, 1966. Concluyó el Tribunal que *[l]a distinción resultante, a menudo expresada de diferentes maneras, es que la prerrogativa es una barrera contra “comunicaciones” o “testimonios” forzados, pero que esa coacción que convierte al sospechoso o acusado en una fuente de “prueba real o física”, no la viola. [...] la capacidad testimonial del recurrente no estuvo de ningún modo implicada; de hecho, su participación, excepto como donante, fue irrelevante para los resultados del test, que únicamente dependieron de los análisis químicos. Dado que la prueba aportada por el examen de sangre –incluso resultaron culpables de coacción- no fue ni el testimonio del recurrente ni prueba surgida de algún acto comunicativo o documento escrito del recurrente, no pudo ser admitida bajo argumentos de prerrogativa.* En este caso, el imputado fue hospitalizado luego de un accidente que involucraba un automotor que aparentemente conducía. El oficial de policía advirtió que el imputado tenía aliento etílico y percibió síntomas de una posible intoxicación con drogas prohibidas. Una vez en el hospital, se dispuso el arresto del sospechado y mediante la intervención médica respectiva se obtuvieron muestras sanguíneas. El informe del análisis químico de la sangre de Schmerber indicó la presencia de sustancias prohibidas, valorándose esa prueba como basamento de la posterior condena por conducción bajo intoxicación. También en este caso hubo un voto en minoría en el mismo sentido del caso Rochin ya citado, considerando que las medidas de intervención corporal coactivas, resultan violatorias de la V Enmienda.

En este sentido, afirman Rojas y García⁴⁶⁵ que, de la jurisprudencia norteamericana, puede extraerse como conclusión que las pruebas producidas sobre el cuerpo de los sospechosos no violan la garantía contra la autoincriminación porque no están orientadas a conseguir una prueba directa de naturaleza testimonial o comunicativa por parte de estos.

Justamente estos precedentes norteamericanos fueron los que tuvo en cuenta la CSJN para resolver en el fallo citado *supra*. Pasaron varios años hasta que el Máximo Tribunal se expidiera concretamente sobre este derecho, vinculándolo con las medidas de investigación corporal. Sin embargo, encontramos jurisprudencia de Tribunales inferiores que, basándose en los criterios de la CSJN, resolvieron sobre distintas medidas de investigación corporal descartando que hubiera una violación del derecho a no declarar contra sí mismo.

Así encontramos un fallo de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de Capital Federal resolvió que [...] *el procesado está sujeto a la revisión corporal de modo no sólo pasivo, sino también activo, porque en esa situación aparece como objeto del proceso, aun en contra de su voluntad y cuando el examen médico, realizado por persona idónea, no conlleva un peligro para su persona. En este sentido, no aparece el acto como contrario a la prohibición de prueba [...]. En este sentido, es irrelevante la voluntad del imputado y no necesario su consentimiento para llevar a cabo el acto, por lo tanto, los actos que implican meramente su colaboración pasiva son pasibles de realizar aún en contra de su expresa voluntad*⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ ROJAS, Ricardo, GARCÍA, Luis M., “Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad”, en *Doctrina Penal*, N° 53/54, Año 14, Ed. Depalma, Buenos Aires, p.190.

⁴⁶⁶ Causa Aranguren, de 21 de diciembre de 1990, *JA*, 1992-III, p.24. En este caso el defensor del imputado planteó la nulidad de una intervención corporal -extracción de sangre-, que se llevó a cabo con la finalidad de realizar un dosaje de alcohol en sangre, alegando el defensor que dicha medida implicaba

Fue en el año 1997 cuando la CSJN trató en particular el tema de las medidas de investigación corporal, legitimando el procedimiento lavativo que se realizó a una mujer que concurre al hospital público, por sus propios medios, porque había ingerido cápsulas de cocaína con el fin de transportarlas⁴⁶⁷. Dijo en esta oportunidad el Tribunal [...] *se ha demostrado que la imputada no fue objeto de un despliegue de medios engañosos para obtener los elementos del delito y que el secuestro de las pruebas incriminatorias se debió a la libre decisión de la acusada de concurrir a un hospital público, no resulta razonable ni menos compatible con el orden constitucional vigente entender que, en las circunstancias comprobadas de este proceso, se hubiese visto comprometida la garantía de la prohibición de la autoincriminación*⁴⁶⁸.

Igual criterio sostuvo la Cámara Nacional de Casación Penal en un caso similar en el cual se aplicó a la acusada, una enema, para evacuar sustancias

una violación al derecho de no declarar contra sí mismo ya que fue practicada sin el consentimiento del procesado. Sin embargo, este planteo fue rechazado por el Tribunal con el voto del Dr. Edgardo Donna.

⁴⁶⁷ CSJN Fallos 320:1717. Hizo igualmente la Corte una ponderación del caso entendiendo que [...] *Esas mismas circunstancias evidencian que la incautación de los efectos fue realizada con el máximo respeto de tan eminente garantía individual concertándola con el interés social en la averiguación del delito y el ejercicio adecuado de las potestades estatales respectivas que, al fin y al cabo, es el logro del delicado equilibrio entre tan preciados valores que esta Corte siempre ha procurado resguardar. [...] Que, en conclusión, el privilegio contra autoincriminación no puede ser invocado en casos como el de autos en que no existe el más mínimo rastro de que la incautación de los efectos del delito haya sido obtenida por medios compulsivos para lograr la confesión (confr. Doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso “Schmerber vs. California”, 384 U.S. 357, 1966). La posición contraria llevaría al absurdo de sostener que los funcionarios públicos se hallarían impedidos de investigar las pistas que pudieran surgir del secuestro de los efectos obtenidos a raíz de la concurrencia a un hospital público por parte del individuo que ha delinquido*

⁴⁶⁸ En un fallo posterior la CSJN cambió su posición en cuanto a la posibilidad de iniciar la persecución penal contra una persona que concurre a atenderse a un hospital público y, a raíz de dicha atención médica, se toma conocimiento de la comisión por parte de ésta de un hecho delictivo, pero no apelando al derecho a no declarar contra sí mismo, sino atendiendo al deber de confidencialidad que pesa sobre la relación médico-paciente. En efecto, en Fallos 333:405, el imputado concurreó a un hospital público y tras diagnosticársele una obstrucción intestinal producida por la presencia de cápsulas -que más tarde se determinó que contenían clorhidrato de cocaína-, fue intervenido quirúrgicamente. Se le extrajeron 13 cápsulas y otras las expulsó naturalmente, las cuales fueron incautadas por personal policial que había sido alertado por los médicos del hospital. El imputado fue condenado a cuatro años de prisión por el delito de transporte de estupefacientes. La CSJN revocó la condena por considerar que pesa sobre los médicos el deber de confidencialidad, máxime cuando la vida del imputado corría riesgo de no concurrir al hospital público.

prohibidas, concluyéndose que en modo alguno podía considerarse violada la garantía de no declarar contra sí mismo⁴⁶⁹.

Estas decisiones de los máximos tribunales del país fueron receptadas en la jurisprudencia de los tribunales inferiores, quienes admitieron la realización de medidas de investigación sobre el cuerpo del imputado, al considerar que las mismas no implican una vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ CNCP, Sala II, “J. S., K. P. s/ recurso de casación”, 21/09/99. Se sostuvo en la resolución que [...] *la autoridad pública no requirió de la imputada una activa cooperación en el aporte de pruebas incriminatorias, sino que le proporcionó la asistencia médica que le permitió expulsar las cápsulas con sustancias estupefacientes que había ingerido, sin que exista la más mínima presunción de que haya existido engaño ni mucho menos coacción que viciara la voluntad de la procesada, es por ello que, en este contexto, no puede considerarse violada la garantía de la autoincriminación sino antes bien concertada con el interés social en la averiguación del delito y el ejercicio adecuado de las potestades estatales.* Posteriormente la misma Sala de la CNCP en “D., E. s/recurso de casación”, 25/11/2011, reafirmó su jurisprudencia en un supuesto de extracción de sangre a un imputado a fin de determinar si era portador del virus VIH/SIDA, ya que la víctima había resultado contagiada. Así resolvió la Cámara que [...] *a la libertad de declarar se suma a la libertad de colaboración o de cooperación: el imputado, más allá de su derecho a permanecer callado, tiene la facultad de decidir sobre toda la actividad autoincriminatoria, sólo pesa sobre él la obligación de tolerar pasivamente las medidas de investigación, es decir, de tolerar toda medida que no requiera un “hacer” de su parte, aun cuando ella pueda conducir, definitivamente a la prueba de su culpabilidad. [...] Se puede extraer al imputado una cantidad de sangre necesaria para el examen, aún en contra de su voluntad, porque de ese modo no se lo obliga a actuar, sólo se lo obliga a tolerar una pequeña injerencia en su organismo, que no pone en peligro su salud.* Igualmente, la Sala III, en “D., G. s/recurso de casación”, 30/11/04, resolvió que [...] *la ley ritual se encarga de reglamentar la producción de la prueba a realizarse sobre el cuerpo o la mente de una persona, trátase o no del imputado, con el objeto de verificar los rastros que el delito pueda haber dejado en ella, lo que de ella pudo haber quedado en el suceso o bien concluir por la inexistencia de éste. La realización de la medida, como la pericial que pueda decretar el juez o tribunal, no puede ser eludida por el examinado que está obligado a someterse a ésta, porque en tal caso su actuación no lo será en su calidad de sujeto de la relación procesal sino como “objeto de prueba en el proceso”. [...] todo individuo –siempre que se den las condiciones establecidas por la ley- puede ser obligado compulsivamente a la utilización de su cuerpo porque no importa una violación al art. 18 de la Constitución Nacional –en cuanto veda la exigencia de declarar contra sí mismo-, sino el simple ejercicio de la facultad estatal investigadora de los hechos delictuosos.*

⁴⁷⁰ Así, por ejemplo, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en “F. R.S. s/ extracción de sangre”, 09/11/10, convalidó la realización de una extracción de sangre a fin de comparar el perfil genético del imputado con las muestras de saliva que habían sido obtenidas de unas colillas de cigarrillos secuestradas en el domicilio de la víctima. En dicha resolución, descartó en primer lugar la violación contra la garantía de la autoincriminación por considerar que el imputado debía ser considerado como objeto de prueba cuando la evidencia era de índole material. Sin embargo, avanzó en el estudio de otras garantías constitucionales, considerando que tampoco se habían afectado con la medida dispuesta, afirmando que [...] *ninguna violación de garantías constitucionales puede derivar de un estudio como el ordenado por el señor juez de la instancia anterior, cuando, además, sabido es que este tipo de procedimientos, en el ámbito forense, se realizan con arreglo a las técnicas corrientes en la medicina, sin resultar humillantes ni degradantes, como tampoco implica riesgo para la salud del imputado la extracción de una muestra suficiente para el fin procurado.*

Posteriormente, el Máximo Tribunal se expidió concretamente respecto a la garantía contra la autoincriminación en el caso de las intervenciones corporales afirmando [...] *no se advierte en el sub lite lesión alguna a la garantía constitucional que prescribe que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 de la Constitución Nacional). En efecto, desde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos –como el de autos- en que la evidencia es de índole material*⁴⁷¹.

De tal forma, la posición de la CSJN y de los Tribunales inferiores argentinos es clara en cuanto a que, el derecho a no declarar contra sí mismo o no autoincriminarse, sólo comprende aquellos actos en los cuales el imputado actúa como sujeto de prueba, pero no cuando es objeto de ella, pues en estos supuestos, no realiza ninguna actividad voluntaria sino que tiene el deber de tolerar pasivamente la injerencia por parte de los órganos estatales. En palabras de Carrió⁴⁷², lo que ampara el derecho son las comunicaciones del imputado y, por ello, no podría obligársele a formar un cuerpo de escritura o participar en una reconstrucción del hecho por el carácter comunicativo de este tipo de evidencia.

3.4 Jurisprudencia comparada

La Corte Constitucional de Colombia, en la ya mencionada Sentencia C-822/05, considera que tanto las intervenciones corporales como la obtención de muestras del imputado no desconocen el derecho a la no autoincriminación por cuanto entiende que [...] *los elementos materiales probatorios y la evidencia*

⁴⁷¹ CSJN Fallos 318:2518.

⁴⁷² CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales...*, op.cit., pp.546 y ss.

*física buscados pueden obrar tanto para establecer la responsabilidad del imputado como para exonerarlo. Adicionalmente, dado que la inspección corporal está orientada a buscar en el cuerpo del imputado, elementos materiales probatorios y evidencia física cuya existencia misma no depende de la voluntad del imputado, la recuperación de tales elementos no constituye una afectación desproporcionada del derecho del imputado a no declarar contra sí mismo*⁴⁷³.

Como vemos, la Corte Constitucional colombiana termina siendo ambigua en sus conclusiones puesto que hace referencia, por un lado, a la posibilidad de que la prueba obtenida pueda exonerar al acusado, con lo cual no se vulneraría su derecho a no autoincriminarse, en tanto que, en un segundo aspecto, afirma que al tratarse de evidencia física no implica una afectación desproporcionada a tal derecho. En definitiva, la Corte no termina de definir su posición con la claridad que es de esperar y quedan dudas sobre si las medidas de investigación corporal avanzan sobre el derecho a no declarar contra sí mismo.

El análisis del derecho en función del carácter ambiguo de la medida, es decir, en cuanto a la posibilidad de que los elementos probatorios sean tanto incriminantes como desincriminantes, no ha sido exclusivo de la Corte Constitucional de Colombia. En este sentido, Álvarez de Neyra Kappler⁴⁷⁴ hace referencia a la Decisión nº 8239/1978, de 4 de diciembre, de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que en referencia a la detección alcohólica ha afirmado expresamente que la [...] *posibilidad ofrecida al inculpado de probar un elemento que le disculpa no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba puede derivarse*

⁴⁷³ Sentencia citada, cons. 5.2.2.5. En el cons. 5.4.2.5 reitera los mismos argumentos vinculados con la obtención de las muestras del cuerpo del imputado.

⁴⁷⁴ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, “La prueba por marcadores de ADN”, <https://www.fiscal.es>, (fecha de visita 10/09/15).

una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuere negativo puede exculpar al imputado.

Sin embargo, en este aspecto la doctrina argentina considera que el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo no se ciñe exclusivamente a las declaraciones que puedan incriminarlo, sino que alcanza a cualquier tipo de declaración, es decir, que se trata del derecho a no ser obligado a declarar cualquiera fuese el valor que eventualmente tuviera esa declaración⁴⁷⁵.

Volviendo a la Comisión Europea de Derechos Humanos, vemos que no se hizo explícita referencia al derecho a no declarar contra sí mismo toda vez que no existe una formulación expresa de este derecho en el texto de la Convención. Sin embargo, afirma Ruiz⁴⁷⁶ que ello no ha impedido la protección del derecho por parte del TEDH, el cual lo ha considerado implícito en las pautas de debido proceso previstas en el artículo 6, en particular, el derecho a ser oído⁴⁷⁷.

De tal forma, el TEDH ha analizado en variados fallos⁴⁷⁸ el contenido del derecho a no autoincriminarse, aun cuando, a diferencia de la CADH, no esté

⁴⁷⁵ Vid GARCÍA, Luis, “El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación...”, op.cit., p. 209 y ss.

⁴⁷⁶ RUIZ, Victoria, “El derecho a no autoincriminarse en fallos del Tribunal Europeo de Derecho Humanos”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IX, Número 15, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2003, pp.319 y ss.

⁴⁷⁷ Art. 6 CEDH: Derecho a un proceso equitativo “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.”

⁴⁷⁸ Así encontramos en el TEDH Demanda Funke c. Francia, de 25 de febrero de 1993; caso John Murray c. Reino Unido, de 08 de febrero de 1996; caso Saunders c. Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996. Considera Duart Albiol que en la “[...]” sentencia de 8 de abril de 2004, caso Wech c. Austria, en cuyos párr. 39-43, resume la jurisprudencia del TEDH sobre este particular, según la cual existen dos tipos de casos en los que se ha vulnerado el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra uno mismo. En primer lugar, están los casos relativos al empleo de la compulsión para obtener información incriminatoria con anterioridad a un proceso penal o durante él. [...] En segundo lugar, se encuentran los

expresamente consagrado en el texto de la Convención. En los mismos, el TEDH ha afirmado, con carácter general, que el derecho se relaciona primordialmente con el respeto a la voluntad de una persona acusada de permanecer en silencio. Considera, asimismo, que no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de materiales que puedan ser obtenidos del acusado, utilizando medios coercitivos, pero que tienen una existencia independiente de la voluntad de éste, como sería el aliento, las muestras de sangre y orina o los tejidos corporales⁴⁷⁹.

Como bien afirma Ruiz⁴⁸⁰, el alcance de la garantía será efectiva en aquellos supuestos en que se dependa del propio imputado mediante su aporte subjetivo. En estos casos, la actividad investigativa del Estado podrá encontrarse con la negativa a cooperar por parte de aquél y siendo ese límite infranqueable. *Contrario sensu*, cuando sea posible avanzar en la persecución penal, sin la necesidad de contar con el aporte voluntario del imputado –como sería el supuesto de las medidas de investigación corporal-, no existiría ninguna limitación para el Estado bajo el amparo de este derecho.

Estos lineamientos del TEDH han sido receptados igualmente por la jurisprudencia de los Tribunales españoles, quienes han considerado que la garantía constitucional comprende la declaración del sospechoso, descartándose así la posibilidad de invocarla frente a medidas de intervención corporal.

casos en que se ha empleado información incriminatoria obtenida de manera compulsiva fuera del contexto de un proceso penal.” (DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.291)

⁴⁷⁹ Así el TEDH en Sentencia de 15/06/1999, resolvió que [...] *el derecho a no contribuir en su propia acusación presupone que, en un asunto penal, la acusación trata de basar su argumento sin recurrir a elementos de prueba obtenidos por coacción o presión, sin tener en cuenta la voluntad del acusado. En este sentido, este derecho está estrechamente vinculado con el principio de presunción de inocencia consagrado por el art. 6.2 del Convenio. Sin embargo, el derecho a no acusarse a sí mismo concierne, en primer lugar, al respeto de la determinación de un acusado a guardar silencio. Tal como se entiende comúnmente en los sistemas jurídicos de las Partes Contratantes del Convenio, no se extiende al uso, en un proceso penal, de datos que se pueden obtener del acusado recurriendo a poderes coercitivos pero que existen con independencia de la voluntad del sospechoso, por ejemplo, los documentos recogidos en virtud de una orden, las muestras de aliento, de sangre y de orina así como tejidos corporales con el fin de analizar ADN.* Sentencia citada por ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, “El impacto de la prueba de ADN en los derechos fundamentales (1)”, *Diario La Ley*, N° 8283, Sección Doctrina, 1 de abril de 2014, Año XXXV, p.7.

⁴⁸⁰ RUIZ, Victoria, “El derecho a no autoincriminarse...”, op.cit., p.344.

En efecto, el Tribunal Constitucional español ha considerado que el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable contemplan [...] como su enunciado indica, los que en el proceso penal al imputado o a quien pueda adquirir tal condición corresponde, y acerca de los cuales los órganos judiciales deben ilustrar desde el primer acto procesal en el que pueda dirigirse contra una determinada persona el procedimiento, de no prestar declaración en contra de sí mismo y de confesar la culpabilidad⁴⁸¹.

De tal forma, se deduce de la mencionada Sentencia que el contenido del derecho se limita a la declaración de la persona sometida a proceso. Siguiendo esta doctrina, en decisiones posteriores resolvió que la prueba de alcoholemia no podía considerarse como violatoria del derecho a no declarar contra sí mismo⁴⁸².

Posteriormente el Tribunal Constitucional ratificó esta posición afirmando que [...] las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración

⁴⁸¹ STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ. 6. Agrega en el mismo fundamento el Tribunal que [...] Tanto uno como otro son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable (SSTC 36/83, f.j. 2; 127/92, f.j.2).

⁴⁸² STC 103/1995, de 4 de octubre, FJ 3, en la cual resolvió que [...] el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución. Esta consideración de las medidas de investigación corporal como pruebas periciales también fue realizada por el Juez Maqueda, integrante de la CSJN, en su voto en disidencia en Fallos 326:3758, “Vázquez Ferrá”. Si bien en éste, la extracción de sangre para la prueba de ADN se pretendía realizar sobre la víctima, mayor de edad, que se negaba a someterse a la mismas porque ello podía comprometer a sus padres –imputados en la causa–, el Juez consideró que no podía asimilarse esta prueba a una declaración testifical ni importaba una comunicación autoincriminatoria pues se trataba de una prueba pericial.

*alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable*⁴⁸³.

A pesar de que compartimos, en general, la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto al alcance de la cobertura constitucional, discrepamos en cuanto a la consideración que se realiza de la medida de espiración de aire a través de un alcoholímetro. Y la razón de la discrepancia radica en que en este tipo de medidas –igual que en la formación de un cuerpo de escritura para una pericia caligráfica o en la intervención en una reconstrucción del hecho-, se requiere del imputado algo más que un deber de tolerancia. Si pensamos en la doctrina del TEDH citada *supra*, que hacía referencia al aporte subjetivo del imputado, no podemos dejar de reconocer que el hecho de espirar aire en un aparato es un aporte subjetivo. Distinta es la situación si la determinación del alcohol se realiza mediante un análisis de sangre porque la extracción de la muestra si puede considerarse –en el sentido estricto del término-, una tolerancia pasiva.

Vemos que Varela Agrelo⁴⁸⁴ cuestiona igualmente esta decisión del Tribunal Constitucional porque considera que una cosa es que no se vulnere el derecho a no confesarse culpable, y otra que el afectado tenga que “colaborar”; sostiene que está de acuerdo con la legitimidad constitucional de la medida, pero discrepa en cuanto pueda exigirse al afectado tal colaboración, siendo suficiente con que soporte pasivamente la prueba.

⁴⁸³ STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 7. En STC 234/1997 de 18 de diciembre sostuvo que [u]no de los motivos que han llevado a cuestionar la constitucionalidad del art.380 CP 1995 es su posible contradicción con el art.24.2 CE y, en concreto con el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y con el art.17.3 de la misma norma, en lo que respecta al derecho a no ser obligado a declarar, motivos éstos que deben ser desestimados ya que debe considerarse la realización de la pruebas de detección de alcohol o drogas como una pericia técnica que no puede calificarse de declaración en el sentido de los referidos preceptos de la CE, por lo que el precepto impugnado no vulnera los derechos constitucionales alegados. Si bien el artículo en cuestión fue modificado por la Ley Orgánica núm 15/2007, el mismo hacía referencia a la obligación de someterse a las pruebas de detección de drogas y alcohol.

⁴⁸⁴ VARELA AGRELO, José, “El cuerpo humano como medio de prueba...”, op.cit., p. 11.

Sin embargo, también encontramos fallos del Tribunal Supremo coincidentes con la postura del Constitucional. Así resolvió respecto a una prueba de identidad de voces que *[...] igual que sucede con las pruebas de alcoholemia consideramos que prestarse a facilitar la voz para que sea grabada y sometida a contraste, con otras que constan incorporadas a sistemas magnéticos para comprobar su autenticidad o identidad, no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad ya que, como dice el Tribunal Constitucional refiriéndose a la prueba de alcoholemia, se trata de prestar el consentimiento para que se haga a la persona objeto de “una especial modalidad de pericia” exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración[...]*⁴⁸⁵.

Valgan a este respecto, las mismas observaciones que se hicieron respecto de la decisión del Tribunal Constitucional. Indudablemente exigirle al imputado a que realice un cotejo de voces, requiere de un aporte subjetivo de éste que excede ampliamente el deber de colaboración pasiva. A punto tal ello es así que, si el imputado se niega a hablar, no es posible realizar dicho cotejo. Si bien es cierto que -como afirma el Constitucional-, en estos casos concretos el imputado no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, no es menos cierto que esa aportación requiere de la decisión y voluntad del imputado, evidenciándose así el carácter comunicativo de este tipo de medidas probatorias y descartándose la consideración del imputado como objeto de prueba.

Más allá de estos aspectos puntuales, lo cierto es que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional fue aplicada por el resto de los Tribunales españoles. Buena cuenta de ella la encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha afirmado en torno a la prueba de toma de muestras que *[...] no se le*

⁴⁸⁵ STS 1332/1997, de 3 de noviembre, FJ 3, (Sala 2ª, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. José Antonio Martín Pallín.

*obliga a emitir una declaración de voluntad que admita su culpabilidad, sino lo que hace es tolerar que en zonas corporales exteriores visibles se le aplique un adhesivo en orden a determinar la existencia de posibles residuos de la nube provocada por la deflagración del disparo con arma*⁴⁸⁶. Vemos que, en este supuesto, la posición del acusado es de objeto de prueba pues es su propio cuerpo fuente de elementos probatorios, sin que se requiera de él ningún aporte subjetivo. En estos casos, prima el deber de tolerancia que pesa sobre toda persona sometida a un proceso penal

Sin perjuicio de las discrepancias planteadas con respecto a la Sentencia del Tribunal Constitucional, consideramos valioso el análisis que se realiza en la misma en cuanto a las consecuencias que derivarían de considerar amparado por el derecho a no declarar contra sí mismo cualquier diligencia de incriminación o de prueba que deba soportar el imputado. En este sentido, se afirma que *[...] tal garantía no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la identificación y reconocimiento de un imputado, la*

⁴⁸⁶ STS 383/2010, de 05 de mayo, FJ 4, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Se agrega en dicho fundamento que *[...] al tratarse de una aportación probatoria de carácter personal que pudiera afectar al derecho a no declarar o a no confesarse culpable, cabe analizar su naturaleza para determinar si nos encontramos ante una prueba de confesión o tiene naturaleza distinta. Al igual que sucede con las pruebas de alcoholemia debe considerarse que prestarse a facilitar la colocación del adhesivo no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad, y que como dice el Tribunal Constitucional refiriéndose a la prueba de alcoholemia, se trata de prestar el consentimiento para que se haga a la persona objeto de “una especial modalidad de pericia” exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3º y 24.2º de la Constitución.*

*entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia*⁴⁸⁷.

Entendemos que le asiste razón al Tribunal Constitucional pues, como dijimos anteriormente, resulta absolutamente desproporcionado considerar que cualquier actuación sobre el cuerpo del imputado puede significar una violación al derecho a no declarar contra sí mismo. Una concepción en tal sentido haría prácticamente imposible el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado.

Por último, en cuanto a las medidas de investigación cerebrales, las mismas no han sido utilizadas en Argentina, con lo cual tampoco ha existido ninguna decisión jurisprudencial al respecto. En Estados Unidos, en el año 2010, se planteó el primer caso ante un Tribunal Federal que debía resolver sobre la utilización del test fMRI⁴⁸⁸. El acusado, Semrau, contrató para probar la verdad de lo que decía a la empresa CEPHOS que llevaba a cabo este tipo de pruebas. Sin embargo, dados los resultados contradictorios que se obtuvieron, el juez emitió un informe recomendado que los resultados del fMRI no debían ser admitidos. Semrau fue condenado por tres delitos de fraude de atención médica y la sentencia fue confirmada por el Sexto Circuito de la Corte de Apelación de los Estados Unidos.

Antes, en el año 2005 la Corte Suprema de Estados Unidos⁴⁸⁹ rechazó la utilización de la técnica P300 por considerar que un movimiento afirmativo o negativo con la cabeza es un acto tan testimonial y comunicativo como las

⁴⁸⁷ STC 161/1997 ya citada, FJ 6. Concluye el Tribunal que *[l]os mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución*

⁴⁸⁸ Caso SEMRAU vs US (6th Cir.2012), extraído de SÁNCHEZ VILANOVA, María, “Detección de mentiras: reflexiones desde la Neuroética”, *Ius et Scientia*, Vol.2, n° 1, 2016, pp.147 y ss. www.institucional.us.es, (fecha de visita 3/10/15).

⁴⁸⁹ Caso SLAUGHTER vs. STATE, extraído de SÁNCHEZ RUBIO, Ana, “El uso del Test P300...”, op.cit., p.14.

palabras habladas, y afirmó que las ondas emanadas con la práctica del test P300 equivalen a un movimiento afirmativo de cabeza o incluso a un “sí, recuerdo aquello”, por lo que realizar estas prácticas, sin el consentimiento del acusado, conculcan el derecho a no declarar contra sí mismo.

En España, a igual conclusión llegó el Tribunal Superior de Justicia de Aragón⁴⁹⁰ que anuló la realización del test P300 por considerar que dicha práctica, por extraer datos cognitivos que únicamente se hallan en el cerebro del sujeto, debe ser considerada jurídicamente una declaración y solo puede llevarse a cabo con el consentimiento del imputado, toda vez que éste no está obligado a declarar contra sí mismo ni ha confesarse culpable.

3.5 Síntesis

La Corte IDH ha sostenido que [...] para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de los actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado que hoy en día figuran

⁴⁹⁰ TSJA, Auto de 20 de julio de 2015, extraído de SÁNCHEZ RUBIO, Ana, “El uso del Test P300...”, op.cit., p.14.

*en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados*⁴⁹¹.

Siendo ello así, determinar el contenido del derecho no constituye un tema intrascendente. Hemos visto que, a pesar de las discusiones doctrinarias al respecto, la jurisprudencia de los Máximos Tribunales tanto argentinos como españoles han admitido la validez constitucional de las intervenciones corporales en cuanto estas no implican una vulneración a la garantía *nemo tenetur se ipsum accusare* porque, indudablemente, no puede equipararse estas medidas con la declaración del acusado.

En este sentido, coincidimos que la extensión pretendida dejaría inermes a los órganos del Estado –y con ellos a la sociedad en general-, toda vez que, cualquier medida que debiera realizarse sobre el imputado tales como, tomarle una fotografía o sus huellas dactilares, implicaría una afectación al derecho a no declarar contra sí mismo porque podría extraerse información incriminatoria. Esta manera de entender la cuestión no significa dar una concesión a la limitación de principios basada en razones pragmáticas, sino la objetivación de situaciones de naturaleza distinta. Una cosa es la declaración de la persona a quien se le imputa un hecho en un proceso penal y otra muy distinta las intervenciones corporales sobre él.

En el proceso penal deben conjugarse, en un justo equilibrio, los derechos de los imputados con el derecho de la sociedad a que se investiguen los delitos cometidos y se sancionen a sus responsables. En este sentido, no resultan desacertadas las palabras de la Corte IDH cuando sostiene que la función del Estado y particularmente de los órganos judiciales [...] *no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además*

⁴⁹¹ Corte IDH, OC 16/99, de 1 de octubre, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso penal”, párr.117.

*asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sanciones a los eventuales responsables*⁴⁹².

Estimamos que la posibilidad de practicar medidas de investigación corporal en el proceso penal no está vinculada ni afecta el derecho a la no autoincriminación, sino que se relacionan con otros aspectos. Valgan las afirmaciones de Maier quien considera que se vinculan con otros bienes jurídicos del imputado tales como “[...] la vida, la salud y el pudor, y con el principio de proporcionalidad, de modo que el sacrificio que importa la operación no resulte extremo frente a la imputación que se pretende conocer, y, por la dignidad humana, en el sentido de evitar su afectación indiscriminada”⁴⁹³.

Es indudable que, ninguna autoridad estatal va a poder utilizar métodos que tengan por finalidad anular o prescindir de la voluntad del imputado, con el objeto de obtener manifestaciones o revelación de conocimiento o datos ya sea por vía oral, escrita o gestual. Pero, como bien refiere De La Rúa,⁴⁹⁴ la corporeidad física del acusado está constreñida a los actos de coerción o aseguración pues si bien deben garantizársele la libertad moral y todos los derechos que son su consecuencia, no es menos cierto que éste se encuentra obligado por una serie de deberes comprendidos en el deber genérico de sometimiento a la jurisdicción.

De tal forma, la posibilidad de practicar medidas de investigación corporal sobre el cuerpo del imputado no se encuentra reñida con el derecho a no declarar contra sí mismo. Si el imputado actúa como objeto físico de comprobación, no podrá alegar que se le está obligando a aportar declaraciones que lo incriminan,

⁴⁹² Corte IDH, caso Bulacio vs Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr.114.

⁴⁹³ MAIER, Julio, “*Nemo tenetur* e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad”, *Las pruebas genéticas en la identificación...*, ob.cit., p.145.

⁴⁹⁴ DE LA RÚA, Fernando, *Proceso y Justicia*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1980, pp. 265 y ss.

razón por la cual, deberá tolerar pasivamente dicha actuación de los órganos estatales de investigación. En otras palabras, la garantía *nemo tenetur se ipsum accusare* no podrá ser invocada a los fines de oponerse a una medida de investigación corporal, sin perjuicio de que, en el caso concreto, pueda aducirse la violación de otros derechos fundamentales.

Sin embargo, distinto tratamiento merece las medidas de investigación cerebral que pretendan practicarse sobre el acusado pues, en estos casos, consideramos que resulta menoscabado el derecho a no declarar contra sí mismo. La posibilidad de obtener información de la mente del sospechoso no puede equipararse a una prueba física sin más, sino que debe considerarse jurídicamente una declaración porque se adentra en el ámbito de los pensamientos y la conciencia de un individuo. Siendo ello así, no existe ninguna posibilidad de obligarle a someterse a dichas medidas puesto que se encuentra amparado por el derecho a no declarar contra sí mismo.

4. Derecho a la libertad

4.1 Contenido del derecho

El derecho a la libertad se encuentra consagrado en el ordenamiento constitucional argentino, garantizándose el derecho a la libertad física como también el derecho de locomoción o circulación, conforme surge de los artículos 14 y 18 de la CN⁴⁹⁵, derecho que igualmente se encuentra plasmado en los

⁴⁹⁵ Art. 14 CN: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: [...] de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”. Art. 18 CN: “[...] Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado sino en virtud de una orden escrita de autoridad competente.”

Afirma Edwards que, más allá de las expresas disposiciones de los artículos citados *supra*, toda la primera parte de la CN es una verdadera consagración de la libertad, convirtiéndose en un objetivo esencial ya que desde el Preámbulo de la Constitución se expresa la necesidad de “asegurar los beneficios de la libertad.” (EDWARDS, Carlos, *Garantías constitucionales...*, op.cit., p.23)

Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados en el texto constitucional a partir del año 1994⁴⁹⁶.

En el CPP Nación se establece en el Libro Primero que se refiere a los Principios Fundamentales, las restricciones a la libertad en el art. 17: “Las medidas restrictivas de la libertad sólo podrán fundarse en la existencia real de peligro de fuga u obstaculización de la investigación. Nadie puede ser encarcelado sin que existan elementos de prueba suficientes para imputarle un delito reprimido con pena privativa de libertad, conforme a las reglas de este Código.”

Art.2 CPPMza: Regla de Interpretación restrictiva y principio de la duda “Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento.

Siempre que se resuelva sobre la libertad del imputado, o se dicte sentencia, los magistrados deberán estar, en caso de duda, a lo más favorable para aquél.”

⁴⁹⁶ Art. 7 CADH: “1 Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”. Este artículo regula también cuatro derechos vinculados con la detención y encarcelamiento durante el proceso penal, tales como el derecho a ser informado de la causa de la detención, derecho a comparecer sin demora ante el juez competente, derecho a revisar su situación de detención por un tribunal superior y la prohibición de privar de la libertad por deudas, salvo en el caso de obligaciones alimentarias.

Art. 9 PIDCyP: “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.”, igual en las disposiciones de la CADH se establecen derechos vinculados con la detención y la prisión.

Si bien la CEDH no rige para la Argentina, lo cierto es que la Corte IDH cita números fallos la jurisprudencia del TEDH y en dicha Convención también se regula el derecho a la libertad en el art. 5: “1. 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” regulándose en seis apartados distintas situaciones vinculadas con las detenciones y privaciones de la libertad.

Además, en el Protocolo nº 4 (06 de septiembre de 1963) se establece en el art. 2: “1 Toda persona que se encuentra en situación regular sobre el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente en él y a escoger libremente su residencia.

2. Toda persona es libre de abandonar un país cualquiera, incluso el suyo.

3 El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas en la ley, constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la salvaguardia de los derechos y libertades de un tercero.

4 Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones previstas por la ley y que estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática.”.

Igualmente, en la Constitución española se consagra el derecho a la libertad en el art. 17: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.”, se regulan asimismo en este artículo manifestaciones concretas del derecho a la libertad tales como el tiempo de detención, el derecho a ser informado y contar con un abogado defensor y el procedimiento de habeas corpus. También el art. 19 CE regula lo atinente al derecho a la circulación en los siguientes términos: “Los españoles tiene derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.”.

A partir de tales disposiciones, la doctrina argentina admite en general que el derecho a la libertad establecido en la Constitución Nacional comprende tanto el derecho a la libertad física como así también a la libertad de locomoción. En este sentido, Sagüés⁴⁹⁷ considera que, ambos aspectos, operan como derechos fundantes porque son el presupuesto necesario e ineludibles para el ejercicio de otros derechos constitucionales tales como trabajar, enseñar y aprender, publicar ideas, etc.

Coincide Jauchen con la visión de Sagüés en cuanto a la naturaleza que le otorga al derecho a la libertad y lo define como “[...] uno de los derechos genéricos de todo habitante, por su sola cualidad de ser persona, de gozar de autonomía decisional con respecto a su ubicación, residencia, traslación, y de ambulación física, pudiendo oponer, en principio, este derecho frente a los demás habitantes y frente al Estado”⁴⁹⁸. Agrega Bidart Campos⁴⁹⁹, amén de la libertad física y locomotora, que este derecho también descarta padecer ciertos tipos de retenciones corporales forzosas o realizar prestaciones forzosas que pueden ser calificadas como injustas, tales como trabajos forzados o restricciones ilegítimas.

Igualmente, Casal, analizando la jurisprudencia de la Corte IDH, concluye que “[...] el derecho a la libertad personal protege no propiamente una libertad de actuación, entendida como libertad de desplazamiento, sino más bien el estado de libertad física o corporal del ser humano, que resulta afectado por medidas de inmovilización, retención, reclusión u otras análogas, a las cuales se refieren justamente las garantías establecidas en el artículo 7 de la Convención. Se ampara a la persona frente a las medidas que impliquen privarla del estado o situación de libertad física”⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ SAGÜES, Néstor, *Manual de derecho constitucional*, op.cit., p.595. Agrega el autor que el derecho de locomoción alude al ius movendi et ambulandi y que ha sido calificado como precioso derecho individual e importante elemento de la libertad.

⁴⁹⁸ JAUCHEN, Eduardo, *Derechos del imputado*, op.cit., p.81.

⁴⁹⁹ BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución...*, op.cit. Tomo I, p.521.

⁵⁰⁰ CASAL, Jesús María, *Convención Americana...*, ob.cit., pp. 183 y ss.

Indudablemente, el derecho a la libertad es un un derecho fundamental y resulta necesario para permitir el ejercicio de otros derechos. Sin embargo, no es menos cierto que no se trata de un derecho absoluto y que las propias normas constitucionales admiten su limitación. Ahora bien, la posibilidad de restringir la libertad durante el desarrollo del proceso penal tiene ciertas exigencias porque solo será posible su restricción cuando la situación de libertad del imputado pueda poner en riesgo el normal desenvolvimiento de éste. Como bien sostiene Cafferata Nores⁵⁰¹, se trata de un derecho permanente que acompaña a la persona durante toda su vida, incluso mientras se tramita el proceso, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley⁵⁰².

Partiendo de tales premisas, se advierte que, durante la realización de las diligencias de investigación corporal, la persona sobre la cual se practica va a verse privada de su libertad ambulatoria y, aunque esta privación no sea de larga duración, lo cierto es que durante el tiempo que demande su producción verá limitada su posibilidad de movimiento. El punto a dilucidar es si esta limitación de la libertad ambulatoria puede implicar una afectación al derecho a la libertad. Valga, como aclaración, que nos estamos refiriendo al supuesto en que el imputado esté gozando de su libertad durante el proceso pues, si está sometido a una medida de detención o prisión preventiva, la privación de libertad ambulatoria ya se habría producido y estaría justificada por otras disposiciones legales.⁵⁰³ Dicho esto, vemos que la posición no es unánime en la doctrina en

⁵⁰¹ CAFFERATA NORES, José, *Proceso penal y derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 183 y ss.

⁵⁰² En el mismo sentido, Dotú I Guri toma el concepto de Ramón Soriano afirmando que “[...] la libertad debe configurarse como un derecho público subjetivo en la medida en que pertenece a la persona por razón del *status* jurídico” que ésta ostenta en relación con el Estado, y porque se inscribe en una relación jurídico-pública cuyo sujeto activo y pasivo son el sujeto individual y el Estado, titular de derechos y obligaciones respecto a los individuos.” (DOTÚ I GURI, María del Mar, *Los derechos fundamentales...*, op.cit., p.118).

⁵⁰³ Como afirma Pérez Marín este análisis se refiere a los imputados que se encuentren en libertad y no respecto de aquellos imputados que se encuentran en situación de detención o prisión preventiva (PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *Inspecciones, registros...*, op.cit., p.83) Huertas Martín entiende igualmente que si la medida de inspección o intervención corporal es consecuencia de una previa detención amparada en

cuanto a si se trataría de una verdadera privación de la libertad, sin importar su duración o, por el contrario, dichas medidas no implicarían una privación de la libertad, sin perjuicio de considerar que puedan significar una afectación del derecho a la libertad física o ambulatoria.

En el primer sentido mencionado, podemos citar a Magariños⁵⁰⁴ quien considera que no resulta relevante ni el tiempo de detención, ni el nombre que quiera dársele; cualquier restricción de la libertad de movimiento ejecutada por algún órgano estatal, en relación con la investigación de un delito, implica una verdadera privación de libertad y debe estar precedida por orden judicial.

Igualmente, Álvarez de Neyra Kappler⁵⁰⁵ entiende afectado el derecho a la libertad, aun cuando asume que éste no es un derecho absoluto y que la privación de libertad debe ser por el mínimo espacio de tiempo, el estrictamente necesario para la práctica de la diligencia.

Indudablemente si partimos de la noción de libertad que nos brinda Fernández Acebo⁵⁰⁶, quien considera que hace referencia a la persona física en relación con sus comportamientos corporales y que se expresan normalmente en su movimiento físico, no se puede negar que durante la práctica de las medidas de investigación corporal se está restringiendo la libertad ambulatoria porque, en cualquier caso, se va a ver limitada la libertad de movimiento. Sin embargo, consideramos que no toda limitación de la libertad de movimiento o de locomoción implica una privación de libertad.

alguno de los casos legalmente previstos por la LECrim, la limitación del derecho a la libertad que se produce como consecuencia inmediata de la ejecución de la medida tendría la exigible cobertura jurídica por encontrarse el sujeto afectado ya en una situación de privación de libertad suficientemente justificada. (HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso...*, op.cit., p.379).

⁵⁰⁴ MAGARIÑOS, Héctor, “La detención de personas sin orden escrita de autoridad competente y la Constitución Nacional”, *LL*, 1999-D, pp.661 y ss.

⁵⁰⁵ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, “La prueba por marcadores...”, op.cit., p.16.

⁵⁰⁶ FERNÁNDEZ ACEBO, María Dolores, *Las Intervenciones Corporales...*, op.cit., p.215.

Así, entendiendo que no se trata de una privación de libertad *strictu sensu*, afirma García que “[...] toda privación de la libertad física conlleva una seria limitación a la libertad de circulación, pero al contrario, no cualquier restricción a la libertad de circulación constituye una privación de libertad física”⁵⁰⁷. Agrega el autor que, a pesar de ello, lo cierto es que todavía no hay un estándar seguro que permita definir cuando estamos ante una u otra, pues los intentos de diferenciación parten de un examen casuístico en cada caso concreto, analizándose el modo de ejecución, duración y efectos de la medida en cada supuesto para sostener que se trata de una privación de libertad o de una restricción a la libertad de circulación, no siendo posible encontrar diferencias en su naturaleza o esencia.

En cierto modo coincidente, Duart Albiol⁵⁰⁸ sostiene que las medidas de intervención corporal afectan el derecho a la libertad, pero en menor grado que las clásicas medidas privativas de la libertad como son la detención y la prisión preventiva. Esta denominada “retención” es una consecuencia inevitable de determinadas medidas que requieren la inmovilización momentánea de la persona afectada, como, por ejemplo, en los registros, las identificaciones, las exploraciones radiológicas, la extracción de sangre, entre otras, sin que puedan considerarse privaciones de la libertad⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ GARCÍA, Luis, “Dime quien eres, pues quiero saber en que andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para identificación de personas. Los claroscuros del caso “Tumbeiro””, *LL*, 2003-A, pp.470 y ss.

⁵⁰⁸ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., pp.235 y ss.

⁵⁰⁹ Afirma Pérez Marín que el art. 17 CE parece referirse a aquellas limitaciones plenas y absolutas de la libertad como serían los supuestos de detención y prisión, pero para aquellos supuestos en que la restricción es mucho más leve y se limita al tiempo necesario para practicar la medida dispuesta, se comenzó a utilizar los conceptos de restricción de libertad y retención, diferenciándose así, de la detención y la prisión por sus características, contenido y duración (PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *Inspecciones, registros...*, op.cit. pp. 87 y ss.). Asimismo Dotú I Guri estima que aun cuando las injerencias mencionadas pueden considerarse limitativas y perturbadoras del derecho a la libertad, no puede dejar de reconocerse que las mismas, por ser tan nimias, no se encuentran en forma explícita en el texto de la CE. (DOTÚ I GURI, María del Mar, *Los derechos fundamentales...*, op.cit., p.141). A pesar de ello, entienden De Urbano Castrillo y Torres Morato que resulta necesario que exista una situación previa legitimadora de esta detención o retención para poder llevar a cabo la medida de intervención corporal; de lo contrario, se produciría una desproporción entre la medida adoptada y el mal que se trata de evitar. (DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, TORRES MORATO, Miguel Ángel, *La Prueba Ilícita Penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012, p.181)

Siendo ello así, el tiempo que demande la práctica de cualquier medida de investigación corporal no podría considerarse una privación de libertad, aun cuando pudiera verse restringido su derecho a la circulación o locomoción. Sin embargo, esto no implica que tales medidas puedan ser dispuestas indiscriminada o arbitrariamente. Compartimos en este sentido las afirmaciones de Iglesias Canle⁵¹⁰ que para poder practicar la medida se requieren indicios o sospechas serias de una actuación presuntamente delictiva, lo que excluiría la posibilidad de decretar y practicar intervenciones corporales con carácter preventivo.

Ello significa que será necesaria la orden de la autoridad judicial que disponga la medida, lo cual dará cobertura jurídica a la necesaria inmovilización o retención que resulte como consecuencia de la práctica de la misma. En este sentido, estamos con Duart Albiol⁵¹¹ en que, si bien la restricción a la libertad es instrumental respecto de la medida de investigación corporal, es necesario que en la resolución judicial que ordene la práctica se haga expresa referencia a esta limitación, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Indudablemente no es lo mismo la restricción a la libertad que implica el traslado al centro de medicina forense para la extracción de unos centímetros cúbicos de sangre o un hisopado bucal que la necesidad de un internamiento para realizar un estudio de mayor complejidad, como podría ser una resonancia magnética o una exploración radiológica⁵¹².

4.2 Análisis jurisprudencial

⁵¹⁰ IGLESIAS CANLE, Inés, *Investigaciones sobre el cuerpo humano y ...*, op.cit., p.44.

⁵¹¹ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.253.

⁵¹² Coincide Iglesias Canle, quien entiende que en los supuestos en que sea necesaria una estancia prolongada en un centro sanitario, así deberá especificarlo el auto judicial que ordene la medida, como así también las demás garantías que deben concurrir para que la restricción a la libertad personal resulte proporcionada en el caso concreto. (IGLESIAS CANLE, Inés, *Investigación penal sobre el cuerpo humano...*, op.cit., p. 46),

El derecho a la libertad consagrado en el texto constitucional ha sido motivo de análisis por el Máximo del Tribunal del país en distintos fallos, aun cuando su tratamiento respecto del tema que nos ocupa no ha sido muy exhaustivo. Así, uno de las primeras afirmaciones de la CSJN sobre el derecho a la libertad fue [...] *el derecho de locomoción o egreso y regreso libre es un derecho individual e importante elemento de la libertad. Ese precioso derecho, que ya aparece consagrado en el artículo 42 de la Carta Magna inglesa de 1215, fue ampliamente reconocido en los albores de nuestra existencia política por el art. 7° del Decreto de Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811, norma que fue recibida en varios de los instrumentos constitucionales posteriores, hasta su definitiva formulación en el art. 14 de la Ley Fundamental que nos rige*⁵¹³.

Posteriormente se expidió sobre las restricciones a la libertad vinculadas con las identificaciones policiales entendiendo que las mismas constituían facultades otorgadas a la autoridad policial⁵¹⁴.

Como puede colegirse, si para la CSJN no constituye una privación de la libertad la demora o retención de los funcionarios policiales a los fines de identificación, con mayor razón tampoco puede catalogarse como privación de la libertad la restricción a la libertad física o de movimientos que conlleva la práctica de una medida de investigación corporal. Entendemos que es posible hacer esta migración de la jurisprudencia de la CSJ a las investigaciones corporales pues en aquellos fallos donde se han analizado éstas, se hace referencia a diferentes derechos fundamentales como, la vida, la intimidad, la integridad física, la salud o el derecho a no declarar contra sí mismo, pero

⁵¹³ CSJN Fallos 307:1430.

⁵¹⁴ CSJN Fallos 325:2485. Dijo la Corte en esta oportunidad que [...] *la demora para identificar a quien presenta actitud sospechosa –conducta evasiva, nerviosismo, comportamiento y vestimenta desusados para la zona, justificación imprecisa de su presencia- no comporta detención que requiera la configuración de flagrancia bajo la pena de violar la inmunidad de arresto –art. 18, Constitución Nacional-, pues se funda en las facultades policiales para investigar por iniciativa propia y prevenir los delitos*

ninguna mención se hace al derecho a la libertad. Incluso la violación de tal derecho tampoco fue planteada por los recurrentes, lo cual demuestra que más allá de las posiciones doctrinales, la jurisprudencia en general no considera que estas retenciones puedan englobarse dentro de las medidas privativas de la libertad, como la detención o la prisión preventiva.

La Corte IDH se ha referido en diversos fallos a un concepto amplio de libertad que comprende todos los aspectos que permiten la completa realización del ser humano, considerando que [...] *la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana*⁵¹⁵.

Ahora bien, cuando analiza el artículo 7 de la Convención, circunscribe el derecho concretamente a la libertad física, considerando que el primer numeral del artículo 7 contiene una regulación general, en tanto que el resto de los numerales contienen una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado ilegal o arbitrariamente de la libertad⁵¹⁶. De tal forma, la Corte IDH

⁵¹⁵ Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador, de 21 de noviembre de 2007, párr. 52. Continúa diciendo que [...] *del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.* De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.

⁵¹⁶ En efecto, en la misma Sentencia citada precedentemente, dijo que el mencionado artículo cubre [...] *los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las*

tiende a reforzar las garantías a fin de evitar privaciones que puedan resultar ilegales o arbitrarias de la libertad y que la persona que se encuentre sometida a una retención, o a una detención o prisión, se encuentre protegida.

Si bien no encontramos ningún fallo de la Corte IDH vinculado con el tema de las intervenciones corporales, si ha analizado, a la luz de la Convención, la retención de un individuo por escasas horas a los fines de su identificación concluyendo que [...] *el artículo 7 de la Convención americana protege contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. En tal sentido, para los efectos del artículo 7 de la Convención, una “demora”, así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a la libertad física de la persona y, por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando esta sea compatible con la Convención*⁵¹⁷.

Esta posición de la Corte IDH en cuanto a que cualquier demora, aun con fines de identificación, afecta el derecho a la libertad de la persona, resulta coincidente con la posición que tuvo la Comisión Europea de Derechos Humanos en la Decisión 8278/78, de 13 de diciembre, según la cual la ejecución forzosa de un examen de sangre a una persona constituye una privación de libertad, aunque sea por un corto espacio de tiempo, cuando es preciso trasladar a la persona objeto de una investigación a una dependencia para realizar exploraciones o pruebas preceptivas. Ello no significa que se produzca una intromisión ilegítima, pues entiende que la privación estaría justificada para asegurar el cumplimiento de una obligación legalmente establecida.

diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción (párr. 53). Vid art. 7 CADH transcripto en nota 496.

⁵¹⁷ Corte IDH, caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, de 26 de agosto de 2011, párr. 76. En este caso concreto, la Corte consideró que la demora había sido arbitraria ya que no se cumplió con la legislación interna pues se incumplieron los requisitos para poder proceder al traslado de una persona a la dependencia policial a los fines de su identificación.

Sin embargo, ésta no parece ser la postura por la cual se ha decantado el TEDH puesto que distingue entre la privación de libertad y las meras restricciones a la libertad de circulación⁵¹⁸. Esta jurisprudencia resulta concordante con la posición, ya expuesta, de García que distingue justamente entre privación de libertad y las restricciones a la libertad de circulación, considerando en definitiva que debe analizarse cada caso en concreto para poder discernir si nos encontramos frente a una u otra situación.

A diferencia de la posición asumida por la CSJN, que ha tratado escasamente el tema de las llamadas retenciones y su vinculación con el derecho a la libertad, en la jurisprudencia española encontramos variadas resoluciones que tratan la cuestión analizando si diversas medidas de investigación corporal, como serían las pruebas de alcoholemia o las exploraciones radiológicas, pueden considerarse como privaciones de libertad amparadas por las disposiciones constitucionales.

Es por ello que, aunque el objeto de estudio es el proceso argentino, igualmente haremos referencia a algunos fallos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremos españoles porque resultan ilustrativos de la distinción entre privación de libertad y restricciones a la libertad de circulación.

⁵¹⁸ En este sentido, ha considerado que a [...] *fin de determinar si alguien ha sido “privado de su libertad” en el sentido del artículo 5, como punto de partida, se debe tomar la situación concreta del caso y debe tenerse en cuenta toda una serie de criterios tales como, el tipo, duración, efectos y la forma de aplicación de la medida en cuestión. La diferencia entre la privación y la restricción de la libertad radica en el grado e intensidad y no en su naturaleza o fondo [...] Además, el Tribunal considera que el requisito a tener en cuenta sobre el “modo” y la “forma de aplicación” de la medida en cuestión (véase Engel y otros, apartado 59; Guzzardi, apartado 92), permite tener en cuenta el contexto y las circunstancias específicas que rodean los diferentes tipos de restricciones que no tengan que ver con una reclusión en una celda (véase, por ejemplo, Engel y otros, apartado 59 y Amuur, apartado 43). De hecho, el contexto en el que se adopta una medida es un factor importante, ya que en las situaciones que normalmente ocurren en una sociedad moderna, las personas pueden ser requeridas a soportar restricciones en su libertad de circulación o en su libertad, en aras del bien común.* TEDH, Demanda Nada c. Suiza, Sentencia de 12 de septiembre de 2012.

Como punto de partida, el Tribunal Constitucional ha entendido que la libertad protegida por el art. 17.1 CE es la libertad física, es decir, [...] *la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual*⁵¹⁹. Vemos que, en este sentido, coincide con la posición de la CSJN y de la Corte IDH en cuanto a que, si bien la libertad general de actuación es el espíritu de la mayoría de los textos constitucionales y de los Tratados de Derechos Humanos, las normas específicas que se refieren al derecho a la libertad, se vinculan con la libertad física o libertad corporal.

Establecido, entonces, el ámbito de protección del art. 17 CE, el Tribunal Constitucional avanzó en el tema, considerando que no puede considerarse detenida la persona a la cual se le practica una prueba de alcoholemia, mientras dura la realización de la misma⁵²⁰. Sin embargo, esta doctrina no fue mantenida con posterioridad resolviéndose que [...] *debe considerarse detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre la detención y la libertad y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona*⁵²¹.

⁵¹⁹ STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 11.

⁵²⁰ STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3, en la cual se resolvió que [...] *los derechos declarados en el art. 17.3 de la norma fundamental corresponden al “detenido”, esto es, a quien ha sido privado provisoriamente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas [...] No es esta situación, sin embargo, la de quien, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia porque ni el así requerido queda, sólo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto. Agrega el Tribunal que [l]a 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 ni ha de rodearse, por ello, de unas garantías llamadas a tutelar una situación bien distinta y que, por lo demás, resultarían de satisfacción hartamente difícil en el caso como el que se considera*

⁵²¹ STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4.

En base a esta decisión, considera Varela Agrelo⁵²² que se podría afirmar que aun cuando sea de forma instrumental, el traslado de un individuo, obligado por una decisión judicial, a acudir a un centro médico con el fin de que se le practique una intervención corporal, puede plantear colisiones con el derecho a la libertad. A pesar de ello, compartimos las palabras de García Morillo quien advierte que “[...] la conceptualización de la detención como cualquier forma de obstaculizar la libertad de la persona lleva a negar la existencia de situaciones distintas de la detención. Ello convierte todas las medidas restrictivas o privativas de la libertad en una detención privando a aquellas de las garantías constitucionales del derecho a la libertad [...] Por ello, debe mantenerse el concepto técnico y estricto de detención, el cual equipara a ésta a la detención policial, y admitir la existencia de otros supuestos de privación o restricción de la libertad distintos de la detención. La cuestión estriba, en definitiva, en que esas situaciones fácticas no queden desprovistas de garantías –que no son necesariamente las garantías específicas de la privación de libertad (detención)”⁵²³.

Aun así, respecto de las pruebas de alcoholemia el Tribunal Constitucional mantiene su posición en cuanto a que no se ve afectado el derecho a la libertad cuando se practican las mismas⁵²⁴ y esta doctrina respecto de las pruebas de alcoholemia fue utilizada también para analizar las requisas policiales o cacheos y las retenciones con fines de identificación. Fue el Tribunal Supremo quien –

⁵²² VARELA AGRELO, José, “El cuerpo humano como medio de prueba...”, op.cit., p.10

⁵²³ GARCÍA MORILLO, Joaquín, *El derecho a la libertad*, cit. por DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p. 236, nota 414.

⁵²⁴ STC 22/1988, de 18 de febrero, FJ 1, resolviendo que [...] *no es posible equiparar la privación de libertad a que se refiere el art. 17 de la Constitución en sus diversos apartados, con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia –en este caso la prueba de alcoholemia–, por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto.* En este caso, el recurrente fue condenado como autor responsable de un delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas porque el día 11 de junio de 1984, cuando circulaba en el vehículo de su propiedad, fue sometido por la Guardia Civil de Tráfico a un control preventivo de alcoholemia con un resultado de 1,40 gramos de alcohol en sangre. Al resolver el Tribunal valoró además que este se sometió a dicha prueba voluntariamente, mostrando su conformidad con la prueba practicada.

tomando la jurisprudencia constitucional-, la aplicó a estos supuestos⁵²⁵, estableciendo una clara distinción entre las privaciones de libertad propiamente dichas (detención) y aquellas restricciones a la libertad ambulatoria que resultan indispensables para llevar a cabo medidas de registro o identificación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo va más allá, toda vez que extiende esta doctrina también a otros supuestos como las medidas de exploraciones radiológicas. Así, tuvo oportunidad de resolver que no puede [...] *considerarse “detención”, en sentido legal, las privaciones de libertad deambulatoria inherentes a las diligencias de cacheo e identificación de un sospechoso, como tampoco, la diligencia de examen radiológico o los controles de alcoholemia, siempre, claro está, que tales diligencias se practiquen en legal forma, con las debidas cautelas, respetando los principios de necesidad y proporcionalidad (v. STC de 18 de noviembre de 1993 y las SS TS de 2 de febrero y de 23 de diciembre de 1996)*⁵²⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no implica que puedan admitirse restricciones arbitrarias a la libertad ambulatoria. En otras palabras, aunque no se trate de una detención y, por lo tanto, no sean necesarios los requisitos previstos para aplicar esta medida privativa de libertad, igualmente deberá tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad y practicar las mismas en función de la estricta necesidad⁵²⁷.

⁵²⁵ STS 432/2001, de 16 de marzo, FJ 2, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Joaquín Delgado García, resolviendo que [...] *el cacheo no es una diligencia de detención de la persona cacheada. Se trata de una restricción de la libertad de menor intensidad y de escasa duración en el tiempo, justificada por su finalidad, que ha de practicarse con moderación y con el máximo respeto a la persona cacheada y sólo cuando sea necesario y hasta donde lo sea en aras de tal finalidad de obtener los instrumentos o efectos de una actividad delictiva, que por todo ello no se encuentra sometida a los requisitos constitucionales y procesales necesarios en tal diligencia de privación de libertad propiamente dicha (la detención). Las normas de la CE (arts. 17.2 y 3) y de la LECr (art.520) no son aplicables a estas medidas que solo afectan al derecho a la libertad en grado menor.*

⁵²⁶ STS 298/2008, de 26 de mayo, FJ 2, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Luis Román Puerta Luis.

⁵²⁷ Así lo sostuvo en STS 677/2009, de 16 de junio, FJ 2, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, resolviendo que [l]a jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha entendido que el derecho a la libertad y a la libre deambulación por el territorio español no se ven

Así las cosas, la posición que surge de la jurisprudencia comparada analizada permite afirmar que es posible distinguir entre las medidas privativas de la libertad en sentido estricto –siendo estas la detención y la prisión preventiva- y aquellas medidas que implican una restricción a la libertad física o ambulatoria. Si bien, estas últimas no se encuentran rodeadas de todas las garantías previstas para las medidas de detención *strictu sensu*, lo cierto es que deberá tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad para su aplicación.

4.3 Síntesis

El análisis efectuado de las distintas posiciones doctrinales, como de la jurisprudencia referida al derecho a la libertad, nos permite tomar posición sobre el tema.

No cabe duda que, de por sí, el sometimiento a un proceso penal implica una restricción al derecho a la libertad física o ambulatoria, aunque el imputado se encuentre en libertad. Piénsese en aquellos supuestos donde el imputado debe comparecer ante la autoridad judicial a fin de que se le haga conocer la imputación o a prestar declaración. El tiempo que debe permanecer allí, mientras se desarrolla la actividad procesal, conlleva una restricción a su libertad de movimientos e, incluso, puede que su permanencia en ese lugar lo sea contra su

afectados por las diligencias de cacheos e identificación, pues aunque éstas comporten inevitablemente molestias, su realización y consecuentemente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo a las normas de la Policía. Pero es claro que quedan excluidas de esa cobertura las actuaciones injustificadas. [...] Así pues, tales restricciones pueden deberse al establecimiento de controles, que deben estar justificados en su consideración como medida general en cada caso, y solo en relación al control superficial de los efectos personales, salvo que su resultado aconseje otra cosa; o, en otros supuestos, cuando se refieren a personas concretas fuera de los referidos controles y exceden de las diligencias imprescindibles de identificación, deben encontrar una justificación en una sospecha razonable de la comisión de un delito, y sólo se justifican cuando, además, se emplea el tiempo imprescindible. Pero, en todo caso, las sospechas que mueven la actuación policial no pueden ser ilógicas, irracionales o arbitrarias y debe respetarse el principio de proporcionalidad.

voluntad, pero ello no trae como consecuencia inmediata que debe considerarse que el sujeto se encuentre en una situación de privación de libertad. En este sentido, compartimos la posición de la doctrina que considera que toda privación de libertad implica una restricción a la libertad locomotora pero no a la inversa, es decir, no toda restricción a esta última puede considerarse como una privación de libertad. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar marcan las diferencias entre una y otra.

Es cierto que no todas las medidas de investigación corporal son iguales, como así tampoco resultan iguales las circunstancias en las cuales se van a desarrollar. No es lo mismo un *frotis* bucal que, si bien debe realizarse en centros forenses o médicos, su práctica lleva escasos minutos de tiempo, que la necesidad de realizar un examen radiológico o una intervención quirúrgica para extraer un proyectil del cuerpo del imputado. Pero estas diferencias, en cuanto al modo de llevarse a cabo las mismas, deberán ser objeto de análisis por parte de la autoridad judicial que ordene la medida.

Así, cuando se disponga la práctica de alguna intervención corporal, deberán examinarse las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta no sólo la modalidad de la práctica sino también el tiempo que puede insumir la misma. Esto, sin duda, debe plasmarse en la decisión judicial, máxime cuando estamos frente a situaciones que necesariamente conllevan un mayor tiempo dada la complejidad de la medida que se ordene. Pero, aun así, dicha restricción no puede considerarse una privación de la libertad a los términos de una detención o una prisión preventiva.

De tal forma, vemos que, aunque se acepte que puede haber una afectación al derecho a la libertad de movimientos, ello no implica que nos encontremos ante una privación de libertad, ni mucho menos que la misma sea ilegítima,

sobretudo, cuando la afectación lo sea por el tiempo estrictamente necesario para la práctica de la diligencia.

Esta afirmación no significa en modo alguno convalidar situaciones que, bajo el amparo de la práctica de una medida de investigación corporal, puedan considerarse privaciones de libertad. Prueba de ello sería, por ejemplo, establecer en el centro sanitario, una custodia policial mientras se practica una intervención quirúrgica, o medidas de aseguramiento en la cama –colocarle esposas- mientras dure el internamiento. En estos supuestos, consideramos que se tratan de verdaderas privaciones de libertad que exceden la mera limitación del movimiento mientras dura la medida porque se han tomado otros recaudos para evitar no sólo su posibilidad de locomoción sino también su libertad. En otras palabras, una cosa es que al imputado se le haya hecho saber que tiene que permanecer en el hospital mientras se lleva a cabo la práctica de intervención corporal y otra, bien distinta, colocar una custodia policial en la puerta impidiendo que salga.

Así, con excepción de los supuestos mencionados precedentemente, estas situaciones de restricción de la libertad física, que la doctrina ha dado en llamar retención, inmovilización, etc., constituyen supuestos intermedios entre la detención y la libertad. Si bien es posible sostener que no se encuentran rodeados de todos los recaudos y garantías propias de la detención, igualmente deben adoptarse teniendo en cuenta los parámetros de razonabilidad y necesidad que deben imperar en toda decisión judicial, resguardando así los derechos que asisten al imputado. Ninguna actividad procesal puede teñirse de arbitrariedad, por más leve que sea la restricción que la misma conlleve y, justamente, debe ser la autoridad judicial quien determine en cada caso la justificación de la medida dispuesta.

III. Recapitulación

1. Las medidas de investigación afectan lo más íntimo y personal de todo individuo que es su cuerpo. Como bien dice Sorondo “[...] ha de aceptarse – guste o no- que la función jurisdiccional penal del Estado es inevitablemente invasiva de la esfera individual, siendo del caso determinar en qué condiciones y medida el órgano persecutor está legitimado a irrumpir allí en aras del interés social que representa, tema éste particularmente espinoso cuando se trata de la utilización del imputado para el logro de prueba incriminante”⁵²⁸.

2. Los textos constitucionales y los Tratados de Derechos Humanos han consagrado los derechos fundamentales afectados por las medidas de investigación corporal, lo cual nos ha permitido precisar el contenido de cada uno de ellos, así como también las circunstancias en las cuales se produce una afectación de los mismos y cuando no se presenta esta situación con la práctica de una medida determinada.

3. La sola afectación de algún derecho fundamental no torna ilícitas las medidas de investigación corporal porque no existen derechos absolutos y, así como no existe una inmunidad constitucional para ser sometido a un proceso penal, tampoco existe una inmunidad general para llevar a cabo medidas de investigación corporal sobre el cuerpo del imputado con la finalidad de investigar la comisión de hechos delictivos, teniendo siempre presente que el límite es el respeto a la dignidad del imputado.

4. Los registros y las medidas de inspección corporal pueden afectar al derecho a la intimidad, considerando que no existe ámbito más íntimo o privado que el propio cuerpo, sin importar el lugar concreto en el cual se practique. En

⁵²⁸ SORONDO, Juan Carlos, “El imputado como objeto de prueba en el proceso penal”, *LL*, 2002-F, pp.1158 y ss.

este punto, nos alejamos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que considera que la afectación al derecho se produce solamente cuando se realiza sobre aquellas partes reservadas al pudor o al recato, en función de los criterios arraigados en la cultura y la sociedad. Sin embargo, si lo privado es el propio cuerpo, la posibilidad de ser sometido a una inspección en cualquier parte del mismo implica una afectación de la intimidad, salvo que se trate de aquellas zonas que de por sí están expuestas a ser vistas.

5. También se vulnera el derecho a la intimidad personal en función de los datos que pueden obtenerse a partir de una intervención corporal toda vez que, los avances genéticos no sólo pueden servir para mejorar la salud y la vida de muchas personas, sino que también pueden significar una intromisión excesiva del Estado en el ámbito de intimidad y reserva del individuo.

Vinculado con ello, se afecta el derecho a la autodeterminación informativa, al admitirse la posibilidad de almacenamiento de datos genéticos. Razón por la cual, debe asegurarse que sólo se archiven las huellas genéticas que no contengan ningún otro dato que no sea de mera identificación. Creemos, en este sentido, que la regulación debe ser rigurosa tanto en cuanto a la información que pueda almacenarse como también en cuanto al tiempo y las circunstancias en las cuales pueda mantenerse archivada dicha la misma.

6. Algunas medidas de investigación corporal, fundamentalmente las intervenciones, pueden implicar una afectación al derecho a la integridad física que contempla no sólo los aspectos físicos sino también cualquier padecimiento psicológico o moral. De tal forma, debe tenerse en cuenta tanto la incolumidad física en su apariencia externa, como la salud física y psíquica.

En la posibilidad de vulneración del derecho a la integridad física debe analizarse la práctica de la medida en sí y la forma en que se realiza, pues ésta

resulta decisiva para determinar si ha menoscabado la integridad moral o psicológica.

En el caso particular del derecho a la integridad física existen dos límites infranqueables. El primero de ellos es la prohibición de aplicar torturas o cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante. Esta limitación es absoluta y constituye un imperativo moral y no admite ningún debate desde el punto de vista utilitarista como, reiteradamente, lo ha afirmado la Corte IDH. Ninguna medida de investigación corporal puede practicarse, de manera tal, que pueda constituir una tortura o un trato inhumano o degradante, ni siquiera la investigación de hechos de suma gravedad, como serían los casos de terrorismo, justifican saltarse esta limitación.

El segundo límite que tampoco admite excepción lo constituye la circunstancia de que la práctica de la intervención corporal pueda constituir un riesgo para la vida o la salud del imputado. Esta limitación requiere del análisis de cada caso concreto, pues habrá supuestos de los que objetivamente pueda inferirse tal riesgo y otros, que dependerán de las especiales características de la persona a la cual se le va a practicar la intervención corporal. Estas circunstancias deberán ser analizadas por la autoridad judicial que disponga la medida quien, en determinadas circunstancias, deberá ser auxiliado por personal médico a fin de que le brinde los conocimientos técnicos que se requieran.

7. Las medidas de investigación corporal no pueden ser entendidas como una declaración verbal o escrita realizada por el imputado. En estos casos, el acusado es objeto o fuente de prueba y, en función de dicha posición, tiene el deber de tolerar la práctica de estas. Así la garantía contra la autoincriminación ampara el derecho del imputado de abstenerse de llevar a cabo cualquier actividad comunicativa, ya sea verbal, escrita o gestual, sea o no de naturaleza incriminante.

El derecho a no declarar contra sí mismo no admite ninguna limitación o restricción porque ello implicaría la utilización de cualquier medio de coacción física o psíquica con el objeto de obtener la declaración, lo cual pone en evidencia que la actividad probatoria que se realiza sobre el cuerpo del imputado no puede ser considerada como una modalidad de declaración que se encuentra contenida en tal derecho. El imputado actúa como objeto físico de comprobación y, en esta consideración, se encuentra obligado por una serie de deberes que pesan sobre él, por el hecho de encontrarse sometido a un proceso penal.

8. Las técnicas de investigación cerebral constituyen una excepción porque en este tipo de pruebas si vulneran el derecho que tiene el imputado a no declarar contra sí mismo. Tanto la prueba fMRI como la P300 ingresan en la mente humana y ello no puede entenderse sólo desde el punto de vista de lo físico, sino también desde la consideración de las intenciones, deseos o pensamientos de todo individuo.

Resulta admisible cuando el imputado, habiendo tomado conocimiento de la forma en que se desarrollan las técnicas neurológicas y los resultados que pueden obtenerse con esta práctica, decide en forma libre y voluntaria someterse a ellas. El acusado, en estos supuestos, goza de la misma libertad de decisión que cuando decide prestar declaración, haciendo uso de su derecho de defensa material en el proceso penal.

9. Las medidas de investigación corporal implican una restricción a la libertad ambulatoria ya que conllevan la inmovilización del imputado durante la realización de las mismas, pero ello no puede considerarse que se trata de una privación de libertad *strictu sensu*, esto es, con los mismos alcances que la detención o la prisión preventiva, por lo que, en principio, no puede considerarse afectado el derecho a la libertad.

Deberá analizarse cada supuesto y deberá la autoridad judicial que ordena la medida tener en cuenta esta restricción de la libertad ambulatoria mientras se lleva a cabo la misma. Pero no puede considerarse como una privación de la libertad ni puede rodearse de los requisitos y garantías que amparan dicha privación.

10. La administración de justicia en todo proceso penal implica necesariamente restricciones a determinados derechos fundamentales. Ciertamente las mismas encontrarán su legitimidad en la medida que tengan por finalidad determinar la existencia o inexistencia de un hecho delictivo y la eventual culpabilidad de una persona, en tanto no excedan los límites estrictamente necesarios para resguardar la dignidad del imputado.

11. El descubrimiento de la verdad real no puede realizarse a cualquier costo, pero la consecuencia inmediata a tal afirmación no puede ser que las medidas de investigación corporal resulten ilícitas por el solo hecho de significar una intromisión en los mencionados derechos. Por el contrario, esta circunstancia dependerá del cumplimiento de ciertos presupuestos en su realización, lo que permitirá determinar si la injerencia en el caso concreto resulta ajustada a derecho.

Tales presupuestos deberán ser analizados por la autoridad judicial que ordene la medida, a fin de determinar si la misma resulta razonable teniendo en cuenta no solo el objeto de la investigación, sino también si la misma cumple con el principio de proporcionalidad. Cualquier medida que no pase este tamiz resultará arbitraria en el caso concreto.

12. Afirman Rojas y García que “[...] si se prohíbe absolutamente toda inspección, intervención o requisa corporal invocando una supuesta necesidad de

respetar los derechos personalísimos, sería imposible toda investigación criminal cuando ella dependa de esas inspecciones; si, al contrario, se sostuviera que el interés en la averiguación de los delitos permite ampliamente realizar todo tipo de medidas de prueba sobre el cuerpo de las personas, cualquier ciudadano estaría a merced de la arbitrariedad de los órganos de persecución penal, en cuanto éstos podrían, sin invocar razón previa alguna, realizar sobre su cuerpo toda clase de inspecciones al solo efecto de ver si encuentran elementos de prueba útiles para la persecución de un delito hasta ese momento desconocido.”⁵²⁹

Lograr el equilibrio de ambos intereses es el norte que debe guiar la actividad de los órganos estatales y, para ello, será necesario el cumplimiento de los presupuestos necesarios para que la medida de investigación corporal tenga justificación en el caso concreto.

⁵²⁹ ROJAS, Ricardo, GARCÍA, Luis M., “Las inspecciones corporales...”, op.cit., pp.214 y ss.

Capítulo IV

PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN CORPORAL

I. Nociones Generales

El proceso penal es una actividad reglada y ello es así porque el Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*, se encuentra sometido a ciertas reglas que, si bien obligan igualmente a todas las partes intervinientes, permiten que la actividad procesal se desarrolle respetando los derechos en juego.

Es quizás en este ámbito donde se hace patente la tensión entre los derechos fundamentales del sujeto sometido al proceso y el derecho de toda la sociedad en el descubrimiento y castigo de las personas que han cometido hechos delictivos y que, por tanto, han vulnerado bienes jurídicos cuya protección interesa a toda la comunidad. Es, justamente, durante el desarrollo del proceso penal cuando debe lograrse el equilibrio entre ambos a fin de restablecer la convivencia social.

En un Estado de Derecho resulta tan perniciosa la ineficacia de los órganos oficiales en el descubrimiento de los hechos delictivos con el consiguiente desamparo de las víctimas en particular y de la sociedad en general, como la búsqueda de la verdad a cualquier precio y vulnerando los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y los Tratados Internacionales. De una u otra forma, el Estado incumple con la obligación asumida de garantizar a todos los miembros de la comunidad la seguridad, la libertad y la paz social; en otras palabras, garantizar que haya un orden justo.

En esta búsqueda de la verdad, la actividad probatoria resulta trascendental y, por dicha razón, es indispensable que las reglas a las cuales se somete la misma sean respetuosas de los derechos de todas las partes intervinientes en el proceso penal. Es por ello que deviene, en forma imperiosa, establecer una serie de presupuestos para llevar a cabo la búsqueda y producción de elementos probatorios. En este sentido, sostiene Ferrajoli⁵³⁰ que es necesario que esta actividad se realice de acuerdo a las formas y procedimientos predeterminados por la ley, resultando la observancia de este procedimiento ritual no sólo una garantía de justicia para la persona sometida a proceso sino también una condición necesaria para que los ciudadanos tengan confianza en la administración de justicia.

En consonancia con esta postura, Binder⁵³¹ considera que las reglas de prueba cumplen exclusivamente una función de garantía pues protegen al ciudadano de un eventual abuso de poder en la recogida de información y, estos límites impuestos al poder estatal, se tornan más rigurosos en la medida en que esta actividad de adquisición de la información se acerca al imputado mismo, o a los ámbitos de su vida íntima.

Hemos visto en los Capítulos anteriores como los avances tecnológicos y científicos han irrumpido en el proceso penal contribuyendo al descubrimiento de aquellos hechos presuntamente delictivos. También hemos analizado como la utilización de estas nuevas técnicas de investigación pueden incidir en los derechos fundamentales, siendo por tanto necesario su debida reglamentación toda vez que, como afirma Moreno Catena⁵³², es preciso que la ley regule los nuevos medios de investigación y que la incorporación de sus resultados se lleve

⁵³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 621.

⁵³¹ BINDER, Alberto, *El incumplimiento de las formas procesales*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pp.77 y ss.

⁵³² MORENO CATENA, Victor, “Los elementos probatorios obtenidos con la afeción de derechos fundamentales durante la investigación penal”, en *Prueba y proceso penal...*, ob.cit., p.78.

a cabo con un preciso equilibrio entre los derechos de los ciudadanos y las garantías del imputado.

De tal forma y, aun cuando afecten derechos fundamentales, la solución no es prohibir el ingreso de las nuevas tecnologías en el proceso penal sino rodearlas de una serie de presupuestos y requisitos que permitan garantizar tanto la posibilidad de su práctica como así también la forma en que se van a introducir y van a ser utilizados en el proceso.

En el caso de las medidas de investigación corporal en particular, estos presupuestos resultan ineludibles si tenemos en cuenta que, al practicarse sobre el propio cuerpo del imputado, la injerencia en los derechos fundamentales resulta mayor. Con esto no queremos significar que otras medidas probatorias puedan realizarse de cualquier modo, pero, no puede dejar de advertirse, que existen diferencias que hacen que los presupuestos sean más rigurosos en algunos casos que en otros. La necesidad de que exista una decisión judicial motivada no se requiere para ordenar la recepción de una declaración testimonial y sí para disponer el ingreso a un domicilio o cualquier otra medida que implique un menoscabo de algún derecho fundamental.

De tal forma, el primer presupuesto para poder practicar cualquier medida de investigación corporal durante el proceso penal es su previsión legal. Los órganos estatales deben atenerse a los límites establecidos por el legislador para llevar a cabo la tarea de búsqueda de prueba. Sin embargo, éste no es el único presupuesto pues, cuanto más nos acercamos al imputado, mayores serán las exigencias para llevar a cabo la actividad probatoria.

En función de ello, será necesario que también la ley determine quién es el órgano judicial encargado de disponer la realización de la medida y la forma en que debe disponerlo. No se trata de un tema menor en las legislaciones procesales

argentinas, pues tanto el legislador nacional como el provincial han colocado al Ministerio Público al frente de la investigación penal preparatoria y ello conlleva el primer interrogante: si es posible que un órgano que no es imparcial, puede disponer medidas de tanta injerencia en los derechos fundamentales, como son las investigaciones corporales.

Sin embargo, no concluyen allí las exigencias puesto que, aun prevista en la ley y dispuesta por el órgano competente, deberá analizarse si la medida dispuesta supera los estándares de racionalidad, necesidad y proporcionalidad en el caso concreto. Dicho en otras palabras, la sola previsión legal no es suficiente para justificar la práctica de una investigación corporal siendo que éstas suponen una intromisión del poder público en el ámbito más privado de un individuo: su propio cuerpo. De ahí la necesidad de que se encuentre legitimada su realización en cada supuesto, más allá del cumplimiento de las previsiones generales que puedan fijarse en el ordenamiento legal. No basta la legalidad, se requiere la constitucionalidad.

Por último, también resulta imprescindible analizar qué papel juega el consentimiento del imputado en la realización de esta actividad probatoria y hasta qué punto su negativa habilita al Estado al uso de la fuerza, aspecto sobre el cual la doctrina en general no se ha puesto de acuerdo.

Como puede advertirse, en el ejercicio del *ius puniendi* es posible restringir determinados derechos de los sujetos sometidos al proceso. Sin embargo, para que pueda legitimarse dicha restricción será necesario el cumplimiento de una serie de requisitos expresamente establecidos y la inobservancia de los mismos acarrearán consecuencias negativas para el proceso penal. En este sentido, sostiene Armenta Deu “[...] el análisis de los diferentes presupuestos y requisitos que deben concurrir a la hora de una legítima limitación de un derecho fundamental actuará como criterio relevante en el juicio ponderativo

correspondiente sobre las necesidades de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud⁵³³.

En las páginas siguientes se analizarán cada uno de los presupuestos que deberán observarse para que las medidas de intervención corporal sean legítimas y puedan valorarse como medio de prueba en un juicio oral⁵³⁴. En este estudio se tendrán en cuenta no solo los requisitos formales sino también los sustanciales vinculados con la justificación de la medida en el caso concreto.

II. Presupuestos en particular

1. Principio de Legalidad

1.1. Contenido

El punto de partida en el análisis de los presupuestos necesarios que permiten legitimar una injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales lo constituye, sin duda alguna, el principio de legalidad o principio de reserva legal. Ello implica que resulta inoficioso adentrarse en el caso concreto en la determinación del resto de los presupuestos o requisitos si, previamente, la medida oportunamente dispuesta no encuentra una base normativa.

En el ámbito del derecho penal material la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos incorporados a la norma constitucional⁵³⁵ consagran como garantía indiscutida el principio de legalidad plasmado en el

⁵³³ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparativo)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p.97.

⁵³⁴ La inobservancia de estos presupuestos y las consecuencias de la misma serán motivo de tratamiento en el Capítulo VI.

⁵³⁵ *Vid* art. 18 CN transcripto en nota 5; art. 19 CN transcripto en nota 141 y art. 75 inc.22 CN transcripto en nota 76.

aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que significa que sólo la ley establecerá qué conductas resultan delictivas y determinará la pena que corresponde para ese delito en particular. Sin embargo, esta garantía no solamente se refiere al derecho sustancial ya que, como sostiene Donna el principio de legalidad está ligado “[...] a la idea política del contrato social y a la de sujetar el Estado a la ley. La idea subyacente es la del Derecho Penal liberal y la limitación al Estado absoluto y, como consecuencia necesaria, la vinculación de todas las funciones del Estado, en especial la judicial a la ley, como corolario de otro principio que es el de la división de poderes”⁵³⁶.

Coincide en este sentido Pérez Barberá⁵³⁷ al entender que, si el imputado debe ser condenado en un procedimiento establecido por una ley previa, esta ley debe cumplir con los mismos requisitos que se le imponen a la ley penal sustantiva, a saber: *lex escrita, lex stricta y lex certa*. En otras palabras, si de la actividad procesal va a depender la eventual imposición de una pena, resulta ineludible que la misma esté previamente regulada de una forma clara, estricta y taxativa.

De tal forma, el principio de legalidad no se limita exclusivamente a la legalidad sustantiva, sino que también es posible trasladarlo al ámbito procesal pues un individuo únicamente podrá ser sancionado bajo las condiciones establecidas por la ley y, para llegar a dicha sanción, deberá desarrollarse un proceso expresamente regulado por el legislador. Ahora bien, esta legalidad procesal no se agota con la determinación de un proceso en sus normas generales, requiere además normas específicas para todas las instancias e incidencias que se produzcan. Y mayor claridad y precisión serán imprescindibles cuando la actividad estatal resulte restrictiva de derechos fundamentales.

⁵³⁶ DONNA, Edgardo, *Derecho Penal- Parte General*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, Tomo I, p. 355.

⁵³⁷ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Nuevas tecnologías y libertad probatoria en el proceso penal”, *Nueva Doctrina Penal*, 2009/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, p. 277.

Indudablemente el proceso penal, en sí mismo, implica una limitación de ciertos derechos del imputado que pueden ir desde la obligación de sujeción al proceso hasta el más gravoso que es la privación de la libertad. Pero, centrándonos en la actividad probatoria propiamente dicha, podemos aseverar que es allí donde se patentiza esta necesidad de claridad y precisión, principalmente respecto de aquellas medidas que tienen injerencia en los derechos fundamentales del sometido a proceso. En este sentido, refiere Ferrajoli que resulta un condicionamiento jurídico-normativo de la verdad procesal, la necesaria legalidad en la formación de las pruebas. Agrega el autor que “[...] el primado de los medios que caracteriza el modelo garantista exige, en efecto, que las pruebas, aun siendo libre su valoración, sean asumidas con un método legal”⁵³⁸.

Como hemos desarrollado *supra*, las medidas de investigación corporal son medidas que conllevan una elevada afectación de los derechos fundamentales y, por dicha razón, la reserva legislativa resulta esencial a fin de otorgar al sujeto pasivo del proceso, las garantías suficientes para saber que los órganos estatales sólo van a poder practicarlas en la medida en que el legislador les haya dado expresa autorización para ello.

El cumplimiento de la legalidad procesal en materia probatoria no solamente garantiza la seguridad jurídica y evita el riesgo de arbitrariedades, sino que también trae como consecuencia la prohibición de una aplicación analógica o extensiva. En este sentido, nos dice Guariglia⁵³⁹ que la ausencia de una autorización normativa tiene como consecuencia que la medida de investigación no pueda ejecutarse aun cuando resulte ser la más eficaz para los fines de la persecución penal, pues los órganos judiciales no pueden completar las lagunas

⁵³⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, op.cit., p.622.

⁵³⁹ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal.*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, p.127.

legales a través de la aplicación analógica de otras leyes o normas. Y ello es así porque uno de los aspectos más significativos del principio de reserva legal es su contenido democrático. En este sentido, es “[...] sólo el legislador quien se encuentra democráticamente legitimado para tomar la decisión política trascendental subyacente a la creación de facultades de injerencia estatal. Cuando a través de su inevitable tarea interpretativa, los jueces terminan, silenciosamente, tomando el lugar que debería ocupar la voluntad popular, se produce no sólo una interferencia del poder judicial en la esfera de la autoridad del legislador, sino que se subvierte el procedimiento democrático de creación de normas y necesariamente se renuncia a su función legitimadora, sus virtudes deliberativas y sus ventajas epistémicas”⁵⁴⁰.

De tal forma, únicamente el órgano legisferante puede establecer tanto la conveniencia de otorgar una autorización para llevar a cabo un acto de injerencia estatal, como así también la modalidad que va a adoptar dicho acto. En otras palabras, deberá el legislador determinar, en una norma clara y específica, cuáles son aquellas medidas probatorias que afectan derechos fundamentales que van a poder practicar los órganos públicos en el ejercicio del *ius puniendi*. Como bien afirma Armenta Deu⁵⁴¹, ello requiere que, ante la irrupción de nuevas tecnologías y, consecuentemente, nuevas medidas de investigación, el órgano al cual le compete legislar vaya adecuando el ordenamiento procesal penal para evitar vacíos legales.

Esta necesidad de previsión legislativa fue incluso requerida por los Constituyentes de 1853 en resguardo del derecho a la intimidad y la

⁵⁴⁰ *Ibidem*. En forma coincidente, la Corte IDH ha resuelto en la OC 6/86 que [e]n una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al “ejercicio efectivo de la democracia representativa”, que se traduce, inter alia, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común. (párr.32)

⁵⁴¹ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita...*, op.cit., p.98.

privacidad⁵⁴². De tal forma, si bien la CN admite la injerencia en los ámbitos de privacidad de cualquier persona, lo hace subordinando la misma a una condición ineludible: que exista una ley que determine no solo las circunstancias sino también los motivos que justifican tal injerencia. Si ello es así, entendemos que la misma exigencia puede predicarse de la injerencia en todos los derechos fundamentales. Coincidimos con Arocena⁵⁴³ quien sostiene que, por una argumentación *a pari*, este principio rector de la regulación y la imposición no arbitraria de injerencia en el ámbito de la privacidad puede extenderse a todas aquellas medidas de investigación que impliquen un avance sobre otros derechos protegidos por la Constitución Nacional.

Ahora bien, esta facultad legisferante que se le confiere al legislador ordinario⁵⁴⁴ está igualmente sujeta a ciertos límites expresamente establecidos en la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos. En efecto, ninguna ley puede modificar o alterar los principios y derechos consagrados en dichos instrumentos ya que el legislador se encuentra sometido a ellos. Es decir, no basta con que exista una norma formal que admita determinadas injerencias estatales en los derechos fundamentales, sino que además es preciso que esa norma formal, en lo sustancial, esto es en su contenido, respete los principios y derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales incorporados a ella⁵⁴⁵.

⁵⁴² Art. 18 CN: “[...] El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.”

⁵⁴³ AROCENA, Gustavo, “La protección del imputado frente a injerencias indebidas en su ámbito privado”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La injerencia en los derechos fundamentales del imputado-II, Año 2006-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.167.

⁵⁴⁴ Adviértase que, en el derecho argentino, el Congreso de la Nación, además de tener la facultad de dictar las normas sustanciales, dicta también el Código Procesal Penal de la Nación que regula el proceso penal de competencia federal. Asimismo, cada Provincia cuenta con un Poder Legislativo provincial que dicta el Código Procesal Penal que rige dentro de sus territorios. A diferencia del derecho español, tampoco existe una categorización entre las distintas leyes o que requieran un tratamiento legislativo diferenciado según la materia que traten. La CN y las Constituciones provinciales establecen un solo procedimiento legislativo para todas leyes que se dicten en el ámbito de sus respectivas competencias.

⁵⁴⁵ Los Principios de Siracusa dictados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, el 28 de septiembre de 1984, que contienen los “Principios interpretativos generales relacionados con la justificación de las limitaciones”, ha establecido en diferentes artículos la exigencia de legalidad, así:

En este sentido, la necesidad de una regulación legal dispuesta conforme al procedimiento constitucional, y emanada del órgano con competencia para dictarla, debe adecuar su contenido a las normas constitucionales para que tenga validez no sólo formal sino también sustancial. Afirma Ferrajoli que justamente la garantía constitucional de los derechos abarca tanto su inviolabilidad por parte de las leyes como también el sometimiento a ellos que obliga al legislador. Nos dice el autor que “[g]racias a esta garantía el conjunto de los derechos, en cuanto sistema de límites y de vínculos impuestos para la protección de cada uno y de todos a los poderes mayoritarios, se configura como la esfera de lo indecible, es decir, de lo que está prohibido decidir a cualquier mayoría, en garantía de los derechos de libertad, o, al contrario, de lo que está prohibido no decidir para la satisfacción de los derechos sociales”⁵⁴⁶.

Así las cosas, el legislador encuentra un primer límite que es justamente el contenido sustancial de la norma que dicta pues no puede desconocer los derechos y vínculos consagrados en las normas constitucionales. Sin embargo, éste no es el único, toda vez que también es obligación impuesta al órgano legislativo la mayor precisión posible en las formulaciones legales a fin de evitar cualquier tipo de arbitrariedades en la actividad estatal.

Ello implica que la regulación de las medidas de investigación corporal, por ser medidas que acarrearán una alta injerencia estatal en los derechos fundamentales de la persona sometida a proceso, debe precisar los presupuestos y

Art. 15: “No se impondrá ninguna limitación al ejercicio de los derechos humanos a menos que así lo disponga una ley nacional de aplicación general que sea compatible con el Pacto y esté en vigor en el momento en que se aplique la limitación.”

Art. 16: “Las leyes que impongan limitaciones al ejercicio de los derechos humanos no serán arbitrarias o irrazonables.”

Art.17: “Las normas jurídicas que limiten el ejercicio de los derechos humanos serán claras y accesibles a todo el mundo.”

Art. 18: “La ley ofrecerá salvaguardias adecuadas y recursos eficaces contra la imposición o aplicación ilegal o abusiva de limitaciones a los derechos humanos.”

⁵⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...*, op.cit., p.113.

condiciones de aplicación, así como la modalidad de su ejecución. Estas exigencias aportan seguridad jurídica en la tramitación de los procesos penales en tanto permiten conocer de antemano la procedencia de las mismas con la consiguiente posibilidad de un ejercicio adecuado de los derechos que le asisten al imputado.

1.2 Jurisprudencia de los Órganos internacionales de Protección de Derechos Humanos

La necesidad de que existan leyes que emanen de los órganos competentes a fin de regular la actividad estatal, fundamentalmente cuando la misma implica un avance en los derechos de los individuos, ha sido puesta de manifiesto por la Corte IDH. Así ha dicho que *[l]a expresión leyes, en el marco de la protección de los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30⁵⁴⁷, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado⁵⁴⁸.*

⁵⁴⁷ Art. 30 CADH: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dicten por razones de interés general, y con el propósito para el cual han sido establecidas.”

⁵⁴⁸ Corte IDH, OC 6/86, de 9 de mayo, párr.27. Esta necesidad de disposición legal también se ve reflejada en la *Recomendación del Consejo de Europa N° R (92)1* sobre la utilización del análisis de ADN dentro del marco de la Administración de Justicia Penal que establece en su art. 4 “La toma de muestras para el análisis de ADN únicamente deberán realizarse en las circunstancias determinadas en el

Nos dice Rodríguez⁵⁴⁹, al comentar esta decisión de la Corte IDH, que el objetivo que se persigue al requerir una ley en sentido formal que haya sido dictada conforme al proceso legislativo de cada Estado es permitir que las minorías expresen su desacuerdo o disconformidad y, de ese modo, evitar que la mayoría pueda actuar arbitrariamente. Así, tanto el principio de legalidad como el de reserva de ley constituyen importantes escollos para el ejercicio arbitrario del poder.

Siguiendo esta posición y, vinculado con las medidas de investigación corporal, la CIDH ha afirmado que *[...] una medida tan extrema como la revisión o inspección vaginal de las visitantes que representa una amenaza de violación a una serie de derechos garantidos por la Convención, debe ser prescrita por una ley que especifique claramente en qué circunstancias se puede imponer una medida de esa naturaleza y que enumere las condiciones que deben ser observadas por los que realizan el procedimiento, de manera que todas las personas que se vean sujetas a él puedan tener la mayor garantía posible de que no se verán sujetas a arbitrariedad y trato abusivo*⁵⁵⁰.

Asimismo, la Corte IDH ha resuelto que resulta indispensable la existencia de una ley para considerar que la injerencia a un derecho fundamental está permitida⁵⁵¹. De tal forma, para poder afectar o limitar un derecho como

derecho nacional. Bien entendido que en algunos Estados ello pudiera exigir la autorización expresa de una autoridad.”.

⁵⁴⁹ RODRÍGUEZ, Gabriela, *Convención Americana sobre derechos...*, ob.cit., p.717.

⁵⁵⁰ CIDH Informe 38/96, Argentina, de 15 de octubre. Las conclusiones a las cuales arribó la Comisión fue recomendar al Estado Argentino adoptar las medidas legislativas pertinentes para adecuar esta práctica a las previsiones y obligaciones establecidas por la CADH, que se le informe a la Comisión sobre la correspondiente sanción legislativa, decidiendo publicar el informe en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

⁵⁵¹ En tal sentido, sostuvo que *[e]l primer paso para evaluar si una injerencia a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida cuestionada cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción deber ser una ley en el sentido*

consecuencia del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, es necesario que previamente se encuentre contemplada dicha posibilidad en una ley. La ley debe, asimismo, ser clara y precisa para que pueda ser comprendida por la persona alcanzada por la misma, debiendo precisar también las circunstancias y requisitos de su realización. Como sostiene Duart Albiol⁵⁵², si nos quedamos en la mera formalidad sin ninguna exigencia respecto del contenido de la norma, se estaría violando la reserva de ley, es decir, el principio de legalidad.

Coinciden en este punto Romeo Casabona y Romeo Malanda⁵⁵³ entendiendo que el principio de legalidad contribuye a la seguridad jurídica y para que ésta sea efectiva es necesario que la ley establezca todos los aspectos con precisión y certeza, no debiendo quedar temas relevantes con una redacción excesivamente ambigua, puesto que ello dificulta la tarea de quienes tengan asignada la competencia para ordenar este tipo de medidas en el proceso penal.

Llegados a este punto, consideramos que, como afirma el TEDH, la ley no puede reglar ni hacer frente a todas y cada una de las eventualidades que se presenten, pero no es menos cierto que se requiere la mayor precisión posible en la regulación legal de las medidas de intervención corporal⁵⁵⁴. Por tal razón, la legislación procesal debe establecer un justo equilibrio que le permita abarcar las nuevas herramientas que ofrecen los avances científicos y tecnológicos que puedan utilizarse en el proceso penal, sin que por ello resulte afectado el

formal y material. Corte IDH, caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 77.

⁵⁵² DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p. 325.

⁵⁵³ ROMEO CASABONA, Carlos, ROMEO MALANDA, Sergio, *Los identificadores del ADN...*, op.cit., p. 77.

⁵⁵⁴ Así sostuvo el TEDH que *[l]a ley ha de ser así suficientemente accesible y previsible, es decir, ha de estar enunciada con la suficiente precisión para permitir que la persona –asistida en su caso por un abogado– regule su conducta. Para que se la pueda juzgar conforme a estas exigencias, debe ofrecer una protección adecuada contra lo arbitrario y, en consecuencia, definir con suficiente claridad el alcance y las modalidades de ejercicio de la facultad que se confiere a las autoridades competentes. [...] El nivel de precisión que requiere la legislación interna –la cual, por demás, no puede hacer frente a cualquier eventualidad– depende en gran medida del contenido del texto considerado, del ámbito que supuestamente cubre y del número y calidad de sus destinatarios.* TEDH, Demanda S. y Marper c. Reino Unido, Sentencia de 4 de diciembre, párr. 95 y 96.

principio de legalidad o reserva de ley. En otras palabras, la regulación legal deberá precisar los presupuestos y condiciones para practicar las medidas de investigación corporal que resulte habilitante para cualquiera de ellas.

En función de los parámetros aquí establecidos, en las páginas siguientes analizaremos cuáles son las disposiciones normativas existentes sobre este tipo de medidas. Para ello, se tendrá en cuenta la regulación que sobre las mismas se ha realizado tanto en la legislación nacional como en la de la Provincia de Mendoza. Valga como aclaración que en el Código Procesal Penal de la Nación las disposiciones normativas han sido más precisas en la receptación de estos nuevos medios de investigación y de prueba⁵⁵⁵.

1.3 Previsión legislativa en el ordenamiento procesal nacional

El ámbito de la jurisdicción federal se sumó a la corriente reformadora del proceso penal con bastante atraso respecto de las jurisdicciones provinciales. En efecto, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación se sancionó en el año 2015, estableciendo un proceso penal acusatorio de corte adversarial, en sustitución del procedimiento mixto que regía desde el año 1994⁵⁵⁶. En tanto que, en el resto del país, la adopción de un proceso acusatorio formal comenzó por la Provincia de Córdoba en el año 1992 y continuó en el resto de ellas durante esa década; en Mendoza la reforma se produjo en el año 2002.

Aquel retardo legislativo nacional tuvo –en lo que a las medidas de investigación corporal se refiere–, la ventaja de contar con las experiencias

⁵⁵⁵ El CPPMza fue sancionado en el año 1999, en tanto que la legislación nacional data del año 2015 y si bien esos dieciséis años hacen la diferencia en cuanto a la posibilidad de mejorar la técnica legislativa en función de los avances científicos y tecnológicos, no es menos cierto que reformas posteriores realizadas en el ordenamiento provincial no han mejorado la regulación sobre el tema.

⁵⁵⁶ La jurisdicción federal siempre ha estado a la cola de las provincias pues en la mayoría de éstas se adoptó el sistema de enjuiciamiento mixto alrededor de los años cincuenta y sesenta, en tanto que en el orden nacional rigió el procedimiento escrito hasta el año 1994.

legislativas de las provincias. Ello le permitió analizar las críticas existentes no sólo de las legislaciones provinciales sino también respecto de la ley nacional, lo cual significó establecer en la nueva normativa una reglamentación más detallada en cuanto a la procedencia y presupuestos de validez de la actuación de los órganos del Estado en este tipo de medidas.

Esto no constituyó un dato menor, en tanto que las primeras decisiones de la CSJN que avalaron las prácticas de exámenes de ADN no contaban con disposición legal que les diera sustento⁵⁵⁷. Esta circunstancia motivó que la doctrina adoptara una postura absolutamente crítica con el Máximo Tribunal del país toda vez que la ausencia normativa ni siquiera fue motivo de análisis al resolver los casos concretos que justificaron su intervención. Así, Guariglia⁵⁵⁸ afirma que la posibilidad de realizar este tipo de medidas no resistía un análisis básico de constitucionalidad pues el legislador había omitido crear autorizaciones para poder practicarlas. Incluso, agrega el autor, que las disposiciones referidas a los fines del sumario, la comprobación del hecho punible o la facultad de los jueces para ordenar exámenes periciales, citadas en varios fallos por la CSJN, en modo alguno constituían una base legal adecuada para autorizar la realización de intervenciones corporales.

Concuera Pérez Barberá⁵⁵⁹, al entender que, si el legislador ha sido sumamente estricto y detallista en regular los distintos medios de prueba, como los testimonios, reconocimientos en rueda de personas, pericias, etc., por qué habría de ser menos exigente con los nuevos medios de prueba y, lo que es peor, por qué los jueces deberían ser más flexibles en admitirlos cuando resultan

⁵⁵⁷ Como hicimos referencia en la nota 229, el artículo que autoriza la práctica de análisis de ADN fue introducida en la legislación nacional en el año 2009 a raíz de una denuncia que se realizó en la CIDH contra el Estado Argentino. La solución amistosa del caso incluyó el compromiso del Poder Ejecutivo de enviar al Congreso de la Nación un proyecto de ley que estableciera un procedimiento adecuado de obtención de las muestras de ADN. Sin embargo, con anterioridad a la sanción de la ley, la CSJN convalidó en numerosos fallos la práctica de tales medidas.

⁵⁵⁸ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones...*, op.cit., p. 205.

⁵⁵⁹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Nuevas tecnologías y libertad probatoria...”, op.cit., pp.277 y ss.

mucho más invasivo en los derechos fundamentales que los medios de prueba tradicionales⁵⁶⁰.

Sin embargo, a partir de la reforma del año 2015 se introducen varias disposiciones referidas a la afectación de derechos fundamentales y a la libertad probatoria que establecen disposiciones generales y, vinculados con los medios de prueba en particular, normas referidas a las medidas de investigación corporal.

Así, en el Libro Primero de la Parte General del Código se regulan los Principios y Garantías Procesales y en el artículo 16 del mismo⁵⁶¹ se establecen los presupuestos necesarios para poder ejercer las facultades reconocidas por la ley que puedan restringir o limitar los derechos fundamentales. Estos presupuestos son los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, los cuales deben primar en toda decisión que adopten los órganos judiciales, es decir el Ministerio Público Fiscal, y jurisdiccionales -Jueces y Tribunales-, a fin de llevar a cabo la actividad procesal expresamente autorizada por la ley procesal.

Sin perjuicio de que trataremos estos presupuestos en las páginas siguientes, vemos que parte de la doctrina critica la técnica legislativa de establecer los Principios y Garantías procesales al comienzo del texto del Código. Uno ellos es

⁵⁶⁰ En este aspecto, el Tribunal Constitucional español fue más estricto en el análisis de la reserva de ley que la CSJN. Prueba de ello, resulta la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4-B, en la que resuelve que *[l]a necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está establecida expresamente en el art. 8 del C.E.D.H., en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye tales derechos dentro del más genérico derecho “al respeto de la vida privada y familiar” (Sentencias del T.E.D.H. “X. e Y. / Holanda”, de 26 de marzo de 1985, y “Costello- Roberts /Reino Unido”, de 25 de marzo de 1993, entre otras; y, también, Decisiones de la C.E.D.H., núms.8239/78 y 8278/78). Pues bien, el apartado 2º del mencionado art.8 expresamente señalada que: “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley...”. [...] Cabe concluir, pues, que toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física (y, en su caso, de la intimidad), no puede ser autorizada por la vía reglamentaria, sino que ha de estar prevista por la Ley.*

⁵⁶¹ Art. 16 CPP Nación: Restricción de derechos fundamentales “Las facultades que este Código reconoce para restringir o limitar el goce de derechos reconocidos por la Constitución Nacional o por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos deben ejercerse de conformidad con los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.”.

Pastor⁵⁶² quien considera que, si bien lo que abunda no daña, lo cierto es que no resultaba necesario hacer esta transcripción de derechos pues los mismos se establecen en la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos que se encuentran por encima de la legislación procesal⁵⁶³. Concluye el autor que, nos hemos acostumbrado a estas proclamas y escritos sobre los derechos pero éstos luego resultan sistemáticamente violados.

Coincidimos en que puede ser discutible este tipo de técnica legislativa, sin embargo, la reiteración de los derechos en la legislación procesal no ocasiona ningún inconveniente, como así tampoco garantiza su inviolabilidad. Sin perjuicio de ello, creemos que la sistematización de los derechos vinculados con el proceso penal en el Código Procesal facilita a los ciudadanos el conocimiento cierto y preciso de cuales son los derechos que les asisten cuando se ven sometidos a un proceso, aun cuando se encuentren asistidos por una adecuada defensa técnica.

Encontramos asimismo en la legislación nacional disposiciones vinculadas con la libertad probatoria en el proceso penal⁵⁶⁴ que establecen una permisión general para utilizar cualquier medio de prueba siempre que no estén expresamente prohibidos o restrinjan derechos o garantías constitucionales. Esta disposición viene a establecer el principio general admitido en el derecho procesal argentino de que todo puede probarse y, para cumplir tal fin, es posible

⁵⁶² PASTOR, Daniel, *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Análisis crítico*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p.35.

⁵⁶³ Art. 31 CN “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada Provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales.”. Este artículo conserva la redacción originaria de la Constitución del año 1853 por lo que no se nombran los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los cuales se incorporan en el año 1994. *Vid* art. 75 inc.22 CN transcripto en nota 76.

⁵⁶⁴ Art. 127 CPPNación: Libertad probatoria “Podrán probarse los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba, salvo que se encuentren expresamente prohibidos por la ley o restrinjan derechos o garantías constitucionalmente tuteladas.

Además de los medios de prueba establecidos en este Código se podrán utilizar otros, siempre que no vulneren garantías constitucionales y no obstaculicen el control de la prueba por los demás intervinientes.”.

acudir a un medio de prueba no regulado específicamente. Como afirma Pérez Barberá⁵⁶⁵ no es taxativa la regulación de los medios de prueba en los códigos procesales argentinos.

Si bien la propia ley no establece una libertad probatoria absoluta, la finalidad de la norma es evitar que se puedan bloquear elementos probatorios por no encontrarse el procedimiento expresamente previsto en la ley. Enorme trascendencia tiene esta disposición, frente a los avances científicos y tecnológicos, que pueden constituir una importante herramienta en el proceso penal a fin de posibilitar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Sin embargo, parte de la doctrina resulta sumamente crítica respecto de esta disposición. Uno de ellos es Pérez Barberá⁵⁶⁶ quien considera que si se analizan los medios de prueba tradicionales -tales como testimonios, pericias, reconocimientos en rueda, careos, etc.- se aprecia que éstos han sido regulados minuciosamente, por lo que, con mayor razón, debería exigirse que los medios probatorios que pueden resultar mucho más invasivos en los derechos fundamentales tengan también una detallada reglamentación. Igualmente afirma que, la libertad probatoria consagrada por las normas procesales, resulta contraria a la Constitución Nacional en tanto viola el principio de legalidad, pues cualquier actividad probatoria debe estar previamente autorizada y regulada en forma expresa por el legislador.

Ahora bien, si se analiza en detalle la norma nacional se advierte que se plasman en su texto las ideas sostenidas por Pérez Barberá toda vez que una de las excepciones a esta libertad probatoria es justamente que sean medidas que restrinjan derechos o garantías constitucionalmente tuteladas. Con lo cual, el principio de libertad probatoria no es absoluto, sino que es un principio

⁵⁶⁵ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Nuevas tecnologías y libertad probatoria...”, op.cit., p. 272.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, pp 279 y ss.

orientador de las decisiones que puedan tomarse respecto de la prueba. En este sentido, afirman Cafferata Nores y Tarditi⁵⁶⁷ que este principio es relativo pues no implica que pueda practicarse la prueba de cualquier modo porque hay que respetar las disposiciones procesales; ni mucho menos que ello pueda hacerse a cualquier precio, ya que el ordenamiento jurídico impone restricciones derivadas del respeto a la dignidad humana.

Como puede concluirse, esta habilitación legislativa de libertad probatoria en modo alguno significa un cheque en blanco para los órganos de persecución estatal en la búsqueda y recolección de los elementos probatorios del proceso penal. Esta actividad estará sujeta a las limitaciones que deriven de los derechos y garantías constitucionalmente protegidas. Sin embargo, coincidimos con Chaia⁵⁶⁸ que no rige el principio de taxatividad en relación con los medios probatorios y, mientras se respete la dignidad del sujeto pasivo del proceso y los derechos que le asisten, no se pueden fijar rígidamente reglas que entorpezcan el accionar judicial.

Dicho esto, teniendo en cuenta que las medidas de investigación corporal implican una restricción o limitación de derechos fundamentales, se requiere una autorización legislativa que habilite la práctica de las mismas durante el proceso penal. Tal autorización la encontramos en las disposiciones del CPPNación pues— como hicimos referencia *supra*—, la ley procesal nacional también reguló de manera específica las medidas de investigación corporal⁵⁶⁹ en general, como así también las medidas de identificación de personas a través de los exámenes de ADN⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ CAFFERATA NORES, José, TARDITI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, Tomo 1, p.487.

⁵⁶⁸ CHAIA, Rubén, *La prueba en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p.113.

⁵⁶⁹ *Vid* art. 175 CPPNación transcripto en nota 124.

⁵⁷⁰ *Vid* art. 169 CPPNación transcripto en nota 228.

Los señalados artículos establecen de forma clara y precisa el objeto, presupuestos y forma de realización de estas medidas, lo cual permite afirmar que existe una amplia cobertura legislativa para practicarlas. Si -como sostiene Guariglia- “[...] los medios de prueba legalmente previstos constituyen la *única* vía de acceso de información al procedimiento penal: la determinación de la culpabilidad o inocencia de un imputado sólo puede estar basada, entonces, en los *medios de prueba legales*, debidamente incorporados al juicio penal conforme a las reglas que establecen su régimen de presentación”⁵⁷¹, lo cierto es que, en la legislación nacional, se han determinado con bastante precisión cuáles son los medios de prueba legales como así también las reglas de su realización.

En efecto, la regulación prevista en el art. 169 CPPNación sobre los exámenes de ADN –si bien ya se encontraba reglamentada en la antigua legislación-, es detallista en cuanto determina las circunstancias que justifican la medida, la posibilidad de extraer cualquier muestra biológica apta, utilizando el medio menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor. También se prevé la posibilidad de obtener la muestra por otros medios distintos a la inspección corporal, mediante el secuestro de objetos que pudieran contener células ya desprendidas del cuerpo.

Regula igualmente el órgano judicial competente para ordenar la medida, facultad que coloca en cabeza del Ministerio Público, sin perjuicio de prever también la intervención del Juez de Garantías. Exige asimismo que la resolución que autorice la medida deberá justificar la necesidad, racionalidad y proporcionalidad en cada supuesto en que se ordene.

De tal forma, esta especial medida de intervención corporal encuentra en la legislación nacional una adecuada regulación que permite resguardar los derechos de las personas que deben someterse a la misma. Como afirma

⁵⁷¹ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones...*, op.cit., p.148.

Pastor⁵⁷², la ley ha tomado todos los recaudos para que la medida sea lo menos lesiva posible e, igualmente, lo más segura y respetuosa con la persona.

Sin embargo, el legislador también ha previsto en el art. 175 ya citado, la posibilidad de realizar cualquier otra prueba de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no se ponga en riesgo la salud o la dignidad del examinado. Determina igualmente el órgano judicial competente y el trámite previsto para su realización.

Dentro de esta autorización de injerencia estatal podemos encuadrar todas aquellas medidas de intervención corporal que van desde una simple inspección hasta una exploración radiológica, resonancias magnéticas, tomografías o la extracción de sustancias del organismo del imputado como podrían ser cápsulas de sustancias estupefacientes que hubiera introducido en su cuerpo.

Cuando analizamos la naturaleza jurídica de las medidas de investigación corporal, afirmamos que muchas de ellas –por sus especiales características-, podían considerarse como prueba científica o pericial. Tendrán esta naturaleza aquellas inspecciones o intervenciones que para su realización requieran la presencia de personal médico o sanitario, atendiendo a sus especiales conocimientos. Piénsese, por ejemplo, en una resonancia magnética, una exploración radiológica o incluso el uso del Resonador Magnético Funcional (fMRI) o el Potencial Evocado Cognitivo (P300)⁵⁷³, donde la propia investigación corporal debe ser realizada por personal médico.

⁵⁷² PASTOR, Daniel, “Lineamientos del nuevo Código...”, cit., p. 90.

⁵⁷³ Respecto de estas pruebas considera Villamarín López que para poder utilizarse en los procesos penales deberán pasar los filtros que establece cada ordenamiento jurídico y entiende que la mayor parte de los países son reacios a su incorporación “[...] mientras no avancen más los trabajos científicos, ya que entienden que, una vez incorporado un medio de prueba al sistema criminal penal, es muy difícil no apoyarse en él, máxime cuando viene respaldado por la opinión de un experto en neurología, situación que se ve agravada en los ordenamientos con jurado, ya que sería muy difícil que sus integrantes se apartaran de las conclusiones presentadas por los técnicos.” Ya vinculado con el ordenamiento jurídico español, considera la autora que mientras no se acometa una reforma legislativa, estas medidas pueden

Para estos supuestos, resultan adecuadas todas las disposiciones normativas referidas a la prueba pericial que se encuentran reguladas en la ley procesal⁵⁷⁴. En estas se determina la procedencia de la medida y también todo lo referido a las instrucciones necesarias para su práctica, la intervención de los peritos de parte y el contenido del dictamen pericial.

Como puede advertirse, el ordenamiento procesal nacional cumple con el principio de legalidad en todo lo referido a las medidas de intervención corporal ya que contiene una regulación clara, precisa y circunstanciada sobre las mismas. Estas autorizaciones de injerencia estatal no solamente permiten un adecuado ejercicio de los derechos de la persona sometida al proceso sino que también garantizan que la actividad estatal se desarrolle en debida forma.

Así cualquiera que sea el resultado del proceso penal, no podrá atribuirse a los órganos de persecución penal irregularidades en torno a la recolección y producción de prueba, en la medida en que hayan ajustado su actividad a las disposiciones legislativas que los facultan a practicarlas.

1.4 Previsión legislativa en el ordenamiento procesal provincial

La legislación procesal mendocina no es tan moderna como el ordenamiento nacional pues data del año 1999. Este Código estableció un procedimiento acusatorio formal que puso en cabeza del Ministerio Público Fiscal la investigación penal, reemplazando así el procedimiento mixto que regía en la Provincia desde principios de la década de 1950. No resulta un dato menor que el Código provincial fue sancionado diez años antes de que se regularan en el

acordarse sin dificultad al amparo de las disposiciones vinculadas con la prueba pericial. (VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección de la verdad...*, op.cit., p. 111).

⁵⁷⁴ Vid arts. referidos a la prueba pericial transcritos en nota 202.

ordenamiento nacional los exámenes de ADN⁵⁷⁵, razón por la cual las disposiciones normativas de la Provincia resultaban mucho más escuetas que las que vimos *supra* en la legislación nacional⁵⁷⁶.

Sin embargo, como analizaremos *infra*, el legislador provincial modificó las normas relativas a las medidas de investigación corporal, pero lejos de mejorarla, con pésima técnica legislativa, reguló en forma conjunta medidas de investigación con medidas de identificación, generando mayor confusión sobre el tema. Así, desaprovechó una valiosa oportunidad para adecuar la regulación de estas en cumplimiento del principio de legalidad o reserva de ley⁵⁷⁷.

Dicho esto, volviendo a los principios generales que rigen la actividad probatoria, en sintonía con la ley nacional, encontramos en el ordenamiento provincial una disposición vinculada con la libertad probatoria en el proceso penal⁵⁷⁸, sin regularse ninguna excepción vinculada con aquellas medidas que

⁵⁷⁵ Recuérdese que dicha reforma que introdujo los análisis de ADN en el CPPNación se llevó a cabo en el año 2009.

⁵⁷⁶ En igual medida si se analiza el proyecto español de Código Procesal Penal de 2013, vemos que contiene específicas disposiciones vinculadas con las medidas de investigación corporal. Así el Capítulo III del Título II del Libro IV bajo la rúbrica “Inspecciones e intervenciones corporales e investigación mediante ADN” regula toda la cuestión. Divide el Capítulo en dos secciones; la primera establece todo lo referido a registros corporales externos, examen radiológico, exploración y observación de cavidades vaginal y rectal e intervenciones corporales. En tanto que la sección segunda reglamenta la investigación mediante ADN, determinándose la forma de recogida y obtención de vestigios, la toma de muestras del encausado o personas distintas a éste y el acceso de los indicadores a la base de datos policial y cancelación. Por último, el Capítulo IV se refiere a la diligencia de determinación del consumo de alcohol o drogas tóxicas en la investigación de los delitos contra la seguridad del tráfico. De tal forma, las legislaciones más modernas muestran especial preocupación por regular en forma clara y precisa este tipo de medidas que conllevan una afectación a los derechos fundamentales.

⁵⁷⁷ Por Ley n° 8.916, de 13 de octubre de 2016, se modificó el texto de la Ley de Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas del Poder Judicial y también se introdujeron reformas varios artículos del CPPMza, entre ellos, los vinculados con las intervenciones corporales.

⁵⁷⁸ Art. 205 CPPMza: Libertad Probatoria “Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso penal pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes.”. La excepción prevista por la norma está vinculada con el orden de prelación de las leyes de nuestro ordenamiento jurídico. El Congreso de la Nación dicta los Códigos de fondo o sustantivos (Código Civil y Comercial, Penal, Laboral, etc.) y las Provincias establecen los ordenamientos procesales que regirán dentro de su territorio provincial. Sin embargo, estas legislaciones provinciales no pueden modificar las leyes sustantivas en virtud del orden de prelación de las leyes que establece la Constitución Nacional (*vid.* art. 31 CN transcripto en nota 563); razón por la cual si en las leyes sustantivas encontramos normas referidas a la prueba de cualquier acto jurídico (por ejemplo, la forma de probar un contrato de compra venta o el estado civil de las personas o una relación laboral), esas normas tienen

podrían afectar o restringir derechos fundamentales, aunque si reglamenta las exclusiones probatorias cuando los actos practicados hayan violado garantías constitucionales⁵⁷⁹.

La doctrina provincial no difiere en el análisis de la doctrina nacional. En este sentido, afirma Peñaloza⁵⁸⁰ que esta norma permite que nuevas o modernas circunstancias puedan ser introducidas al proceso penal, aun cuando no tengan una regulación específica. Sin embargo, a renglón seguido agrega el autor que deberán siempre tenerse en cuenta las garantías constitucionales que hacen a la dignidad humana, a la integridad corporal, etc.

Como puede colegirse, el límite siempre está dado por la afectación de derechos fundamentales, con lo cual cualquier actividad estatal que implique una injerencia en los mismos debe contar con una expresa autorización legal. Ninguna persona piensa que los órganos estatales pueden realizar una intervención telefónica si no existe una disposición normativa que así lo establezca. En igual medida, no puede consentirse que estos órganos de persecución penal pueden practicar injerencias en el cuerpo de una persona, que constituye lo más íntimo de cualquier ser humano, si no existe tal autorización en la ley. Resulta un sinsentido exigir la protección y regulación legal del ámbito físico de privacidad o de las comunicaciones y no exigir el mismo estándar para el propio cuerpo.

En función de ello, no podrá echarse mano del principio de libertad probatoria para ordenar medidas que puedan resultar lesivas de derechos

plena validez y efectividad dentro del proceso penal y, por lo tanto, no podrá admitirse otro medio de prueba para acreditarlo.

⁵⁷⁹ Art. 207 CPPMza: Exclusiones probatorias “Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.”

⁵⁸⁰ PEÑALOZA, Fernando, *Código Procesal Penal comentado de la Provincia de Mendoza*, (Coord. Jorge Coussirat), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, Tomo I, p.616.

fundamentales y que no se encuentren expresamente previstas en el ordenamiento procesal. Entendemos que, en el supuesto que así lo dispusiera el Ministerio Público Fiscal, va a resultar imprescindible la intervención del Juez de Garantías pues éste tiene a su cargo el control de la legalidad de la actuación fiscal, control que resulta fundamental cuando están en juego derechos constitucionalmente protegidos.

Ahora bien, el legislador provincial había establecido, en su redacción originaria, normas referidas a las medidas de investigación corporal. Se podía cuestionar la técnica legislativa puesto que era una regulación sumamente parca, pero no podía sostenerse que se había violado el presupuesto de reserva de ley para este tipo de medida probatorias. Pero, a partir de la reforma mencionada, esta escueta regulación se ha transformado en una confusa regulación puesto que, introduce lo referido a la huella genética digitalizada como medio de identificación del imputado, en las normas que regulan la actividad probatoria.

De tal forma, regula expresamente⁵⁸¹ la inspección corporal y mental del imputado, debiendo respetarse en lo posible su pudor. Autoriza también la intervención de peritos cuando ello sea necesario para la práctica de la medida y admite la asistencia del defensor o de una persona de confianza del examinado, excluyéndose la intervención de cualquier tercero extraño al acto. Esta limitación tiende expresamente a garantizar que se va a respetar el pudor del imputado pues la intervención de estas personas se limita a asistir al acto de inspección, garantizando el fiel cumplimiento de las disposiciones legales.

Aun cuando no se determina en forma precisa cuando procederá la misma, ya que hace referencia a “cuando sea necesario”, consideramos que el análisis de la necesidad de la medida deberá realizarse en la resolución que ordene su práctica, teniendo también en cuenta los parámetros de razonabilidad y

⁵⁸¹ *Vid.* art. 211 CPPMza transcripto en nota 124.

proporcionalidad en el caso en particular. No puede perderse de vista que, las inspecciones corporales abarcan una gran variedad de medidas, por lo que no puede exigírsele al legislador que precise la procedencia de cada una de ellas. Por el contrario, dicha exigencia debe recaer sobre el órgano judicial que la disponga, pues éste deberá dar las razones que justifiquen en función del delito cometido, de la utilidad de la medida probatoria y de la mínima afectación a los derechos fundamentales, que la inspección dispuesta resulta necesaria en ese proceso en trámite.

Sin embargo, cuando regula las medidas de intervención corporal cuando comienza la confusión. En efecto, la ley prevé que se podrán disponer extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, según las reglas del saber médico y siempre que no exista riesgo para la salud del imputado, a los efectos de obtener la huella genética digitalizada. Como puede advertirse, el legislador ha regulado la obtención de muestras biológicas, pero con una sola finalidad, la determinación de la huella genética⁵⁸².

Si bien es cierto que la gran mayoría de las medidas de intervención corporal constituyen en sí mismas una prueba pericial que requieren la intervención de personal médico especializado, tales como tomografías, radiología, resonancias magnéticas, pruebas cerebrales e, incluso, la propia extracción sanguínea, con lo cual se garantiza la reserva legal, no es menos cierto que hubiera sido esperable del legislador provincial mayor precisión, precisión que si encontramos en el ordenamiento nacional.

Si debemos destacar la exigencia legal en cuanto a que la práctica se realice de la manera menos lesiva para la persona y sin afectar su pudor. Incluso se

⁵⁸² Si bien es un tema sobre el cual volveremos, valga la aclaración que la reforma introdujo la extracción obligatoria de muestras biológicas para la determinación de la huella genética para ser incorporada al Registro Provincial de Huellas genéticas, de ahí nuestra afirmación de que se trata de una medida de identificación del imputado y no una medida probatoria.

admite expresamente la posibilidad de recolectar muestras biológicas por medios distintos de la intervención corporal como, por ejemplo, del secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, siempre que se pueda alcanzar igual certeza con el resultado de la medida.

También se regula en el ordenamiento provincial todo lo atinente a la prueba pericial⁵⁸³ y aquí si el legislador ha sido sumamente detallista y preciso. En efecto, la ley determina la necesidad de la pericia cuando se requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos para poder descubrir o valorar un elemento probatorio. La obligación de su práctica deriva justamente del principio del contradictorio, pues no importa que el órgano judicial que ordena la medida tenga dichos conocimientos, toda vez que se requiere de la intervención y dictamen de expertos para poder controlar las conclusiones a las

⁵⁸³ Art. 244 CPPMza: Pericias “Se podrá ordenar una pericia, aun de oficio, cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica”.

Art. 249 CPPMza: Nombramiento y Notificación “Se designará un perito, salvo que se estimare indispensable que sean más. La resolución se notificará al Ministerio Público, cuando corresponda, y a los defensores antes de que se inicien las operaciones, bajo pena de nulidad, a menos que haya suma urgencia o que la indagación sea extremadamente simple. En estos casos, bajo la misma sanción, se les notificará que se realizó la pericia pudiendo las partes, a su costa, y el Ministerio Público, requerir su reproducción cuando fuere posible.”.

Art. 250 CPPMza: Peritos de Control “En el término que se fije al ordenar las notificaciones previstas en el artículo anterior, cada parte podrá proponer a su costa otro perito legalmente habilitado, pero si las partes que ejercieran esta facultad fueren varias, no podrán proponer en total más de dos peritos, salvo que exista conflicto de intereses. En este caso, cada grupo de partes con intereses comunes, podrá proponer hasta dos peritos. Cuando ellas no se pongan de acuerdo, se designará entre los propuestos.”.

Art. 251 CPPMza: Directivas “El órgano que ordene su realización, formulará las cuestiones a dilucidar, fijará el plazo en que ha de expedirse y, si lo juzgare conveniente, dirigirá personalmente la pericia, asistiendo a las operaciones. Podrá igualmente indicar donde deberá efectuarse aquélla y autorizar al perito para examinar las actuaciones o asistir a determinados actos procesales.”.

Art. 252 CPPMza: Conservación de Objetos “El órgano judicial y los peritos procurarán que las cosas a examinar sean en lo posible conservadas, de modo que la pericia pueda repetirse. Si fuera necesario destruir o alterar los objetos analizados o hubiere discrepancias sobre el modo de conducir las operaciones, los peritos deberán informar antes de proceder.”.

Art. 253 CPPMza: Ejecución “Siempre que sea posible y conveniente, los peritos practicarán en conjunto el examen; deliberarán en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir quien la hubiere ordenado; y, si estuvieren de acuerdo, redactarán el dictamen en común; en caso contrario, lo harán por separado.”.

Art. 255 CPPMza: Dictamen “El dictamen pericial podrá expedirse por escrito o hacerse constar en acta, y comprenderá, en cuanto fuere posible

- 1) La descripción de la persona, cosa o hecho examinado, tal como hubieren sido hallados.
- 2) Una relación detallada de las operaciones que se practicaron y de su resultado.
- 3) Las conclusiones que formulen los peritos, conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica y sus respectivos fundamentos, bajo pena de nulidad.
- 4) La fecha en que la operación se practicó.”.

cuales se lleguen. El conocimiento particular del órgano judicial escapa al control de las partes en tanto que la intervención de peritos, que deben no sólo dar una opinión basada en sus conocimientos específicos, sino que además deben explicitar cuál ha sido el procedimiento utilizado para arribar a la misma, garantiza la posibilidad del debido control de todas las partes intervinientes, posibilitándose, en igual medida, la oportunidad de refutar las conclusiones aportadas al proceso.

Se ha regulado en el Código todo lo atinente a la designación de los peritos oficiales como así también la intervención de los peritos de control que pueden proponer las partes, garantizando el ejercicio del derecho de defensa. Igualmente, ha sido rigurosa la legislación en cuanto a las directivas a impartir pues el órgano que ordene la misma, deberá precisar cuáles son los puntos a esclarecer con su realización, aspectos estos que deberán incluirse en la resolución que la dispone.

Por último, tampoco ha escapado a la reglamentación legal, los lineamientos generales para la ejecución de la pericia y el contenido del dictamen que deben elaborar los peritos, el cual será motivo de valoración y, eventualmente, de cuestionamientos y pedidos de aclaraciones por parte de los sujetos intervinientes en el proceso penal.

Como puede inferirse del análisis efectuado, la legislación procesal mendocina ha reglamentado, aunque con deficiente técnica, lo atinente a las medidas de investigación corporal. La autorización para realizar inspecciones corporales y mentales entendemos que habilita a los órganos de persecución penal para ordenar la práctica de registros corporales externos y también exámenes radiológicos, exámenes ginecológicos o exploraciones de cavidades corporales como las inspecciones anales o vaginales.

Asimismo, consideramos que existe habilitación legislativa para realizar intervenciones corporales. Si bien, con respecto a la obtención de muestras biológicas, ésta se encuentra circunscripta a la determinación de la huella genética, deberá analizarse respecto de otras medidas de intervención si tiene naturaleza de prueba pericial, toda vez que va a contar con la regulación detallada que sobre la misma ha efectuado el legislador. Estimamos en este aspecto que la específica redacción de la ley no brinda otra posibilidad a los órganos judiciales y es de esperar que una futura reforma mejore la regulación efectuada respecto de las medidas de intervención corporal.

De tal forma, entendemos que el primer presupuesto de validez de las medidas de investigación corporal ha sido satisfecho en los ordenamientos jurídicos tanto de la Nación como de la Provincia, con un mayor grado de precisión y especificidad en el primero. Lamentamos que en el ámbito provincial la reforma introducida haya desaprovechado una valiosa oportunidad puesto que, lejos de aportar mayor claridad a fin de resguardar el debido proceso legal en beneficio no solo del imputado sino también del conjunto de la sociedad, ha establecido una reglamentación que confunde medios de investigación con medios de identificación del imputado. Como consecuencia de ello, también se han originado vacíos legales que no existían en la redacción anterior.

2. Competencia judicial

2.1 Ubicación institucional del Ministerio Público en el derecho argentino

El segundo presupuesto de validez de las medidas de investigación corporal es la determinación de los órganos estatales que se encuentran habilitados para ordenar su realización. Resulta éste un tema relevante si tenemos en cuenta que

se trata de medidas que tienen incidencia en derechos fundamentales consagrados, no sólo en los textos constitucionales, sino también en los Tratados de Derechos Humanos.

Como hemos sostenido en varias oportunidades, el poder de persecución penal es el mayor poder coercitivo del Estado y, en función de ello, todas las limitaciones que se le impongan a los órganos estatales en resguardo de los derechos de las personas sometidas a un proceso penal nunca son excesivas, en tanto y en cuanto, permitan alcanzar un equilibrio entre los derechos en juego y los intereses de la sociedad en la represión y castigo de aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos.

Antes de ingresar en el análisis de los órganos competentes para disponer estas medidas, entendemos que resulta pertinente hacer una breve semblanza de la ubicación institucional y los caracteres del Ministerio Público en el derecho argentino. Ello así por dos razones fundamentales: la primera es que difiere notablemente de la ubicación institucional que tiene en el derecho español; la segunda razón es que, en los ordenamientos procesales argentinos, se ha colocado en cabeza del Ministerio Público no sólo el ejercicio de la acción sino fundamentalmente, la investigación penal sustituyendo al Juez Instructor, lo cual conlleva importantes diferencias con un sistema de enjuiciamiento mixto.

Dicho lo anterior, podemos señalar que en el ordenamiento jurídico argentino el Ministerio Público ocupa dos ubicaciones institucionales claras: como parte integrante del Poder Judicial en prácticamente todas las Provincias argentinas, salvo Salta; y como órgano extra-poder que es la ubicación que establece la Constitución Nacional y la Provincia antes mencionada. De tal forma, el Ministerio Público, a diferencia del derecho español, no se encuentra bajo la órbita del Poder Ejecutivo y, en consecuencia, es absolutamente independiente del poder político de turno.

a. En la Provincia de Mendoza

En el derecho público provincial, la Constitución de Mendoza⁵⁸⁴ establece que el Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia como cabeza

⁵⁸⁴ Art. 142 CMza: “El Poder Judicial de la Provincia será ejercido por una Suprema Corte, Cámaras de Apelaciones, Jueces de Primera Instancia y demás Juzgados, Tribunales, funcionarios inferiores creados por Ley.”

Art. 143 CMza: “La Suprema Corte de Justicia y las Cámaras de Apelaciones se compondrán de cinco miembros por lo menos. Habrá también un Procurador para aquella y los Fiscales de Cámaras que determine la ley.”

Art. 150 CMza: “Los miembros de la Suprema Corte, Procurador de ella, miembros de las Cámaras de Apelaciones, Fiscales y Defensores, serán nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.”

Art. 151 CMza: “Los funcionarios a que se refiere el artículo anterior, serán inamovibles mientras dure su buena conducta y gozarán de una compensación pecuniaria que no podrá disminuirseles.”

Art. 152 CMza: “Para ser miembro de la Suprema Corte y Procurador de ella se requiere:

1º Haber nacido en territorio argentino o ser hijo de padre nativos, habiendo optado por la ciudadanía de sus padres, si hubiese nacido en territorio extranjero.

2º Haber cumplido treinta años de edad y no tener más de setenta.

3º Ser abogado con título de Universidad Nacional y con diez años de ejercicio de la profesión u ocho de la Magistratura.”

Art. 153 CMza: “Para ser miembro de las Cámaras de Apelaciones y Fiscal de ellas, se requiere:

1º Ciudadanía en ejercicio.

2º Haber cumplido veintiocho años de edad y no tener más de sesenta y cinco.

3º Ser abogado con título universitario de Facultad Nacional, con ocho años de ejercicio en la profesión o cinco en la Magistratura.”

Art. 154 CMza: “Para ser Fiscal de Primera Instancia, Asesor de Menores, Defensor de Pobres y Ausentes, etc., se requiere: ciudadanía en ejercicio, título de abogado de Facultad Nacional y un año de ejercicio en la profesión o empleo en la Magistratura para que se requiera la calidad de abogado.”

Art. 163 CMza: “Los miembros de la Suprema Corte y el Procurador de ella serán enjuiciables en la misma forma que el Gobernador de la Provincia y pueden ser acusados por cualquier habitante de ésta, que goce de la plenitud de sus derechos.”

La forma de enjuiciamiento es a través del Juicio Político establecido en el art. 109 CMza que establece como causales de remoción mal desempeño, desorden de conducta, faltas o delitos en el ejercicio de sus funciones o crímenes comunes.

Art. 164 CMza: “Los Jueces de las Cámaras de Apelaciones, los de Primera Instancia, los Fiscales, Asesores y Defensores, pueden ser acusados por las mismas causas a que se refiere el artículo ciento nueve, ante el Jury de Enjuiciamiento compuesto de los miembros de la Suprema Corte y de un número igual de Senadores y un número también igual de Diputados que serán nombrados anualmente por votación nominal en la primera sesión que celebren en las respectivas Cámaras.

Este Jury será presidido por el Presidente de la Suprema Corte o por su reemplazante legal y no podrá funcionar con menos de la mitad más uno de sus miembros.

En caso de empate decidirá el Presidente del Jury, aún cuando ya hubiere votado al pronunciarse el fallo.”

Art. 169 CMza: “No podrán los funcionarios judiciales intervenir en política en forma alguna, directa ni indirectamente, salvo la emisión del voto; ni ejecutar o participar en actos que afecten su circunspección y la imparcialidad de sus funciones o las menoscabe en público o en privado del buen concepto que debe rodear su persona y el cargo que desempeña.”

Art. 170 CMza: “En ningún caso el Gobernador ni funcionario alguno ajeno al Poder Judicial, podrán ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes, ni restablecer las fenecidas.”

de Poder, con un Procurador General. Igualmente establece que está integrado por Cámaras de Apelaciones, Fiscales y Defensores que tienen la misma forma de designación y de remoción, reconociendo como garantía de independencia, la inamovilidad en el cargo mientras dure su buena conducta y la intangibilidad de las remuneraciones. En función de esta regulación afirma Coussirat, al referirse a la Provincia de Mendoza, que “[...] indudablemente en esta provincia el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial. La regulación constitucional que de él se hace lo demuestra palmariamente. Se equiparan sus miembros con los demás integrantes de la magistratura. Es idéntico su tratamiento en lo referido a nombramiento, duración, funcionamiento y responsabilidad”⁵⁸⁵.

Y ésta fue, sin duda, la posición de los constituyentes de 1916 pues surge de los debates de la Convención, la consideración del Procurador de la Corte como un Consejero, o Asesor de la Suprema Corte, afirmando su pertenencia al Poder Judicial⁵⁸⁶. En otras palabras, en la Provincia de Mendoza, el Ministerio Público es un órgano de jerarquía constitucional y naturaleza judicial, en las mismas condiciones y con el mismo tratamiento que la judicatura. Por ello, cuando hacemos referencia a los órganos judiciales se engloban tanto a los miembros del Ministerio Público como a los Jueces y miembros de los Tribunales colegiados, en tanto que la expresión órganos jurisdiccionales se reserva solo para estos últimos ya que son los únicos que tienen jurisdicción.

Art. 171 CMza: “La Suprema Corte propondrá al Poder Ejecutivo el presupuesto anual de sus gastos de la Administración de Justicia, un mes antes de la época en que deba ser remitido a la Legislatura el presupuesto general de la administración.”

⁵⁸⁵ COUSSIRAT, Jorge, “El Ministerio Público en la República Argentina”, *Derecho Público Provincial y Municipal*, Volumen III, (Dir. Dardo Pérez Guilhou, Coord. María Gabriela Ábalos), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, p.451.

⁵⁸⁶ “Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente de 1915”, Mendoza, 1941, Segundo Tomo, p.382 y ss. Casi cien años después de aquella Convención que dotó a la Provincia de su Constitución, se sancionó la Ley Orgánica del Ministerio Público de Mendoza y uno de los deberes y funciones que estableció para el Procurador General fue justamente la de asistir a los acuerdos de la Suprema Corte de la Provincia y asesorarla en todos los asuntos que sean consultados (art. 28 inc.3). Vemos incluso que esta preocupación de que el Ministerio Público se encontrara dentro del Poder Judicial la encontramos desde el año 1857, ya que el Congreso de la Confederación en Paraná, al tratar la ley orgánica de Tribunales sostenía que “[...] El Fiscal es miembro del Poder Judicial, debe tener la misma independencia que los jueces, para que el Poder Ejecutivo no pueda influir jamás en los fallos de los Tribunales.” (vid COUSSIRAT, Jorge, “El Ministerio Público...”, op.cit., p.432).

Esta concepción constitucional se vio reflejada en la Ley n° 2.142 de Organización de la Magistratura Penal mediante la cual se establecía la jefatura del Ministerio Público en el Procurador General. En el año 2009 se sancionó la Ley n° 8.008, Ley Orgánica del Ministerio Público, que establece en su primer artículo su ubicación institucional dentro del Poder Judicial, respetando el diseño constitucional y ratificando su independencia funcional de cualquier otro Poder u órgano del Estado⁵⁸⁷.

Como puede advertirse, tanto desde la manda constitucional como desde la letra de la ley, se garantiza la independencia y autonomía del Ministerio Público, consolidándose su pertenencia dentro del Poder Judicial, aun como una rama autónoma dentro de éste. Entiende Franano⁵⁸⁸ que, el mayor beneficio que surge de esta ubicación institucional, es que se le dota de absoluta independencia de cualquier otro Poder del Estado u órgano del Estado, para formular la persecución penal que tiene a su cargo, gozando así de autonomía funcional en su actuar.

⁵⁸⁷ Art. 1, Ley n° 8.008: “El Ministerio Público conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial con atribuciones orgánicas y autonomía funcional, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, con atribuciones orgánicas, autonomía funcional, financia y presupuestarias.

Administrará su presupuesto rindiendo cuentas en forma directa al Tribunal de Cuentas de la Provincia. Deberá elevar su proyección de gastos y recursos al Poder Ejecutivo a los efectos de incorporarlos en el Proyecto de Presupuesto General de la Provincia en un plazo máximo de treinta (30) días antes de la fecha establecida en nuestra Constitución para la presentación del Proyecto de Presupuesto General de la Provincia ante el Poder Legislativo.

Para el cumplimiento de sus funciones el Procurador General dispondrá como recursos el treinta y cinco por ciento de la recaudación en concepto de tasa de justicia y los fondos que se le asignen anualmente a través del Presupuesto General de la Provincia.

No podrán realizarse modificaciones presupuestarias sobre el presupuesto votado anualmente para el Ministerio Público Fiscal sin autorización del Procurador General.”

Art. 5, Ley n° 8.008: “La organización y funcionamiento del Ministerio Público será la que surja de la Constitución Provincial, de la presente ley y de las resoluciones de carácter general que al efecto dicte el Procurador General en el marco de las disposiciones constitucionales y legales.

El Ministerio Público actúa coordinadamente con las demás autoridades de la Provincia, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura.”

⁵⁸⁸ FRANANO, Victoria, *Código Procesal Penal comentado...*, ob.cit., Tomo II, p.792.

b. En el ámbito de la Justicia Nacional

En el orden nacional, a partir de la reforma constitucional de 1994, el Ministerio Público fue incluido en el texto de la Ley Fundamental en el artículo 120⁵⁸⁹, estableciéndose como un órgano extra-poder con autonomía funcional y autarquía financiera. De tal forma, la introducción en el texto constitucional ha perseguido fortalecer la independencia del Ministerio Público, dotando a sus miembros de inmunidades funcionales y garantizando la intangibilidad de sus remuneraciones. Considera al respecto Gelli⁵⁹⁰ que el objetivo de separar al Ministerio Público de la tríada clásica de poderes, es afianzar los controles y garantizar las libertades públicas y la eficacia de su actuación va a estar, directamente relacionada, con su independencia funcional y las garantías que lo hagan posible.

En consonancia con la incorporación del Ministerio Público en el texto constitucional se sancionó la Ley Orgánica del Ministerio Público n° 24.946, que reguló todo lo atinente a la estabilidad y remoción de los miembros del Ministerio Público⁵⁹¹. Si bien es cierto que hubiera sido preferible que dichas

⁵⁸⁹ Art. 120 CN: “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.”.

⁵⁹⁰ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 1001 y ss.

⁵⁹¹ Art.13: “Los magistrados del Ministerio Público gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta los setenta y cinco (75) años de edad. Los magistrados que alcancen la edad indicada precedentemente quedarán sujetos a la exigencia de un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo. Estas designaciones se efectuarán por el término de cinco (5) años, y podrán ser repetidas indefinidamente, mediante el mismo procedimiento.”.

Art. 14: “Los magistrados del Ministerio Público gozan de las siguientes inmunidades: No podrán ser arrestados excepto en caso de ser sorprendidos en flagrante delito.

Sin perjuicio de ello, en tales supuestos, se dará cuenta a la autoridad superior del Ministerio Público que corresponda, y al Tribunal de Enjuiciamiento respectivo, con la información sumaria del hecho.

Estarán exentos del deber de comparecer a prestar declaración como testigos ante los Tribunales, pudiendo hacerlo. En su defecto deberán responder por escrito, bajo juramento y con las especificaciones pertinentes.

Las cuestiones que los miembros del Ministerio Público denuncien con motivo de perturbaciones que afecten el ejercicio de sus funciones provenientes de los poderes públicos, se sustanciarán ante el

cuestiones hubieran sido establecidas en la Constitución y no en una ley ordinaria, lo cierto es que su ubicación como órgano extra-poder le otorga independencia funcional del resto de los Poderes del Estado, fundamentalmente del Poder Ejecutivo, que es donde se concentra el mayor poder de Estado y es el que requiere de mayores controles para evitar la corrupción administrativa y los desvíos del poder.

c. Caracteres

De tal forma vemos que, ya sea que se encuentre dentro del Poder Judicial o bien sea como órgano extra-poder, estas ubicaciones institucionales dotan al Ministerio Público de dos características fundamentales: la objetividad e independencia en el desempeño de sus funciones⁵⁹².

Procurador General de la Nación o ante el Defensor General de la Nación, según corresponda, quienes tendrán la facultad de resolverlas y, en su caso, poner el hecho en conocimiento de la autoridad judicial competente, requiriendo las medidas que fuesen necesarias para preservar el normal desempeño de aquellas funciones.

Los miembros del Ministerio Público no podrán ser condenados en costas en las causas en que intervengan como tales.”.

Art. 18: “El Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación sólo pueden ser removidos por las causales y mediante el procedimiento establecidos en los artículos 53 y 59 de la Constitución Nacional.

Los restantes magistrados que componen el Ministerio Público sólo podrán ser removidos de sus cargos por el Tribunal de Enjuiciamiento previsto en esta ley, por las causales de mal desempeño, grave negligencia o por la comisión de delitos dolosos de cualquier especie.”.

Art. 53 CN: “Solo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intente contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes.”. El artículo se refiere a las facultades de la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación.

Art. 59 CN: “Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento en este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.”.

⁵⁹² Art. 3- Ley n° 8.008: Principios que regulan su actuación “Ejercerá sus funciones con arreglo a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad, oportunidad y objetividad.

1) Unidad de actuación: el Ministerio Público es uno y será representado por cada uno de sus integrantes en los actos y procesos en que actúen de manera unipersonal o conjuntamente.

2) Dependencia jerárquica: se organiza jerárquicamente y cada magistrado controla el desempeño de quienes lo asisten y es responsable por la gestión que tienen a su cargo.

3) Legalidad y oportunidad: el Ministerio Público Fiscal ejercerá, con arreglo a la presente Ley y los principios establecidos en el Código de Procedimiento Penal de Mendoza, la acción penal y requerirá la

La primera de ellas implica que la función de promover y ejercer la acción en el proceso penal se realiza en miras de obtener el esclarecimiento de un hecho delictivo y no para hacer valer un interés propio o personal. Como bien afirma Franano⁵⁹³, se les exige a los miembros del Ministerio Público, un estricto apego a la ley, lealtad en la apreciación de la prueba, abstenerse de acusar en caso de duda e incluso recurrir a favor del imputado cuando la legalidad haya sido quebrantada⁵⁹⁴.

La segunda característica fundamental es la independencia del Ministerio Público pues se encuentra a salvo de cualquier tipo de indicaciones, directivas, órdenes o presiones de los otros Poderes del Estado, tanto de los poderes políticos como del jurisdiccional, como así también de partidos políticos, grupos de presión e incluso, la opinión pública. Ello implica que sus integrantes deben actuar según sus criterios de interpretación legal y ateniéndose a los principios que rigen su actuación dentro del proceso.

La independencia en la actuación de los miembros del Ministerio Público tiene estrecha vinculación con el tema de las instrucciones particulares o generales que puede dar el Procurador General, teniendo en cuenta la organización jerárquica del mismo y que genera desconfianza en cuanto a la posibilidad de direccionar las investigaciones penales en función de los intereses afectados.

justa aplicación de la ley, sin perjuicio de solicitar a los tribunales la suspensión total o parcial de la persecución penal en los casos que sea procedente con arreglo a los principios establecidos en el Código de Procedimiento Penal de Mendoza, a excepción de los delitos que aparezcan cometidos por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones o en perjuicio de la Administración Pública.

4) Objetividad: el Ministerio Público actuará de un modo objetivo, fundado en el interés social y en la correcta aplicación de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales, de la Constitución Provincial y de las leyes.”.

⁵⁹³ FRANANO, Victoria, *Código Procesal Penal comentado...*, ob.cit., pp. 801 y ss.

⁵⁹⁴ Así lo ha afirmado la CSJN en Fallos 327:5863, sosteniendo que los integrantes del Ministerio Público [...] deben procurar la verdad y ajustarse a las pruebas legítimas en sus requerimientos o conclusiones, ya sean contrarias o favorables al imputado.

La Ley provincial n° 8.008 establece dentro de las facultades del Procurador General la posibilidad de dar instrucciones generales y particulares⁵⁹⁵, pero siempre vinculadas a aspectos de derecho sustantivo o procesal como también las que resulten necesarias para el normal desenvolvimiento de las funciones del Ministerio Público Fiscal. De tal forma, podrá dar instrucciones referidas a la actuación de una Unidad Fiscal⁵⁹⁶, sobre cuestiones vinculadas a la política de persecución penal, criterios para aplicar normas de derecho penal o procesal sobre las que exista controversia en la doctrina y la jurisprudencia⁵⁹⁷. La finalidad de tales instrucciones generales es poder unificar criterios de actuación dentro del Ministerio Público Fiscal.

Sin embargo, no es posible que el Procurador General se inmiscuya en procesos penales que se encuentren en trámite bajo la competencia ya sea de los Fiscales de Instrucción, en la etapa de la investigación penal, o de los Fiscales de Cámara en el desarrollo del juicio oral. Coincide Franano⁵⁹⁸, quien entiende que

⁵⁹⁵ Art.28: Procurador General. Deberes y funciones “El Procurador General es la máxima autoridad del Ministerio Público de la Provincia y responsable de su buen funcionamiento. Son sus deberes y atribuciones:

[...]

6) Diseñar la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal, debiendo impartir para ello las instrucciones generales que corresponda, en particular las referidas a los institutos de derecho sustantivo y procesal necesarios a tal fin, o cuya aplicación genere controversia, debiendo reglamentar la delegación del ejercicio de la acción penal por parte de los integrantes del Ministerio Público Fiscal.

[...]

8) Impartir las instrucciones generales y particulares necesarias para efectivizar los principios de actuaciones y las funciones del Ministerio Público Fiscal previstas en la presente ley.”

Art. 23: Instrucciones generales y particulares “El Procurador General podrá impartir a los restantes miembros del Ministerio Público las instrucciones generales convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones. Los miembros del Ministerio Público Fiscal podrán impartir a sus subordinados de acuerdo a sus atribuciones, las instrucciones particulares necesarias para el cumplimiento adecuado de sus funciones.”

⁵⁹⁶ Así el Procurador General mediante Resoluciones de Procuración ha determinado que la investigación de ciertos delitos se concentre en una Unidad Fiscal como, por ejemplo, el robo de automotores o los delitos cometidos dentro de los centros penitenciarios por los miembros de las fuerzas de seguridad.

⁵⁹⁷ Vemos que han existido Resoluciones Generales que establecen como directiva general que los miembros del Ministerio Público no presten su consentimiento para aplicar criterios de oportunidad en casos de violencia de género o violencia intrafamiliar; otras vinculadas a la persecución de los delitos de promoción y facilitación de la prostitución o incluso la forma de practicar la reducción de pena en casos de delitos que han quedado en grado de tentativa ya que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia no hay acuerdo sobre el tema, existiendo cuatro teorías distintas.

⁵⁹⁸ FRANANO, Victoria, *Código Procesal Penal comentado...*, ob.cit., pp.822 y ss.

el Procurador General no puede expedirse sobre consultas concretas porque le está vedada la posibilidad de intervenir en forma directa en la investigación o la acusación.

Es por ello que la mencionada ley que regula la actuación de los miembros del Ministerio Público sólo admite la posibilidad de dar directivas sobre un caso particular, siempre y cuando, el Fiscal de Instrucción se las solicite al Fiscal Adjunto en causas específicamente determinadas⁵⁹⁹. La razón de esta disposición legal surge de la forma en que está estructurada la intervención del acusador público a lo largo del proceso penal.

Como puede colegirse, la ubicación institucional del Ministerio Público Fiscal en el derecho argentino garantiza la independencia de sus miembros en el desempeño de sus funciones y ésta resulta un reaseguro fundamental en defensa de los intereses de la sociedad en todo lo atinente a la persecución penal, debiendo sujetarse su actuación a los límites establecidos por la ley. Nos dice Vélez Mariconde al referirse al Ministerio Público que “[s]u función es absolutamente objetiva, estrictamente jurídica y siempre ajena a toda consideración de conveniencia política, puesto que en la misma medida que el Juez carece de poderes discrecionales; desde el momento inicial (de su función requirente) durante su ejercicio y hasta el final, el Ministerio Público está sometido al Derecho Penal, sustantivo y procesal”⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ Art. 24: Consulta “Cuando los asuntos en los que intervenga el Ministerio Fiscal revistan especial gravedad, aparezcan cometidos por un funcionario o empleado público, o vinculados a criminalidad organizada o presenten dificultades particulares, el Agente Fiscal actuante deberá consultar a los Fiscales Adjuntos, quienes impartirán las instrucciones particulares pertinentes.”

Art. 25: Obligatoriedad: “Las instrucciones generales serán de cumplimiento obligatorio para los funcionarios a quienes estuvieran dirigidas. Cuando se considere que la instrucción es inconveniente, lo hará saber a quién emitió la instrucción mediante un informe fundado. Si éste insiste en la conveniencia de la misma, el inferior deberá cumplirla, pudiendo dejar sentada su posición personal en desacuerdo. Cuando la actividad fuera impostergable deberá cumplirla, sin perjuicio del trámite de la objeción.”

Art. 26: Forma. Reglamentación “Las instrucciones se imparten por escrito y se transmiten por los medios de comunicación que determine la respectiva reglamentación sujeto al principio de informalidad.

En caso de urgencia podrán emitirse órdenes verbales, de las que se dejará constancia por escrito.”

⁶⁰⁰ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *El Ministerio Público en la provincia de Buenos Aires*, editado por la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1975, p.51.

2.2 Órgano competente

a. Actuación del Ministerio Público en el sistema acusatorio

Una vez establecida tanto la naturaleza como los criterios de actuación del Ministerio Público Fiscal, corresponde determinar si dentro de las atribuciones que le han sido conferidas en el proceso penal, resulta el órgano competente para ordenar la práctica de medidas de investigación corporal sobre el imputado.

Cuando analizamos el sistema acusatorio, advertimos que se caracteriza por encontrarse dos partes enfrentadas entre sí en igualdad de condiciones frente a un tercero imparcial, imparcial e independiente. Las mencionadas partes son la acusación y la defensa, quienes junto con el Tribunal son los sujetos esenciales del proceso penal. Siendo ello así, el Ministerio Público Fiscal, como acusador público, es una parte esencial y, aun cuando debe actuar con objetividad e independencia, no deja de ser una parte que tiene como función principal el ejercicio de la acción penal contra la persona sometida al proceso.

La primera consecuencia es que, durante la investigación penal preparatoria, la tarea primordial del Fiscal de Instrucción consistirá en reunir los elementos de convicción suficientes para poder formular la acusación. Es cierto que el Fiscal no debe tener un interés personal o subjetivo en el resultado de la investigación, pero no es menos cierto que su interés funcional está dirigido a demostrar su hipótesis acusatoria. Ya dijimos en otra oportunidad⁶⁰¹ que, en el procedimiento mixto, quien dirigía la investigación era el Juez de Instrucción y el Fiscal realizaba el control de legalidad y, una vez concluida la investigación,

⁶⁰¹ QUIROGA, María Paula, “¿Tiene el Ministerio Público Fiscal facultades para disponer medidas de coerción personal sobre el imputado?”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal-III, Año 2008-2 Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp.169 y ss.

analizaba el material probatorio recolectado por el Juez a fin de dictaminar si correspondía o no elevar la causa a juicio. Sin embargo, en el sistema actual donde el Fiscal dirige la investigación y lleva a cabo la búsqueda de los elementos de prueba que le van a servir para sostener una acusación, ya no ocupa aquel lugar de mero controlador o parte formal, por el contrario, se ve involucrado en el proceso como parte sustancial.

Esta condición de parte determina la segunda consecuencia, cual es que el Fiscal de Instrucción ha perdido la nota de imparcialidad pues no puede considerarse imparcial quien es parte en el proceso. Sólo quien resulta ajeno a la investigación puede tener la equidistancia necesaria para resolver en el proceso y en esta posición solamente encontramos al órgano jurisdiccional. Esta contradicción de exigírsele imparcialidad a quien es una parte en el proceso fue advertida magistralmente por Calamandrei al afirmar que “[e]ntre todos los oficios judiciales, el más arduo me parece el del acusador público; el cual, como mantenedor de la acusación, habrá de ser parcial como un abogado, y como guardador de la ley, deberá ser imparcial como un juez. Abogado sin pasión, juez sin imparcialidad; éste es el absurdo psicológico en el cual el Ministerio público, si no tiene un exquisito sentido de equilibrio, está expuesto en todo momento a perder, por amor a la serenidad, la generosa combatividad del defensor, o por amor a la polémica, la desapasionada objetividad del magistrado”⁶⁰².

Como puede advertirse, situar al Ministerio Público como una parte dentro del proceso, no se trata solamente de una cuestión semántica sino que pone blanco sobre negro sobre la imposibilidad de que el Fiscal actúe con la equidistancia e imparcialidad propia del órgano jurisdiccional. Esta afirmación tiene enorme trascendencia cuando analizamos las medidas de investigación

⁶⁰² CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los Jueces escrito por un Abogado*, Traducción de la Tercera edición italiana de Firenze publicada por Le Monnier, Traducción de Ayerra Redín, Santiago Sentís Melendo y Conrado Finzi, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, p.88.

corporal pues se trata de medidas que inciden directamente sobre los derechos fundamentales del imputado.

Hemos afirmado *supra* que ningún derecho es absoluto y que pueden ser legítimamente afectados y que la determinación de dicha afectación en forma directa e individual corresponde al Poder Judicial. También hemos visto que, en el derecho argentino, tanto los Jueces como los Fiscales comparten los presupuestos de su investidura. Sin embargo, la ubicación que el órgano jurisdiccional ocupa dentro del proceso, por encima de las partes –acusador y acusado–, le permite determinar con mayor celo la conveniencia de avanzar sobre los derechos fundamentales de una de las partes involucradas, es decir, del imputado. Como afirma Bongiovanni⁶⁰³ pareciera que quien está obligado por la imparcialidad, es quien se encuentra en mejores condiciones de decidir sobre la conveniencia o no, de que una persona merece convertirse en sujeto pasivo de este tipo de medidas de investigación.

La necesidad de requerir imparcialidad del órgano que va a resolver sobre medidas que restrinjan derechos fundamentales fue puesta de resalto en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal,⁶⁰⁴ estableciéndose una garantía de jurisdiccionalidad. De tal modo, debe ser una autoridad judicial, ajena a la investigación, la que decida sobre la restricción de derechos fundamentales del imputado, lo cual pone de manifiesto justamente la idea de equidistancia de quien resuelve puesto que, al ser un tercero

⁶⁰³ BONGIOVANNI, José, *La prueba de ADN en el proceso...*, op.cit., p.33.

⁶⁰⁴ Estas reglas conocidas como “Reglas de Mallorca” fueron adoptadas por una Comisión de expertos que se reunieron en cuatro sesiones en los años 1990, 1991 y 1992. Las mismas establecen en el art. 18:

“1) Sólo una autoridad judicial ajena a la investigación podrá dictar medidas procesales que implique una limitación de los derechos de la persona. Si este no es el caso, se preverá un recurso de rápida tramitación ante un tribunal superior. Esto regirá especialmente en relación con la prisión preventiva.

2) Las medidas tomadas por el Ministerio Público y por la policía que impliquen directamente lesión de los Derechos Fundamentales de la persona deberán ser autorizadas judicialmente, a instancia del Ministerio Público.

3). Sólo en los casos de urgencia, expresamente previstos en la Ley, el Ministerio Público o la Policía podrán adoptar tales medidas y en este caso deberán ser homologadas judicialmente en el plazo más breve posible.”.

extraño en la investigación, va a poder analizar con ecuanimidad la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

Esta posición que emana de las Reglas de Mallorca, es compartida por Tapia⁶⁰⁵ al afirmar que las intervenciones corporales que afectan derechos fundamentales, en tanto implican una injerencia del Estado sobre el cuerpo del imputado, deben ser de monopolio jurisdiccional por ser el garante de los derechos y libertades individuales. Igual postura asumen Rojas y García⁶⁰⁶ considerando que justamente será la intervención jurisdiccional la que garantice a los individuos que no serán objeto de intromisiones arbitrarias de la actividad estatal en la averiguación de los delitos. Sin perjuicio de ello, morigeran su posición admitiendo que, por razones de urgencia, se podrán disponer estas medidas, pero en estos supuestos será necesario el control jurisdiccional posterior sobre la necesidad o urgencia del caso⁶⁰⁷.

Distinta ha sido la postura de Maier⁶⁰⁸ quien estima que dependerá de la medida de intervención corporal de que se trate toda vez que, si es de importancia, corresponderá al órgano jurisdiccional disponerla. En cambio, si se trata de una medida de menor importancia puede ser ordenada por la fiscalía a quien le compete la investigación preliminar o, incluso en caso de urgencia, por los funcionarios policiales y deberá ser el tribunal que intervenga con posterioridad quien resuelva, *ex post*, si dichas razones de urgencia se verificaron en el caso concreto, pues de ello dependerá la posibilidad de darle valor probatorio a la misma.

⁶⁰⁵ TAPIA, Juan Francisco, “Extracciones hemáticas compulsivas...”, op.cit., p.127.

⁶⁰⁶ ROJAS, Ricardo, GARCÍA, Luis M., “Las inspecciones corporales en el proceso...”, op.cit., p.208.

⁶⁰⁷ Coincide Máximo Langer afirmando que es necesario el control jurisdiccional posterior sobre la razonabilidad de la medida y la urgencia que justificó su práctica sin orden judicial. (LANGER, Máximo, “La requisita personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal”, *Nueva Doctrina Penal*, 1996/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, p.245).

⁶⁰⁸ MAIER, Julio, “*Nemo tenetur* e investigación de la filiación...”, op.cit., p.147.

Coincidentemente afirma Martín Pastor⁶⁰⁹ que la posterior decisión jurisdiccional no sólo debe abarcar el análisis de la proporcionalidad de la medida sino también su oportunidad, es decir, deberá confirmar o no si efectivamente existió una situación de urgencia que impidió en el caso concreto solicitar la pertinente orden judicial.

De tal forma, estas razones de urgencia deben ser verificables *ex ante*, es decir, que la imposibilidad de postergar la realización de una intervención corporal puede realizarse sin orden judicial en tanto el riesgo de su aplazamiento pueda ser valorado en función de los parámetros de razonabilidad y necesidad. Así lo sostiene Pérez Marin ya que considera que “[...] en determinados supuestos de urgencia o ante el peligro de frustrar la investigación o la finalidad probatoria, la reserva judicial puede ceder en beneficio del Ministerio Fiscal – que, en cualquier caso, actúa siempre bajo el principio de legalidad- o, incluso, de la Policía Judicial cuando actúe en el ejercicio de sus funciones”⁶¹⁰.

Vemos asimismo que la CIDH se ha referido al tema en el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, concluyendo que *[...] como criterios generales, las normas internas de los Estados Miembros deben limitar el registro corporal exclusivamente a aquellas situaciones en que sea estrictamente necesario su ejecución, en función del cumplimiento a medidas de resguardo para garantizar la seguridad de cualquier persona involucrada en un procedimiento policial. El personal encargado de ejecutar el registro deberá tomar las medidas necesarias para evitar cualquier tipo de situación que pueda*

⁶⁰⁹ MARTÍN PASTOR, José, “Sobre los registros, las inspecciones y las intervenciones corporales, en la jurisprudencia constitucional y en nuestra legislación procesal”, *La salud: intimidad y libertades informativas* (Dir. Carmen Tomás-Valente Lanuza), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.122

⁶¹⁰ PÉREZ MARIN, María Ángeles, “El ADN como método de identificación en el proceso penal”, *Revista Do Ministério Público*, Sindicato Dos Magistrados do Ministério Público, Portugal, nº132, Octubre-Diciembre, 2012, p.140.

*vulnerar el derecho a la intimidad o a la dignidad de la persona sometida al procedimiento de registro*⁶¹¹.

Anteriormente, la CIDH lo había sostenido en el ya citado Informe n° 38/96 considerando que [...] *para realizar una inspección corporal intrusiva, que había sido suspendida debido al peligro de infección del personal de la penitenciaría, es necesario que haya una orden judicial. En principio, un juez debería evaluar la necesidad de llevar a cabo esas inspecciones como requisito ineludible para una visita personal sin infringir la dignidad e integridad personal del individuo. La Comisión considera que las excepciones a esta regla deberían estar expresamente establecidas por ley*⁶¹².

b. Actuación del Ministerio Público conforme los ordenamientos procesales provincial y nacional

Como podemos advertir a estas instancias y, después de lo sostenido *supra*, ninguna duda cabe que el Ministerio Público carece de la imparcialidad y equidistancia necesaria para disponer medidas que afecten derechos fundamentales y que sólo razones de urgencia o de estricta seguridad justificarían la decisión de la práctica sin control jurisdiccional. Sin embargo, la legislación procesal mendocina, a diferencia de la ley nacional, nada ha reglamentado sobre el tema. A punto tal ello es así, que ninguna medida probatoria –ni siquiera aquellas que se consideran definitivas e irreproductibles y que tendrán valor probatorio en la sentencia-, deben ser autorizadas por el Juez de Garantías a pedido del Fiscal de Instrucción. Por el contrario, este puede disponerlas sin

⁶¹¹ CIDH, Informe n°57, de 31 de diciembre de 2009, párr.72.

⁶¹² CIDH Informe n°38/96, Argentina, de 15 de octubre. Agrega incluso la Comisión que *[c]uando no existe control y la decisión de someter a una persona a ese tipo de revisión íntima queda librada a la discreción total de la policía o del personal de seguridad, existe la posibilidad de que la práctica se utilice en circunstancias innecesarias, sirva de intimidación y se constituya en una forma de abuso.*

ningún control siempre que considere que se trata de medidas pertinentes y útiles⁶¹³.

Esta falta de atribución legislativa al órgano jurisdiccional de aquellas medidas que afectan derechos fundamentales ha sido convalidada por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que expresamente ha resuelto que la [...] *norma procesal no ha legislado que la autoridad judicial que disponga esta medida sea sólo el Juez de Garantías como propone la defensa sino que el CPP mendocino a partir de la reforma de la Ley n° 6730, ha colocado al Ministerio Público como investigador, es decir, le ha propuesto fundamentalmente una actitud investigativa. Y dentro de las facultades de investigación, el Ministerio Público en la etapa instructoria puede reunir elementos que servirán de base a sus requerimientos (artículo 340 del CPP) y practicará y hará practicar todos los actos que considere necesarios y útiles para la investigación, salvo aquellos que la ley atribuya a otro órgano judicial (artículo 341 CPP)*⁶¹⁴.

No compartimos la decisión adoptada en tanto no se ha ingresado en el fondo de la cuestión relativa a si el Ministerio Público, como parte en el proceso, puede disponer medidas que afecten a derechos fundamentales. Por el contrario, simplemente se limita a señalar que así lo ha dispuesto el legislador, pero ello no

⁶¹³ La legislación procesal exige la intervención del órgano jurisdiccional en los casos de allanamiento de domicilio puesto que esta orden solo puede ser otorgada por el Juez de Garantías. La intervención del Juez se encuentra expresamente prevista en la Constitución de Mendoza, por esta razón no se ha podido ignorar el mandato constitucional y así lo ha tenido que reglamentar el legislador ordinario en el Código procesal. Art. 14 CMza: “El domicilio es inviolable, y sólo podrá ser allanado en virtud de orden escrita de Juez competente o de autoridad sanitaria o municipal, por razones de salubridad pública.

La ley determinará los casos y forma de practicarse el allanamiento.

La orden deberá ser motivada y determinada, haciéndose responsable en caso contrario, tanto al que la expida como al que la ejecute.”

⁶¹⁴ SCJMza, LS 416-008. Sin ingresar en un análisis más profundo, concluye el Máximo Tribunal de la Provincia en la misma Sentencia que [...] *el CPP dispone expresamente que en el caso del allanamiento de morada la orden será dictada por decreto fundado de Juez competente. Pero en los supuestos de inspección corporal y mental del artículo 211 citado, el legislador no ha dispuesto ninguna limitación al Ministerio Público –como interpretan los recurrentes– en razón que puede incluso realizar sin necesidad de requerirle al juez los actos definitivos e irreproductibles, con arreglo a las disposiciones referidas a la intervención de las partes [...] Por lo tanto, si el Fiscal de Instrucción puede practicar los actos irreproductibles o definitivos referidos, también puede realizar los reproductibles y que no son definitivos, como por ejemplo la extracción de muestras de sangre para estudio de ADN.*

es suficiente, no debemos obviar que la jurisdicción cumple el papel de garante de los derechos fundamentales de todos los individuos y, como tal, debe analizar si la ley es coherente con la Constitución. Como bien sostiene Ferrajoli es necesaria la “[...] interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, es deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad”⁶¹⁵.

Lamentablemente el Máximo Tribunal de la Provincia ha perdido una oportunidad inmejorable para hacer un verdadero análisis de la normativa procesal bajo el tamiz constitucional y fijar los verdaderos límites que debe tener el Ministerio Público, en su calidad de parte en el proceso, en un sistema acusatorio.

A diferencia de la legislación procesal provincial, en el orden nacional entendemos que se ha establecido el equilibrio necesario entre las partes del proceso, garantizando la paridad de armas y el ineludible control del órgano jurisdiccional como tercero imparcial e independiente. En este sentido, si bien el legislador ha colocado en cabeza del Ministerio Público la adquisición probatoria durante la etapa de investigación penal preparatoria⁶¹⁶, lo cierto es que esta facultad no es absoluta pues en determinados supuestos se requiere autorización jurisdiccional.

⁶¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...*, op.cit., pp.26 y ss.

⁶¹⁶ Art. 128 CPP Nación: Reglas sobre la prueba “La recolección y admisibilidad de la prueba se ajustará a las siguientes reglas procesales:

- 1). la recolección de los elementos de prueba estará a cargo del representante del Ministerio Público Fiscal que actuará bajo los principios de objetividad y buena fe, y deberá requerir orden judicial previa sólo en los casos en que este Código así lo establece;
- 2). las demás partes podrán recolectar por sí las pruebas que consideren necesarias y solo recurrirán al representante del Ministerio Público Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, según el caso, si fuese necesaria su intervención; la prueba producida por la querrela se incorporará como anexo al legajo del Ministerio Público Fiscal; la defensa tendrá su propio legajo de prueba;
- 3) [...]”.

Considera Pastor⁶¹⁷ que uno de los temas más conflictivos de la instrucción a cargo del fiscal es todo lo atinente a la cuestión probatoria, pues si bien es una autoridad pública, en la práctica es quien decide qué investigar y cuáles serán los medios que va a utilizar, contando para ello con las fuerzas de seguridad. Agrega el autor que, por todas estas facultades, el Código desconfía del Fiscal y le recuerda que debe proceder con buena fe y objetividad, sin perjuicio de exigir la intervención del órgano jurisdiccional cuando el caso así lo exija.

Y justamente estos casos previstos en la normativa procesal nacional en los cuales se requiere autorización jurisdiccional son, entre otros, la prueba de ADN y los exámenes corporales⁶¹⁸. En ambos supuestos, es necesario que previo a la realización de la medida, el imputado sea informado de los derechos que le asisten y, si presta su consentimiento para la práctica, la misma podrá ser ordenada por el representante del Ministerio Público Fiscal. Sin embargo, si se negare, deberá solicitarse autorización al Juez quien habrá de resolver teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, en base a los parámetros de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad y siempre que no existiere riesgo para la salud o dignidad del imputado.

Entendemos que la legislación nacional permite una adecuada protección de los derechos que asisten al imputado puesto que, la necesaria intervención del Juez de Garantías, ante su negativa a someterse a una medida de investigación corporal, permite que sea un tercero imparcial e independiente quien analice si la medida dispuesta por el Ministerio Público resulta razonable. No podemos olvidar que, aun cuando el Fiscal de Instrucción es un órgano judicial, también ejerce un rol de parte en el proceso penal con todas las implicancias que ello tiene.

⁶¹⁷ PASTOR, Daniel, *Lineamientos del nuevo Código Procesal...*, op.cit., pp. 78 y ss.

⁶¹⁸ *Vid* art. 169 CPPNación transcripto en nota 228 y art. 175 CPPNación transcripto en nota 124.

La ineludible intervención jurisdiccional para disponer medidas que afectan derechos fundamentales, incluso ha sido puesta de resalto por la doctrina española frente a la posibilidad de que se coloque en cabeza del Ministerio Público la investigación penal. En este sentido, afirma Etxeberría Guridi⁶¹⁹ que en el supuesto que se atribuya la competencia de la fase instructoria al Ministerio Fiscal es necesario mantener la reserva jurisdiccional no sólo para los supuestos en que la Constitución los prevea expresamente, sino también para aquellos casos en que se produce una restricción de derechos fundamentales de tal entidad que sea necesaria la intervención del juez. Considera el autor que, afirmar lo contrario, implicaría que la reserva jurisdiccional no es producto de la naturaleza de los derechos afectados sino de la mera circunstancia formal de quien tiene a su cargo la fase de investigación⁶²⁰.

Puede concluirse, entonces, que la posibilidad de disponer medidas que puedan significar una afectación a los derechos fundamentales del imputado debe estar necesariamente sujeta al control jurisdiccional. La condición de parte del Ministerio Público en el proceso –sin perjuicio de su independencia y objetividad–, requiere la intervención de un tercero imparcial que determine la razonabilidad y proporcionalidad de este tipo de medidas cuando las mismas hayan sido dispuestas por el Fiscal durante la investigación penal preparatoria.

⁶¹⁹ ETXEBERRIA GURIDI, José, *Los análisis de ADN...*, op.cit, p.148.

⁶²⁰ Coincide Gil Hernández pues entiende que el Fiscal de Instrucción deberá ser respetuoso de las normas constitucionales que le atribuyen a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de restringir determinados derechos fundamentales, por ello seguiría siendo necesaria la figura del Juez para la adopción de aquellas medidas restrictivas de tales derechos. (GIL HERNÁNDEZ, Ángel, *Intervenciones corporales...*, op.cit., p.57). En igual sentido, afirma Iglesias Canle que “[...] en el hipotético caso en que la instrucción se le encomiende al Ministerio Fiscal, tales diligencias deben reservarse al juez de instrucción por consistir precisamente en actuaciones que comportan una importante restricción de derechos fundamentales y por tratarse de medios de obtención y aseguramiento o anticipación de la prueba y, si bien puede discutirse que se trate de actos en los que no se ejerce propiamente la potestad jurisdiccional, están claramente orientados a influir en su ejercicio.” (IGLESIAS CANLE, Inés, *Investigación penal sobre el cuerpo humano...*, op.cit., p.73) Así incluso ha sido regulado en el proyecto español de Código Procesal Penal de 2013, estableciéndose la necesidad de autorización del Tribunal de Garantías para los exámenes radiológicos, la exploración y observación de cavidades anal y vaginal y las intervenciones corporales.

Frente a la omisión del legislador provincial sobre el tema, consideramos que la ley nacional resguarda en mayor medida los derechos del imputado en tanto exige la intervención del Juez ante la falta de consentimiento para someterse a la práctica de cualquier medida de investigación corporal. Si bien el ideal es que, siempre en este tipo de diligencias, se requiera la autorización jurisdiccional, es posible aceptar que el consentimiento del imputado puede suplir ésta, siempre y cuando, previamente se le haya hecho conocer todos los derechos que le asisten y haya estado debidamente asistido por su defensor.

Éste sería el único supuesto que podría admitirse de excepción. Y decimos ello toda vez que, las razones de urgencia que pudieran justificar la falta de autorización jurisdiccional, deben ser convalidadas por el Juez de Garantías con posterioridad a su práctica. Con lo cual, incluso *ex post*, la autorización del Juez será necesaria a fin de resguardar los derechos del imputado frente a al ejercicio del *ius puniendi*. Coincidimos en este sentido con Ohman⁶²¹ en que toda medida de injerencia coactiva debe ser ordenada por el órgano jurisdiccional pues se trata de actividades que comprometen la dignidad humana y, por dicha razón, requieren de un previo análisis a fin de determinar la proporcionalidad de la medida en función con las necesidades probatorias.

2.3 Motivación de la decisión judicial

Teniendo en cuenta la importancia de la intervención del órgano jurisdiccional para disponer la práctica de tales medidas, esta intervención no puede agotarse en lo meramente formal, requiere de algo más en aras de resguardar los derechos fundamentales. Y ese “algo más” lo constituye, sin duda

⁶²¹ OHMAN, Natalia, “¿Es necesaria la orden judicial ante la extracción compulsiva de sangre?”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, La intervención penal preparatoria. Función de las policías-II, Año 2012-, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.353.

alguna, la motivación de la decisión adoptada en el caso sometido a su consideración.

Ahora bien, esta exigencia es igualmente predicable del Ministerio Público pues en el supuesto que el imputado haya prestado su consentimiento –conforme la ley nacional-, o bien tomemos la regulación de la Provincia que le otorga la facultad directamente al Fiscal de Instrucción, ello no lo exime de tener que dar las razones por las cuales dispone la práctica de cualquier medida de investigación corporal.

Como afirma Maier⁶²², motivar una resolución significa dar los fundamentos de hecho y de derecho que justifican esa decisión, es decir, tornar públicas las razones por las cuales se ha llegado a dar una determinada solución al caso planteado. Según el autor, ello no significa agotar los argumentos planteados por las partes, pero sí expresar con precisión los motivos que se tuvieron en cuenta para resolver en un sentido determinado, acreditando que se ha ocupado con seriedad del contradictorio establecido en el proceso penal. La Cámara Nacional de Casación Penal ha dicho que *[...] motivar o fundamentar las resoluciones judiciales implica asentar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que ellas contienen. En otras palabras, importa la obligación de consignar las causas que determinan el decisorio o exponer los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan la resolución, esto es, las razones que poseen aptitud para legitimar el dispositivo*⁶²³.

El primer fundamento constitucional lo encontramos en el sistema republicano de gobierno, que nos rige tanto en el orden nacional como en el provincial. En efecto, una de las características fundamentales es la posibilidad de control de los actos de gobierno de cada uno de los integrantes de los Poderes

⁶²² MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal...*, op.cit., Tomo III, p.335.

⁶²³ CNCP, Sala III, “T. s/recurso de casación”, 12/07/99.

del Estado. El Poder Judicial, como Poder del Estado, se encuentra sujeto a este control ya que las decisiones de los Tribunales constituyen, en el sentido indicado, actos de gobierno. Indudablemente la fundamentación de las decisiones judiciales es lo que va a permitir el debido control.

Así lo ha resuelto la Cámara Nacional de Casación Penal [...] *motivar las sentencias posibilita y asegura el control republicano sobre la conducta de los jueces, pues tal exigencia permite exhibir cómo ha sido estudiada la causa, si se han respetado los límites de la acusación, si se valoraron las pruebas sin descuidar elementos decisivos o fundamentales, si se ha razonado con logicidad y teniendo en cuenta los principios de la experiencia, y también si se han aplicado las normas legales según un justo criterio de adecuación*⁶²⁴.

Siendo ello así, la legislación procesal establece las diferentes resoluciones que pueden dictar los distintos órganos judiciales y la fundamentación que se exigirá a cada una de dichas decisiones⁶²⁵. Si bien la ley determina normas

⁶²⁴ CNCP, Sala III, “S., M. s/recurso de casación”, 18/02/00.

⁶²⁵ Art. 154 CPPMza: Resoluciones “Las decisiones del Tribunal serán dadas por sentencia, auto o decreto. Dictará sentencia para poner término al proceso; auto para resolver un incidente o artículo del mismo, o cuando este Código lo exija; decreto, en los demás casos o cuando esta forma sea especialmente prescrita.”

Art. 155 CPPMza: Fundamentación “El Tribunal deberá fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias y los autos. Los decretos deberán serlo, bajo la misma sanción, cuando la Ley lo disponga.

En las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario, debiendo firmarse según lo dispone el artículo siguiente.”

Art.167 CPPMza: Forma de Actuación “Los representantes del Ministerio Público formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, bajo pena de nulidad; nunca podrán remitirse a las decisiones del Juez; procederán oralmente en los debates y en los recursos, cuando corresponde, y por escrito en los demás casos.

Las resoluciones del Fiscal de Instrucción serán dadas por decreto, el cual deberá ser fundado cuando esta forma sea especialmente prescrita, bajo sanción de nulidad.

La falta de firma, producirá la nulidad de los requerimientos y resoluciones.

Sin perjuicio de lo expresado, los decretos de mero trámite podrán ser suscriptos únicamente por el secretario de la fiscalía.

Los actos procesales que comprende el presente artículo podrán ser firmados en forma digital o electrónica.”

Art.105 CPPNación: Resoluciones jurisdiccionales “Las resoluciones jurisdiccionales contendrán:

- a) el día, lugar e identificación del proceso;
- b) el objeto a decidir y las peticiones de las partes;
- c) la decisión y su motivación;
- d) la firma del juez.

generales, en el caso particular de las medidas de investigación corporal, lo cierto es que la decisión del órgano decisor –sea el Juez o el Fiscal de Instrucción-, deberá encontrarse debidamente motivada, teniendo en cuenta que la misma afecta directamente derechos fundamentales, por lo que no sólo está en juego el control republicano de los actos de gobierno sino también el derecho de defensa en juicio.

Si aceptamos que para disponer la detención o la prisión preventiva se requiere que se den las razones que justifican la adopción de una medida limitativa de la libertad individual, no es menos exigible, que para disponer de medidas que pueden afectar el derecho a la intimidad o la integridad personal, deban igualmente exponerse, en forma clara y precisa, los argumentos en virtud de los cuales se llega a tomar esa decisión.

En otras palabras, el deber de motivar las decisiones judiciales implica dar las razones de hecho y de derecho en que se ha basado el órgano decisor para adoptar una resolución determinada. Y los fundamentos dados permitirán a las partes analizar la legalidad y la falta de arbitrariedad de la decisión. Entiende Coussirat que resulta “[...] imprescindible la motivación para poder advertir la corrección o incorrección de discurrir del órgano decisor y por lo tanto ese conocimiento pone a las partes en posición de poder ejercer el derecho a recurrir”⁶²⁶. Coincide Ferrajoli⁶²⁷, al considerar que justamente la motivación es lo que permite el control de las decisiones judiciales, tanto en derecho por violación de la ley o defectos en su interpretación, como en hecho ya sea por

Las resoluciones jurisdiccionales que requieran un debate previo o a producción de prueba se adoptarán en audiencia pública, con la asistencia ininterrumpida del juez y las partes, garantizando el principio de oralidad, contradicción, publicidad, inmediación y simplicidad. El juez no podrá suplir la actividad de las partes, y deberá sujetarse a lo que haya discutido. Los fundamentos de las decisiones quedarán debidamente registrados en soporte de audio o video, entregándose copia a las partes.

Las resoluciones jurisdiccionales expresarán los fundamentos de hechos y de derecho en que se basen. La fundamentación no podrá ser reemplazada con la simple relación de documentos, invocación de las solicitudes de las partes, afirmaciones dogmáticas, expresiones rituales o apelaciones morales.”

⁶²⁶ COUSSIRAT, Jorge, *Código Procesal Penal comentado...*, op.cit., Tomo I, p.505.

⁶²⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, op.cit., p.623.

insuficiencia de pruebas o bien por una inadecuada explicación del nexo entre las pruebas y la decisión tomada.

De tal forma, la falta de motivación vulnera, sin duda alguna, el derecho de defensa pues se le impide al imputado conocer cuáles han sido las razones que justifican el sentido de la decisión y cómo el Tribunal ha llegado a dicha solución en el caso concreto, privando a las partes la posibilidad de cuestionar la racionalidad y necesidad de la medida oportunamente dispuesta. Así lo ha resuelto nuestro Máximo Tribunal considerando que [...] *si los jueces estuvieran facultados a expedir las órdenes sin necesidad de fundamentación, la intervención judicial carecería de sentido, pues no constituiría control ni garantía alguna*⁶²⁸.

Tampoco ha sido ajeno el tema en los fallos de la Corte IDH pues, como bien sostiene Ibáñez Rivas⁶²⁹ el deber de motivar las resoluciones es una de las garantías judiciales vinculadas con la correcta administración de justicia para resguardar el derecho a un debido proceso. En este sentido, ha resuelto que [...] *las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión*⁶³⁰.

Si bien en un fallo posterior, la Corte IDH volvió a analizar el deber de motivación⁶³¹, lo cierto es que morigeró este deber al considerar que no se exige

⁶²⁸ CSJN Fallos 333:1674. Si bien en este caso la CSJN resolvió sobre una intervención telefónica que se había solicitado en base a una denuncia anónima sin haber realizado ninguna actividad investigativa para corroborarla, estos conceptos también resultan aplicables a las medidas de investigación corporal en tanto y en cuanto resulta necesario el debido control jurisdiccional de las circunstancias que en cada caso justifiquen la práctica de las mismas.

⁶²⁹ IBAÑEZ RIVAS, Juana María, *Convención Americana sobre...*, ob.cit., p.230.

⁶³⁰ Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 107.

⁶³¹ Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, resolvió que [...] *la motivación es la exteriorización de la*

una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha.

Aun así, igualmente el contenido de una resolución, o las razones que la justifican, no pueden constituir una fundamentación meramente aparente pues la decisión deberá analizar en cada caso si la misma resulta razonable, teniendo en cuenta no solamente el delito investigado sino también el grado de sospecha que pesa sobre el imputado. Igualmente deberá contemplar la posibilidad de utilizar una medida menos invasiva e igualmente eficaz en el caso concreto. En este sentido, afirman Romeo Casabona y Romeo Malanda⁶³² que la resolución deberá hacer referencia tanto al análisis del grado de sospecha como a los principios de idoneidad, proporcionalidad y mínima intervención, como así también a la medida en que debe realizarse y la forma de su ejecución.

Como vemos, la exigencia de motivación resulta un presupuesto ineludible de validez de la medida dispuesta que debe contener un doble análisis: el primero es propiamente de legalidad, es decir, si la medida se encuentra prevista por la legislación procesal y, en segundo lugar, un análisis de proporcionalidad, lo cual implica determinar si la misma resulta idónea, razonable y necesaria en el caso concreto, teniendo en cuenta el grado de sospecha existente, la gravedad del delito y la afectación de los derechos fundamentales.

justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. [...] la argumentación de un fallo debe demostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso (párr. 77 y 78).

⁶³² ROMEO CASABONA, Carlos, ROMEO MALANDA, Sergio, *Los identificadores del ADN...*, op.cit., p. 80.

A pesar de ello, la CSJN ha sido bastante más tolerante en cuanto a la exigencia de plasmar las razones que justifican su decisión en la resolución, cuando los motivos pueden encontrarse en las constancias de la causa⁶³³. Sin embargo, entendemos que esta jurisprudencia no puede trasladarse, sin más, a la decisión de medidas de investigación corporal por cuando no puede equipararse el ámbito de privacidad de un domicilio o recinto privado con el propio cuerpo del imputado. Justamente, por tratarse de lo más íntimo de un individuo, debe extremarse el análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida y éste no surge de las constancias que pudieran existir en la causa sino de la valoración judicial.

Tampoco puede soslayarse que al tratarse de medidas que se practican sobre el cuerpo humano, adquiere relevancia todo lo atinente a la salud del imputado en tanto la propia ley procesal establece como condición de su práctica que no exista ningún riesgo para la salud, lo cual nos lleva nuevamente a la necesidad de un examen, por parte del órgano judicial, que excede de la mera remisión a las constancias de un expediente. Dicho de otro modo, el contenido de la investigación podrá determinar la pertinencia de la medida, pero no podrá establecer si, en el supuesto ordenado, la práctica de la misma se ajusta a los principios de proporcionalidad y razonabilidad que permitan al imputado analizar si la misma resulta arbitraria o no.

En la legislación nacional, es la propia ley que le exige este análisis a fin de poder limitar o restringir algún derecho fundamental pues, expresamente

⁶³³ CSJN “Minaglia”, Fallos 322:3225. Si bien fue una decisión jurisdiccional vinculada con un allanamiento de morada, al analizar la motivación de la medida, sostuvo que [...] *la garantía de la inviolabilidad del domicilio exige que las órdenes de allanamiento emanen sólo de los jueces y que las resoluciones que las dispongan deben ser siempre fundadas, pero aclarando, respecto de esto último, que para determinar la concurrencia de tal requisito los jueces deben examinar las constancias del proceso y valorar la concatenación de los actos de acuerdo con la sana crítica racional y las reglas de la lógica, las que se verían alteradas de anularse un procedimiento por la supuesta falta de fundamentación del auto que ordena el allanamiento cuando, como en el caso, ese respaldo está dado o puede encontrarse, en las constancias de la causa anteriores al decreto cuestionado*

establece que las facultades que se reconocen en ese sentido, deben ejercerse de conformidad con los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad. De tal forma, si el Ministerio Público Fiscal ordena alguna medida de investigación corporal, deberá dar las razones de su práctica con base en tales fundamentos y siempre que no exista riesgo para la salud ni afecte la dignidad del imputado. Éste podrá prestar su consentimiento luego de haber sido debidamente informado de sus derechos y, en el supuesto que no lo acepte, será el Juez quien deberá resolver sobre la cuestión teniendo en cuenta los argumentos aportados por el Fiscal de Instrucción y las razones de la negativa del imputado.

Como puede advertirse, la motivación de la decisión judicial debe surgir necesariamente de la propia resolución por lo que no podría alegarse la jurisprudencia de la CSJN para remitirse a las constancias de la causa y, así, omitir dar las razones que justifican la resolución.

Consideramos igualmente que, aun cuando en la legislación provincial no se establece exigencia alguna, resulta ineludible la necesidad de que el Fiscal de Instrucción disponga motivadamente la práctica de cualquier medida de investigación corporal. Ello surge de los derechos y garantías constitucionales que se encuentran por encima de la legislación procesal, toda vez que no puede resultar ajustado a derecho que la ley exija resoluciones motivadas para disponer, por ejemplo, el registro de un lugar⁶³⁴ o la privación de libertad de una persona⁶³⁵ y no contenga la misma exigencia cuando se trata del cuerpo del imputado. Por ello, es posible afirmar que la decisión del Fiscal de Instrucción debe encontrarse debidamente fundada a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad.

⁶³⁴ Art. 216 CPPMza: Registro “Si hubiere motivos suficientes para presumir que en determinado lugar existen cosas pertenecientes al delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción si no fuere necesario allanar el domicilio, ordenarán por decreto fundado, bajo pena de nulidad, el registro de ese lugar.”

⁶³⁵ Art. 284 CPPMza: Detención “Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado de la comisión de un hecho punible, se ordenará su detención por decreto fundado...”.

Asimismo, entendemos que esta decisión del Ministerio Público puede ser cuestionada ante el Juez de Garantías pues se encuentran en juego derechos fundamentales, y es ese órgano jurisdiccional, quien deberá decidir en función de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

2.4 Ejecución de la medida

Las medidas de investigación corporal constituyen, en su gran mayoría, prueba científica pues requieren de especiales conocimientos para su práctica. Salvo una inspección corporal que tenga por finalidad determinar las características físicas de una persona como podría ser, la existencia de un tatuaje o de una cicatriz, el resto de medidas de investigación, sea que se trate de una extracción sanguínea, una exploración radiológica o un estudio cerebral, no pueden ser practicadas por cualquier persona, sino que se requerirá la intervención de personal médico especializado.

Así ha sido puesto de manifiesto en las Reglas de Mallorca en cuanto exige que la intervención corporal sea siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la *lex artis*. En el mismo sentido, la *Recomendación del Consejo de Europa N° R (92)1* sobre la utilización de los análisis de ADN dentro del marco de la Administración de Justicia Penal hace especial hincapié en la necesidad de que estos análisis sean realizados por laboratorios especializados⁶³⁶.

⁶³⁶ Art. 6 R (92)1: *Acreditación de los laboratorios e instituciones y control de los análisis* “El análisis de ADN es una técnica científica avanzada que únicamente debe ser realizada por laboratorios que posean instalaciones y experiencia apropiadas.

Los Estados miembros deberán garantizar que se elabore una relación de laboratorios o instituciones acreditadas que satisfagan los criterios siguientes:

- Elevada formación y capacitación profesional, junto con los apropiados procedimientos de control de calidad.
- Calidad científica.
- Adecuada seguridad de las instituciones y de las sustancias objeto de la investigación.
- Adecuadas medidas de protección que garanticen la total confidencialidad en relación con la identificación de la persona a la que se refiera el resultado del análisis de ADN.
- Garantías de que se observan los requisitos establecidos en la presente Recomendación.

Es por ello que las legislaciones procesales establecen expresamente la necesidad de la intervención de peritos o personal sanitario a fin de resguardar la salud de la persona sometida a dicha práctica y, siempre y cuando la misma no implique un riesgo para su salud, puesto que en tales supuestos no podrá realizarse, ni aun mediando consentimiento del imputado⁶³⁷.

En general la doctrina coincide en este aspecto toda vez que, la intervención de un facultativo, resulta imprescindible a fin de garantizar la dignidad, el pudor y la salud del imputado. Así lo afirma Huertas Martín⁶³⁸ al considerar que la mejor manera de respetar la dignidad y el pudor del imputado es que la práctica sea realizada por personal cualificado y, en el supuesto de que se trate de intervenciones corporales más complejas, es necesario la intervención de un médico que además debe actuar conforme a las reglas propias de su profesión. Concuera Gaitán⁶³⁹ entendiendo que, más que un recaudo formal, se trata en realidad de un requisito sustantivo vinculado a las condiciones en las cuales debe practicarse una medida de investigación corporal.

No resulta un aspecto menor el respeto a la dignidad y el pudor del imputado. Muchas veces la medida a realizar, aun cuando no sea compleja desde el punto de vista médico, resulta fuertemente intrusiva -basta pensar en una exploración anal o vaginal-, con lo cual la intervención de personal cualificado

Los Estados miembros deberán establecer un medio de ejercer una supervisión periódica de sus laboratorios acreditados.”.

⁶³⁷ En el ámbito provincial, el art.14 de Ley n° 8.611 Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas establece que: Autorizados “Las huellas genéticas digitalizadas sobre muestras biológicas extraídas, se practicarán en el Laboratorio de Genética Forense del Ministerio Público Fiscal del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza o en los organismos públicos autorizados al efecto con los cuales se celebrarán los convenios necesarios.

Para realizar los exámenes genéticos el/los laboratorios deberán estar acreditados, basándose en recomendaciones de entes y sociedades nacionales e internacionales en la materia. Se establece un plazo no mayor a tres (3) años a partir de la presente Ley para dicha acreditación.”

⁶³⁸ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo del proceso...*, op.cit., pp. 398 y ss.

⁶³⁹ GAITÁN, Mariano, “La legitimidad de las pruebas genéticas sin consentimiento de la víctima según los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, *Las pruebas genéticas en la identificación...*, ob.cit., p.325.

tiene una enorme incidencia en el respeto al pudor, más allá de las consecuencias físicas o para la salud que pudiera acarrear. Justamente la CIDH en el Informe n° 38/96 lo puso de resalto al analizar las revisiones vaginales practicadas por personal de las fuerzas de seguridad a las visitas que ingresaban al Centro Penitenciario⁶⁴⁰.

La jurisprudencia de la CSJN no ha mencionado expresamente la necesidad de la intervención de personal de la salud sino que lo ha dado por supuesto para descartar la afectación a algún derecho fundamental, resolviendo que *[...] tampoco se observa la afectación de otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen*⁶⁴¹.

Ya hemos criticado con anterioridad la falta de profundidad en el desarrollo de los argumentos sostenidos por nuestro Cívero Tribunal. En temas tan controvertidos como los expuestos aquí, que suponen una tensión entre los derechos fundamentales de la persona sometida a proceso y el interés social en la persecución y castigo de los responsables de la comisión de un hecho delictivo, era de esperar un mayor análisis de la CSJN, en su calidad de Máximo Tribunal del país. Sin embargo, ello no ha ocurrido a diferencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que ha dado respuesta a los cuestionamientos constitucionales planteados.

⁶⁴⁰ CIDH, Informe 38/96, Caso 10.506, Argentina, de 15 de octubre, dijo al respecto que *[...] la Comisión insiste que la realización de este tipo de requisa corporal invasiva, como la aplicada cuando las autoridades todavía realizaban inspecciones de esta naturaleza, sólo pueden estar a cargo de profesionales de la salud, con estricta observancia de seguridad e higiene, dado el posible riesgo de daño físico y moral a una persona* (párr.84).

⁶⁴¹ CSJN Fallos 318:2518.

Concretamente vinculado con la forma de ejecución de una medida de investigación corporal, el Tribunal Constitucional español ha puesto de resalto la necesidad de que sea practicado por personal sanitario y, en el caso de intervenciones graves, deberá ser personal médico especializado cuando así se requiera⁶⁴². Como puede afirmarse, la intervención de personal cualificado para realizar las medidas de intervención corporal resulta un presupuesto ineludible y a mayor gravedad de la intervención dispuesta, mayor deberá ser la cualificación, por lo que será preciso que el personal médico que lleve a cabo la práctica tenga la especialización requerida para esa medida concreta.

Este requisito no sólo garantiza el éxito de la práctica sino, fundamentalmente, resguarda el derecho a la salud del imputado y resulta respetuoso de su dignidad y su pudor. Tanto en el ámbito de la justicia nacional como provincial, existen Cuerpos Médicos Forenses que se encuentran bajo la órbita del Poder Judicial, prestando sus servicios a requerimiento de los Magistrados. Ello, sin perjuicio que las partes puedan proponer los peritos de control que consideren pertinentes cuando se ordene la práctica de alguna de estas medidas de investigación corporal.

3. Principio de proporcionalidad

3.3 Contenido

Hemos desarrollado hasta aquí los presupuestos de validez que podríamos denominar formales, es decir, la necesidad de previsión legislativa y el órgano encargado de disponer la medida hace a la formalidad del acto en sí. El cumplimiento de los aspectos formales resulta necesario para otorgar validez al

⁶⁴² STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4-F.

acto, pero no es por sí solo, suficiente pues será indispensable determinar también el cumplimiento de presupuestos sustanciales. Dicho de otro modo, que la medida de investigación corporal se encuentre prevista en la ley y haya sido ordenada por el órgano competente no basta para que la misma tenga validez.

Ello es así porque habrá que precisar si en el caso concreto, esa medida resulta conforme a derecho. Entra aquí en juego el principio de proporcionalidad por constituir un límite a toda intervención estatal que afecte derechos fundamentales. Bien hemos dicho que, en todo proceso penal existen intereses en tensión, por un lado, el de la sociedad en el castigo de aquellas personas que incurren en conductas delictivas y, por otro, el interés del individuo en el respeto a sus derechos fundamentales.

Y precisamente esta tensión debe resolverse en función del principio de proporcionalidad pues permitirá determinar cuál es el grado de afectación o limitación de derechos fundamentales que resulta adecuado en un Estado de Derecho. En palabras de Gil Hernández constituye “[...] la ponderación entre los intereses en juego para que la limitación de los derechos no tenga cabida en todo caso, sino sólo frente a adecuadas exigencias del interés estatal y, en todo caso, siempre que se haya intentado, o no quepan, otros medios que impliquen evitar una lesión en los Derechos del individuo, así como que la medida por la que se produce la limitación de aquéllos sea también adecuada”⁶⁴³.

De la misma opinión es Gómez Urso⁶⁴⁴ toda vez que considera que en todo proceso penal se produce una colisión entre los intereses del Estado y del individuo imputado y, justamente, el principio de proporcionalidad permite en cada caso concreto resolverla, ponderando los costos y beneficios de una determinada intervención.

⁶⁴³ GIL HERNÁNDEZ, Ángel, *Intervenciones corporales...*, op.cit., p.61.

⁶⁴⁴ GÓMEZ URSO, Juan Facundo, *Manual de actuación para la policía...*, op.cit., p.246.

Este conjunto de límites materiales que someten a la actividad pública y que puede incidir en los derechos fundamentales, ha tenido diversas denominaciones, tales como principio de proporcionalidad, principio de racionalidad o razonabilidad –en el ámbito jurídico anglosajón y también el derecho constitucional argentino- y también prohibición de exceso, adoptado fundamentalmente en la doctrina constitucional y administrativa alemana⁶⁴⁵.

De tal forma, se dota de legitimidad a esa medida restrictiva de derechos fundamentales, en tanto la decisión se funda en cada supuesto específico, en base a este principio de proporcionalidad. Ello implica evaluar la oportunidad y eficacia de las medidas, es decir, el análisis de los costos y beneficios que produce para los derechos personales y para el interés de la sociedad en general. Es por ello que sostiene Cayuso⁶⁴⁶ que adquiere relevancia la ponderación de medios y fines constitucionalmente legítimos como una de las alternativas para verificar la razonabilidad de los límites.

Afirma Fernández Acebo⁶⁴⁷ que el origen del principio de proporcionalidad lo encontramos en Beccaria pues en su obra *De los delitos y de las penas*, publicada en 1764, establece la idea de que las penas deben ser proporcionales a los delitos cometidos, surgiendo así lo que posteriormente se denominó proporcionalidad de la pena. En el siglo XIX fue utilizado para limitar el poder de policía del Estado, protegiendo, de ese modo, los derechos individuales de los ciudadanos.

Considera la autora que estas ideas fueron tomadas por la doctrina alemana que elaboró, lo que hoy se conoce, como la doctrina del principio de

⁶⁴⁵ SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel, “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal”, *Diario La Ley*, 1994, tomo 4, p. 1114.

⁶⁴⁶ CAYUSO, Susana, “La prueba compulsiva de sangre y los derechos y garantías constitucionales. Confrontación o armonía”, *LL*, 2003-F, p.963.

⁶⁴⁷ FERNÁNDEZ ACEBO, M. Dolores, *Las Intervenciones corporales...*, op.cit., pp. 236 y ss.

proporcionalidad en el ámbito jurídico-administrativo, que representa una limitación para la actuación de los poderes públicos. Sin embargo, si bien en sus orígenes se utilizó fundamentalmente en materia de orden público y seguridad, en la actualidad se aplica a otros derechos y libertades fundamentales.

Después de la Segunda Guerra Mundial se produce la gran expansión de este principio –según Iglesias Canle⁶⁴⁸ –, puesto que se inicia un reforzamiento de los derechos fundamentales, dejando de ser meras declaraciones para convertirse en realidades que deben ser respetadas por todos, fundamentalmente por el Estado. De tal forma, la actuación del Estado debe ser razonable, evitándose restricciones innecesarias de derechos fundamentales por resultar ineficaces o excesivas. Lo que se pretende es que no existan actuaciones desproporcionadas y, para ello, deben evaluarse los intereses en conflicto en función de criterios de justicia material.

Así vemos que este principio pasa del ámbito policial a otros ámbitos del Derecho Administrativo, constituyendo hoy en día uno de los principios rectores fundamentales de la actividad estatal. Sostiene Etxeberría Guridi⁶⁴⁹ que constituye una de las máximas jurídicas fundamentales, llegando a ser considerado como un imperativo consustancial del Estado de Derecho, imponiéndole al Estado un ejercicio moderado de su poder.

Igualmente, considera Iriarte⁶⁵⁰ que la garantía establecida en el art. 28 CN⁶⁵¹ obliga, en primer lugar, al legislador y luego al Poder Ejecutivo cuando promulga, veta o reglamenta una ley. Pero también obliga al Poder Judicial no sólo en su labor de control de constitucionalidad de las leyes y normas de otros

⁶⁴⁸ IGLESIAS CANLE, M. Inés, *Investigación penal sobre el cuerpo humano...*, op.cit., p. 96.

⁶⁴⁹ ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, *Los análisis de ADN y...*, op.cit., p. 73.

⁶⁵⁰ IRIARTE, Luis, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Dir. Daniel Sabsay, Coord. Pablo Manili), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, Tomo 1, pp.1088 y ss.

⁶⁵¹ Art. 28 CN: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

Poderes sino, también, en las sentencias dictadas por los tribunales inferiores. Es por ello que, el principio de proporcionalidad exige esta ponderación de intereses en conflicto que debe necesariamente realizarse en el momento de su aplicación judicial.

Así las cosas, el análisis del principio de proporcionalidad al disponer una medida de investigación corporal resulta ineludible pues será el baremo que otorgará legitimidad a la misma. De allí la exigencia de la motivación de la decisión judicial, puesto que las razones en las cuales se funden deberán precisar justamente la proporcionalidad de la medida dispuesta en el caso concreto. Afirma, con razón, Fernández Acebo⁶⁵² que no cabe analizar en abstracto si una actuación estatal resulta desproporcionada o no; por el contrario, deberá determinarse en qué medida la decisión en concreto de un poder público afecta el contenido de los derechos fundamentales, bajo el tamiz del principio de proporcionalidad⁶⁵³. Posición que ciertamente ha sostenido la CIDH al afirmar que la razonabilidad y proporcionalidad de una medida se pueden determinar, únicamente, por la vía del examen de un caso específico⁶⁵⁴.

A través de distintos pronunciamientos jurisdiccionales se ha determinado el contenido del principio de proporcionalidad. En tal sentido, Etxeberría Guridi menciona la jurisprudencia constitucional alemana que lo precisó en la sentencia *BVerfGE* 30, 292 disponiendo que [...] *el medio previsto por el legislador tiene que ser adecuado y exigible para alcanzar el objetivo propuesto. Un medio es adecuado cuando mediante él puede lograrse el resultado deseado; es exigible cuando el legislador no habría podido optar por un medio distinto, igualmente*

⁶⁵² FERNÁNDEZ ACEBO, M. Dolores, *Las Intervenciones Corporales...*, op.cit., p. 240.

⁶⁵³ Como hiciéramos referencia en apartados anteriores, la legislación procesal nacional contiene una disposición expresa que establece que para restringir derechos fundamentales deben tenerse en cuenta los principios de idoneidad, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. De tal forma, el mandato constitucional se ha plasmado en la norma procesal. Si bien en la Provincia no existe una disposición semejante, ello no exime a las autoridades judiciales de tener que realizar este análisis al disponer una medida afecte derechos fundamentales.

⁶⁵⁴ CIDH, Informe 38/96 ya mencionado, párr. 71.

*eficaz, que no limitara, o que lo hiciera en menor grado, el derecho fundamental*⁶⁵⁵.

En forma similar, la Suprema Corte de EEUU en el fallo *Bakke vs. Universidad de California* sostuvo que [...] *una práctica gubernamental o una ley que restringe “derechos fundamentales” o que contiene “clasificaciones sospechosas”, debe ser sometida a estricto escrutinio y puede ser justificada solamente si promueve un fin gubernamental apremiante y, aun entonces, sólo si no existe una alternativa menos restrictiva y, asimismo, que el daño provocado por la restricción sea menor al perjuicio que motivó la adopción de la medida*⁶⁵⁶.

En esta instancia y, como bien afirma Albrecht⁶⁵⁷, podemos sostener que el principio en estudio forma parte de los elementos centrales de un Estado de Derecho democrático y debe ser la vara que rige en todo el poder estatal. No es posible, ni puede permitirse, ejecutar medidas estatales sin fin o sin fundamentación pues tanto la finalidad que tenga como la elección de los medios para alcanzarla, requieren de una justificación objetiva y una medida determinada.

Como puede colegirse, el principio de proporcionalidad debe estar presente en toda la actuación del poder estatal y, fundamentalmente, cuando ese poder estatal implica el ejercicio del *ius puniendi*, como ocurre en el proceso penal. Ahora bien, este principio en un sentido amplio podemos dividirlo en varios sub-principios o preceptos, siendo tales: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los mismos deberán analizarse en cada caso concreto a fin de determinar si la decisión pasa o no el test de proporcionalidad,

⁶⁵⁵ ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, *Los análisis de ADN y ...*, op.cit., p.75.

⁶⁵⁶ Caso *Bakke vs. Universidad de California*, 1978, voto de los Ministros Brennan, White, Marshall y Blackmun, <http://unlamdeconstitucional2.blogspot.com.ar>, (fecha de visita 22/10/15).

⁶⁵⁷ ALBRECHT, Peter-Alexis, “Coordenadas de una legalidad penal en el Estado de Derecho: Principio de la proporcionalidad, Principio de la legalidad, Principio de la oficialidad”, traducción de Dirk Stima, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, La investigación penal preparatoria. Función de las policías- II, Año 2012-2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 13.

lo cual nos lleva a afirmar que no resultan suficientes fundamentaciones generales o aparentes, por el contrario, deberá ser precisa y suficiente en referencia a cada uno de ellos.

3.4 Idoneidad o adecuación

a. Consideraciones de la doctrina

El primer aspecto a determinar en este tamiz de proporcionalidad es la capacidad de la medida dispuesta para alcanzar el fin propuesto. Ello obliga a analizar si la misma va a ser apta para obtener la finalidad perseguida puesto que si no es así, no se justifica la práctica de una investigación corporal.

En general, admite la doctrina que la finalidad de determinar la aptitud o adecuación de la práctica dispuesta con el objetivo perseguido tiende a evitar excesos, impidiendo que se lleven a cabo injerencias que resulten inútiles porque no permiten ni el descubrimiento de pruebas ni el esclarecimiento de circunstancias relevantes para la investigación. Así afirma Duart Albiol, citando a González-Cuellar Serrano, que la idoneidad “[...] constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional de exceso, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación”⁶⁵⁸.

De tal forma, la idoneidad cualitativa se refiere a la adecuación de la medida en función de su propia naturaleza; así hoy nadie discute que la prueba de ADN permite la identificación genética de un individuo por lo que resulta apta

⁶⁵⁸ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.377.

para poder determinar si un vestigio biológico encontrado en la escena del crimen pertenece o no a la persona sometida a proceso. Cuando nos referimos a la idoneidad cuantitativa lo vinculamos con la duración e intensidad de la medida dispuesta respecto del fin perseguido⁶⁵⁹.

De tal forma, es indispensable que la medida dispuesta sirva para asegurar la obtención para el proceso de elementos de prueba que se refieran a su objeto. Ello implica que no se pueden realizar investigaciones corporales indeterminadas con la finalidad de encontrar algún elemento que sirva a la investigación. Refieren Rojas y García⁶⁶⁰ que no se puede practicar una inspección o intervención corporal para ver si aparece algo de utilidad ya que es justamente el objeto del proceso, previamente determinado, el que va a delimitar que es lo que se va a poder realizar sobre el cuerpo del imputado, siendo dicho objeto el límite que tiene el Estado en el ejercicio de sus facultades de investigación.

Sin embargo, la determinación de la idoneidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales no se agota allí, ya que como hicimos referencia *supra* también se requiere un análisis objetivo de su aplicación. En otras palabras, resulta necesario que existan elementos de sospecha sobre la persona sobre la cual se va llevar a cabo la investigación corporal, que justifique la misma.

Entiende Duart Albiol⁶⁶¹ que esta conexión requerida entre el sujeto sobre el cual se va a practicar la medida y el delito investigado constituye un *prius* lógico del principio de proporcionalidad, para poder determinar con posterioridad si el Juez tuvo en cuenta la gravedad de la intromisión, y la necesidad de la misma, para asegurar la defensa del interés público. Siendo ello así, no basta cualquier valoración subjetiva, sino que las sospechas deben ser razonables y lógicas,

⁶⁵⁹ Vid MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela, *Intervenciones corporales...*, op.cit., p.100.

⁶⁶⁰ ROJAS, Ricardo, GARCÍA, Luis M., “Las inspecciones corporales en el proceso penal...”, op.cit., p.207.

⁶⁶¹ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.380.

fundadas en datos objetivos que permitan vincular al sujeto con el hecho investigado.

Si la finalidad de cualquier medida de investigación corporal debe ser obtener datos útiles y pertinentes para la investigación, es necesario que dicha investigación se encuentre en marcha y que existan elementos que determinen, por lo menos de manera probable, que el imputado ha tenido algún tipo de intervención en el hecho investigado que justifiquen la realización de la misma. Como bien refiere Iud⁶⁶², es necesario que la medida se encuentre apoyada en una labor procesal previa que permita sospechar fundadamente que el imputado es responsable de alguno de los delitos investigados. Dicho de otro modo, la hipótesis acusatoria debe tener, al menos, un viso de probabilidad basada en datos objetivos y no en meras conjeturas por parte de los órganos judiciales. Coinciden Bloch y Hockl⁶⁶³ que siendo medidas cuya conflictividad es evidente, deben necesariamente ser precedidas por un plexo indicial suficiente.

La exigencia de indicios razonables y objetivos que justifican la idoneidad de una medida de investigación corporal nos lleva a otra conclusión ineludible: la imposibilidad de practicar estas medidas en forma indiscriminada o aleatoria toda vez que, en estos casos, no existiría ninguna conexión entre un grupo indeterminado de personas a las cuales se les practica la medida y el hecho investigado.

Estiman Romeo Casabona y Romeo Malanda⁶⁶⁴ que disponer este tipo de pruebas en forma indiscriminada sobre un grupo de la población importa un quiebre del principio de proporcionalidad puesto que la decisión judicial no va a

⁶⁶² IUD, Alan, “El análisis de ADN en el proceso penal”, *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal* (Comps. Florencia Plazas y Luciano Hazan), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2015, p.168.

⁶⁶³ BLOCH, Ivana, HOCKL, María Cecilia, “La extracción compulsiva de sangre según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Las pruebas genéticas en la identificación...*, ob.cit., p.43.

⁶⁶⁴ ROMEO CASABONA, Carlos, ROMEO MALANDA, Sergio, *Los identificadores del ADN...*, op.cit., p. 86.

poder sostener en forma motivada cuáles son las razones que justifican la medida. En otras palabras, le será imposible precisar cuáles son los datos o hechos objetivos que legitiman la medida o cuáles son los parámetros tenidos en cuenta para justificar su idoneidad.

Ello no significa que no pueda haber indicios concretos sobre una pluralidad de personas y que la investigación corporal sirva, justamente, para determinar la autoría de alguno de los indicados. Sin embargo, aun así, se requiere algún otro dato objetivo que permita vincularlos con el hecho investigado. Considera Duart Albiol -citando a Moreno Verdejo-, que “[...] cuando el círculo de sospechosos se vea reducido a un determinado número, individualizados por una serie de características comunes, cabría entender que concurre en ellos la condición racional de sospechosos y acordar obligatoriamente para ellos la medida, lo que, en definitiva, supone sostener la necesidad de que existan “indicios concretos que centren la investigación”, aunque esta pueda recaer en una pluralidad de personas”⁶⁶⁵.

El problema se plantea cuando no existen estos indicios o datos concretos, sino que se trata de características o circunstancias tan genéricas que abarcan un número indeterminado de personas. Pone como ejemplo Etxeberria Guridi⁶⁶⁶, el caso Pichford de Gran Bretaña en el cual, para la investigación del asesinato y violación de dos jóvenes, la Policía dispuso invitar a todos los hombres de un condado determinado, a someterse voluntariamente a la extracción de sangre para realizar los exámenes de ADN. Así, los elementos que se tuvieron en cuenta fueron que se tratara de personas de sexo masculino y vivieran en una zona geográfica específica.

⁶⁶⁵ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.387.

⁶⁶⁶ ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, *Los análisis de ADN...*, op.cit., pp.139 y ss.

Indudablemente estos parámetros no constituyen elementos suficientes para justificar la práctica de medidas que afectan a derechos fundamentales. Y el mayor riesgo lo constituyen las consecuencias que puedan derivarse de la negativa a esa “invitación” de los órganos estatales de investigación, pues en el caso mencionado, los indicios surgieron después dado que las personas que no quisieron someterse a dichas medidas pasaron a ser sospechosos. Como afirma Etxeberria Guridi –al comentar tanto este caso como otros ocurridos en Alemania-, se trata de una lamentable vuelta atrás en el sistema de garantías procesales, instaurándose de forma inadmisibile la presunción de culpabilidad. En el mismo sentido se pronuncia Marca Matute⁶⁶⁷ al considerar que tanto las pruebas biológicas como las intervenciones corporales, no pueden ser utilizadas en forma genérica e indiscriminada para buscar un sospechoso; por el contrario, el sospechoso debe existir ya con anterioridad, lo cual torna inadmisibile cualquier medida de investigación corporal que tenga por finalidad una investigación general e indiscriminada sobre un grupo de personas que no revisten ni siquiera la calidad de sospechosos.

Conforme a ello, es importante destacar que a los fines de cumplimentar la debida idoneidad o adecuación de la medida no solamente debe analizarse su capacidad para obtener el fin propuesto, sino que, además, resulta indispensable que existan indicios objetivos que permitan vincular a la persona sobre la cual se va a realizar una investigación corporal con el hecho investigado, indicios que deben existir antes de la realización de la misma y no como consecuencia de ella. Estas circunstancias justifican que la práctica sea pertinente para obtener información relevante vinculada con el objeto del proceso penal.

⁶⁶⁷ MARCA MATUTE, Javier, “Inspección ocular, Levantamiento de cadáver y Reconstrucción de los hechos. La intervención del imputado en la adquisición de la fuente probatoria”, en *Estudios sobre Prueba Penal, Volumen II*, (Directores: Xavier Lluch y Manuel Richard González), Ed. La Ley, España, 2011, p.76.

b. Jurisprudencia nacional y comparada

Las exigencias mencionadas que hacen al contenido de la idoneidad o adecuación ha sido igualmente una preocupación tanto de la jurisprudencia nacional como comparada. En otras palabras, no basta que la medida resulte conducente para obtener el fin propuesto, se requiere, además, que los indicios incorporados en la investigación referidos al imputado justifiquen su realización.

La primera exigencia en cuanto a la vinculación con el objeto del proceso, ha sido motivo de tratamiento por la por la CSJN en diversos pronunciamientos. Así resolvió que [...] *la medida impugnada había excedido el objeto de la investigación y que la determinación de la tipicidad o autoría no habría variado por el resultado de la prueba biológica dispuesta*⁶⁶⁸. Este criterio fue mantenido por el Máximo Tribunal en fallos posteriores⁶⁶⁹.

Distinta fue la posición del Máximo Tribunal cuando la medida resulta adecuada con el objeto del proceso, entendiendo que [...] *la medida impugnada ha sido dispuesta con el fin de establecer la veracidad de los dichos de los H. atinentes a que la menor D. D. era hija suya y que por esa razón como tal había sido anotada. Y al ser ello así, surge en forma indubitable que el estudio ordenado guarda relación directa con el objeto procesal de la causa, es*

⁶⁶⁸ CSJN Fallos 313:1113. Lo que se perseguía era determinar la autoría en la confección del certificado médico adulterado que había permitido la confección de una partida de nacimiento también adulterada. Sin embargo, en esta causa no se investigaba a los padres adoptivos ni el menor resultaba víctima de ningún delito, por lo que no existía adecuación entre la medida dispuesta y el fin perseguido con la misma.

⁶⁶⁹ CSJN Fallos 326:3758, “Vázquez Ferrá”, en el cual resolvió que [...] *la extracción de sangre no guarda nexo con la comprobación del delito que motiva el proceso, el que se configuraría cualquiera fuese la filiación de Evelin Vázquez Ferrá. [...] la prueba de histocompatibilidad excede el objeto propio del proceso en que fue dispuesta y el interés público no se ve afectado por la negativa de la recurrente a practicarla.* Aquí los supuestos padres de Evelin Vázquez Ferrá fueron imputados por los delitos de Falsedad ideológica de instrumento público, supresión del estado civil y retención de un menor de diez años. Los imputados no solo habían confesado el delito, sino que existían diversos elementos de prueba que permitían sostener la existencia del hecho y la autoría de los mismos. La prueba de ADN no tenía por objeto demostrar la existencia de la comisión del delito sino determinar el verdadero lazo de parentesco biológico con la parte querellante, medida a la que se había opuesto Evelin Vázquez Ferrá quien ya era mayor de edad y no tenía intención de conocer sus orígenes biológicos.

*conducente para el esclarecimiento de los hechos y no excede los límites propios del proceso en que fue dispuesto*⁶⁷⁰. Como vemos, la medida dispuesta debe ser conducente para obtener alguna información relevante para el delito investigado teniendo en cuenta la injerencia que las mismas implican para los derechos fundamentales.

Al analizar la jurisprudencia comparada, podemos advertir que también se hace referencia a la necesidad de que la medida sirva objetivamente para determinar los hechos del proceso. Así lo pone de resalto el Tribunal Constitucional español⁶⁷¹ considerando que la medida debe ser necesaria a los fines del aseguramiento del ejercicio del *ius puniendi*. En igual medida, la Suprema Corte de Justicia de EEUU en el caso *Schmerber vs. California* convalidó la extracción de sangre para determinar el grado de intoxicación etílica que tenía el imputado que había ocasionado un accidente automovilístico, considerando que el medio era adecuado para alcanzar el fin propuesto⁶⁷².

De tal forma, en esta última jurisprudencia citada, se advierte con claridad que se ha analizado la idoneidad cualitativa, es decir, que el medio por su propia

⁶⁷⁰ CSJN Fallos 318:2518.

⁶⁷¹ STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 6-B, en el cual dijo que *[l]a finalidad que se persigue con la intervención corporal recurrida en amparo no es, pues la de acreditar los hechos constitutivos de la infracción penal, sino únicamente un hecho indiciario –el cual, como este Tribunal ha podido declarar en repetidas ocasiones (vgr. SSTC 174 y 175/1985), es insusceptible por sí sólo de destruir el derecho a la presunción de inocencia-, por lo que no es posible admitir que aquella medida sea “necesaria” a los fines del aseguramiento del ejercicio del “ius puniendi”, ni, por tanto, acorde con la regla constitucional de la proporcionalidad de los sacrificios. Dicho en otras palabras, 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. En este caso se cuestionaba la medida de intervención corporal que tenía por objeto determinar si el imputado era consumidor de cocaína u otras sustancia tóxicas o estupefacientes y, si fuera adicto a las mismas, el tiempo desde que lo pudiera ser, siendo que los delitos atribuidos eran prevaricación y cohecho. Es decir, que los resultados que se pudieran obtener con la práctica de la intervención corporal no eran suficientes por sí solos ni para fundamentar una sentencia condenatoria ni, eventualmente, para sostener la falta de participación en los delitos atribuidos.*

⁶⁷² Caso *Schmerber vs. California*, 348 U.S. 752, 1966, resolviendo que *[...]encontramos satisfactorio y razonable el test elegido para medir el nivel de alcohol en la sangre del recurrente. La extracción de muestras de sangre es un medio altamente efectivo para determinar el grado de intoxicación por alcohol de una persona. Esta clase de test son un estándar en estos días de exámenes físicos periódicos y la experiencia enseña que la cantidad de sangre extraída es ínfima y que para la mayoría de la gente el procedimiento implica prácticamente ninguna riesgo, trauma o dolor.*

naturaleza es apto para alcanzar el resultado; como así también, la idoneidad cuantitativa en tanto la extracción de una mínima cantidad de sangre no resulta desproporcionada en el caso concreto. Como refiere Pérez Marín⁶⁷³ es necesario que el órgano judicial tenga en cuenta tanto las características del caso como las condiciones físicas de la persona sobre la cual se va a llevar a cabo la diligencia pues la adecuación debe ser tanto en el plano legal como físico.

También ha sido exigencia jurisprudencial, la existencia de elementos de sospecha que vinculen al imputado con el presunto hecho delictivo investigado. Así lo ha sostenido la CSJN y, si bien el fallo citado hace referencia a las intervenciones telefónicas, valen los fundamentos igualmente para cualquier medida dispuesta por un órgano judicial que pretenda restringir derechos fundamentales. En dicha oportunidad dijo el Máximo Tribunal que [...] *una orden de registro –domiciliario o, como en este caso, de las comunicaciones telefónicas a los fines de develar su secreto y conocer su contenido –sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable. [...] en el caso, el juez no expresó en el auto de fs. 3 las razones por las cuales consideró procedente la intervención telefónica dispuesta, tampoco remitió a ningún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable y, por último, ni siquiera obra información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial examinada*⁶⁷⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha sido igualmente exigente con respecto al requisito de la existencia de elementos objetivos de

⁶⁷³ PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p. 54.

⁶⁷⁴ CSJN Fallos 333:1674. Teniendo en cuenta que todos los elementos objetivos en esta causa se referían a un llamado anónimo, concluyó la CSJN que [...] *si la mera expresión de sospecha de un funcionario público no constituye per se la base objetiva a la que se viene haciendo referencia, tampoco puede entenderse que lo sean las vagas afirmaciones formuladas en un llamado telefónico anónimo. [...] si el Estado pudiera entrometerse en el secreto de las comunicaciones telefónicas a partir de sospechas de la entidad de las descriptas más arriba, el derecho reconocido constitucionalmente resultaría –ciertamente– de poca o ninguna relevancia.*

prueba que brinden soporte a la ejecución de la medida, afirmando que [...] *una medida restrictiva de un derecho constitucionalmente consagrado y específicamente tutelado por la Norma Básica como el de la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, sólo puede considerarse legítima desde la perspectiva de este derecho fundamental si la resolución que la adopta expresa las razones que la justifican, consignando los motivos que avalan la restricción del derecho, en relación con la finalidad perseguida, aportando los datos necesarios para que pueda llevarse a cabo el juicio de proporcionalidad y necesidad de la medida*⁶⁷⁵.

En base a ello, concluye el Tribunal, en la misma sentencia, que es necesario determinar la existencia de conexión entre el sujeto que resulte afectado por la medida y el delito investigado, conexión que se va a manifestar [...] *en los indicios o sospechas fundadas, concepto en el que no encuentra cabida circunstancias meramente anímicas sino que precisa necesariamente de un sustento en datos objetivos susceptibles de control por terceros –lo que exige de forma imperativa su accesibilidad- y dotados de significación suficiente para proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer un delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.*

Como consecuencia de lo dicho, se requieren sospechas fundadas de que existe una conexión entre el delito investigado y la persona a la cual se va a

⁶⁷⁵ STS 768/2010, de 15 de septiembre, FJ 6, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo. Agregó el Tribunal en dicho fundamento que *[e]sta inexcusable necesidad de justificar el sacrificio del derecho fundamental requiere que la resolución que así lo decida esté rigurosamente fundada, explicitándose en la misma las razones fácticas y jurídicas que la sostienen, de suerte que no existirá motivación suficiente si en la resolución judicial que autoriza la intromisión en el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones no constan los hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión del investigado con el mismo (STC de 27 de septiembre de 1999 y STS de 23 de julio de 2001).* Si bien en este caso se trató de una intervención telefónica, el análisis efectuado por el Tribunal es válido para una medida de investigación corporal. Igualmente, la Suprema Corte de EEUU en el ya mencionado caso *Schmerber vs. California*, valoró la existencia de causa probable o indicios que justificaron el test de alcohol en sangre, toda vez que cuando arribaron los funcionarios policiales al lugar del accidente notaron que el imputado tenía aliento a alcohol y además tenía los ojos inyectados de sangre, acuosos y vidriosos.

someter a cualquier práctica de investigación corporal para que la misma pueda legitimarse en el caso concreto. De lo contrario, estaríamos avalando investigaciones meramente prospectivas en franca violación de las garantías constitucionales.

Justamente para evitar retrocesos en el ámbito de las garantías en un Estado de Derecho, es que la Corte Constitucional de Colombia ha resuelto que *[d]e conformidad con el principio de idoneidad, debe existir una relación de causalidad entre el medio empleado y el fin buscado de tal forma que éste sea apto para conseguir el fin que se pretende alcanzar, esto es, que la naturaleza de la medida sea en sí mismo adecuada para alcanzar el fin. Ahora bien, como ese fin ha de ser específico y concreto dentro de la investigación, es indispensable que se precise el ámbito subjetivo y material de aplicación de la medida, prohibiendo de esta forma su aplicación generalizada, aleatoria o indiscriminada*⁶⁷⁶.

Como conclusión, podemos sostener que los tribunales, en general, han sido exigentes en cuanto a la determinación de la idoneidad de una medida de investigación que afecta derechos fundamentales, exigencia que deberán observar los órganos judiciales cuando ordenen su realización.

3.3. Necesidad o imprescindibilidad

El segundo aspecto a determinar, dentro del análisis de la proporcionalidad de una medida de investigación corporal, lo constituye la necesidad de su práctica en el caso concreto. Aquí, no tenemos en cuenta la adecuación de la medida con el objeto del proceso, sino si la misma -que es idónea- resulta

⁶⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-822/05, de 10 de agosto, párr. 4.1

imprescindible, es decir, no existe otro medio para obtener el resultado perseguido con su realización.

A esta altura no puede soslayarse que la administración de justicia penal implica continuamente afectaciones en diferentes derechos fundamentales del sospechoso, pero, como refieren Rojas y García⁶⁷⁷, tales afectaciones se encuentran legitimadas en tanto y en cuanto no excedan los límites de lo estrictamente necesario. Hoy en día está fuera de todo cuestionamiento la gran utilidad de las medidas de investigación corporal para el proceso penal, aunque esta utilidad no puede prevalecer irrestrictamente sobre los derechos del imputado.

De allí que resulta ineludible determinar al disponer su práctica, la estricta necesidad de la misma. Ello presupone, en palabras de Etxeberría Guridi “[...] que el medio seleccionado para alcanzar el fin no pueda ser suplido por otro igualmente eficaz, pero que no restrinja el derecho fundamental o lo haga de una manera menos gravosa. Lo determinante es que la medida menos gravosa sea apta para lograr el mismo o mejor resultado”⁶⁷⁸.

De tal forma, lo que se debe tener en cuenta en esta instancia es cuál es la alternativa que afecte en menor grado a los derechos fundamentales, pero con la aptitud suficiente para obtener el fin propuesto. Estima Fernández Acebo⁶⁷⁹ que, ante varias alternativas, se debe decantar por la que impone menores restricciones ya que se debe evitar un sacrificio innecesario, siempre y cuando permitan alcanzar el mismo objetivo. Coinciden Chieri y Basílico⁶⁸⁰ al afirmar que la autoridad judicial, al ordenarla, no debe tener a su disposición la posibilidad de

⁶⁷⁷ ROJAS, Ricardo, GARCÍA, Luis, “Las inspecciones corporales en el proceso...”, op.cit., p. 206.

⁶⁷⁸ ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, *Los análisis de ADN...*, op.cit., p. 78.

⁶⁷⁹ FERNÁNDEZ ACEBO, M. Dolores, *Las Intervenciones Corporales...*, op.cit., p.243.

⁶⁸⁰ CHIERI, Primarosa, BASÍLICO, Ricardo, *El ADN en criminalística*, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 185.

utilizar otro medio que permita obtener el mismo resultado, causando un menor daño a los derechos fundamentales.

Es posible sostener que el legislador realiza un juicio de necesidad para prever, en abstracto, que la medida de investigación puede ser necesaria, pero lo cierto es que este juicio es parcial toda vez que sólo analizando el supuesto en particular podrá determinarse si su disposición resulta la menos lesiva de los derechos fundamentales. Para ello, afirma Pérez Marín⁶⁸¹ no sólo debe tenerse en cuenta cuál es la medida más efectiva y que afecte en menor medida los derechos fundamentales, sino que también debe evaluarse la naturaleza del sujeto pasivo, es decir, cuáles son las características físicas de la persona sobre la cual se va a practicar la diligencia. Y esta evaluación, únicamente puede ser realizada por el órgano judicial que la ordena, puesto que puede ocurrir que ante idénticos hechos una misma medida pueda resultar desproporcionada frente a dos sujetos distintos.

Agrega en este aspecto Etxeberría Guridi⁶⁸² que también deben considerarse los efectos secundarios que acompañan la obtención del resultado que se pretende alcanzar. Puede ocurrir que, ante dos medidas idóneas, por la diferencia de los medios utilizados, una resulte más perjudicial que la otra teniendo en cuenta los efectos secundarios que pudieran acarrear y, en estos supuestos, debería negarse la necesidad de la misma.

A pesar de la complejidad que significa determinar la imprescindibilidad de una medida de investigación corporal en cada caso en particular, lo cierto es que, tanto en los Instrumentos internacionales de Protección de los Derechos Humanos como en algunas legislaciones procesales, se regula expresamente la obligación impuesta, a los órganos judiciales, de llevar a cabo este análisis en

⁶⁸¹ PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *Inspecciones, registros...*, op.cit., p.56.

⁶⁸² ETXEBERRÍA GURIDI, Juan Francisco, *Los análisis de ADN...*, op.cit., pp. 78 y ss.

todos los supuestos en los que se vayan a disponer medidas restrictivas de derechos fundamentales.

En efecto, en la CADH⁶⁸³ se determina como un requisito ineludible para poder limitar los derechos fundamentales y similar disposición encontramos en la CEDH⁶⁸⁴. Es decir, que la posibilidad de restringir los derechos de las personas, en el marco de un proceso penal, deberá ser evaluado en función de la estricta necesidad de “seguridad de todos”, “defensa del orden”, “la prevención del delito” y “la protección de los derechos y libertades de los demás”, en una sociedad democrática.

En base a ello, tanto la CIDH como la Corte IDH han aplicado este estándar para legitimar o desestimar restricciones que no cumplen con las exigencias convencionales de necesidad y proporcionalidad.

Así la CIDH ha sostenido que es obligación de los órganos estatales evaluar la necesidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales que impongan, a fin de descartar la posibilidad de aplicar una medida menos gravosa pero igualmente eficaz. En el Informe n° 38/96 consideró que [...] *no cuestiona la necesidad de requisas generales antes de permitir el ingreso a una penitenciaría. Sin embargo, las revisiones o inspecciones vaginales son un tipo de requisas excepcional y muy intrusiva. La Comisión quisiera subrayar que el visitante o miembro de la familia que procure ejercer su derecho a una vida*

⁶⁸³ Vid art. 32.2 CADH transcripto en nota 258.

⁶⁸⁴ Vid art. 8 CEDH transcripto en nota 137. En el mismo sentido, los Principios de Siracusa de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, se refiere al contenido de necesidad en los artículos 10 y 11: Art. 10: “Siempre que, conforme a las disposiciones del Pacto, se exija que una limitación sea “necesaria”, este término implicará que la limitación:

- a). Se basa en uno de los motivos que justifican las limitaciones reconocidos por el artículo pertinente del Pacto.
- b). Responde a una necesidad pública o social apremiante.
- c). Responde a un objetivo legítimo y
- d). Guarda proporción con este objetivo.

Toda evaluación en cuanto a la necesidad de una limitación se basará en consideraciones objetivas.”

Art. 11: “Al aplicar una limitación, un Estado no utilizará medios más restrictivos que de lo que sea necesario para lograr el propósito de la limitación.”

*familiar no debe convertirse automáticamente en sospechoso de un acto ilícito y no puede considerarse, en principio, que represente una amenaza grave para la seguridad. Aunque la medida en cuestión puede adoptarse excepcionalmente para garantizar la seguridad en ciertos casos específicos, no puede sostenerse que su aplicación sistemática a todos los visitantes sea una medida necesaria para garantizar la seguridad pública*⁶⁸⁵.

Como vemos, la CIDH realiza la primera aproximación que consiste en determinar la necesidad de la medida dispuesta. Posteriormente, en el mismo informe, avanza a fin de analizar la posibilidad de utilizar otros medios menos intrusivos pero que permitan alcanzar el fin propuesto, resolviendo que [...] *la práctica de realizar revisiones e inspecciones vaginales y la consecuente interferencia con el derecho de visita no sólo deberá satisfacer un interés público imperativo, sino que también deberá tener en cuenta entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido*⁶⁸⁶.

De tal forma, no sólo se requiere determinar la idoneidad de la medida sino igualmente analizar si resulta la alternativa menos gravosa. En palabras de Arocena⁶⁸⁷, se trata de determinar la manifestación externa y comparativa de la proporcionalidad y se vincula con el principio de *ultima ratio* que debe tenerse en cuenta en cualquier diligencia que implique una injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales del imputado.

⁶⁸⁵ CIDH, Informe n° 38/96, Argentina, 15 de octubre, párr. 68.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, Incluso vemos que la CIDH plantea otra opción a la inspección de las mujeres, afirmado que [h]ubiera sido obviamente más sencillo y más razonable inspeccionar a los internos después de una visita de contacto personal, en lugar de someter a todas las mujeres que visitan las penitenciarías a un procedimiento tan extremo. Sólo en circunstancias específicas, cuando hay fundamento razonable para creer que representan un peligro concreto para la seguridad, o que están transportando sustancias ilícitas, se deben hacer inspecciones de los visitantes (párr. 74 y 76).

⁶⁸⁷ AROCENA, Gustavo, “La protección del imputado...”, op.cit., p. 172.

Esta exigencia también ha sido sostenida por la Corte IDH, aseverando que *[...] las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho*⁶⁸⁸.

Es importante destacar que determinar la necesidad de una medida restrictiva que permita afirmar su legitimidad es un requisito que la Corte IDH ha extendido a todos los derechos amparados en la CADH incluidos los derechos políticos, afirmando que *[c]on el fin de evaluar si esa medida restrictiva cumple con este último requisito la Corte debe valorar si la misma: a) satisface una necesidad imperiosa, esto es, está ordenada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo*⁶⁸⁹.

También el TEDH ha tratado el tema resolviendo que *[s]e considerará que una injerencia es necesaria en una sociedad democrática si su objetivo legítimo responde a una necesidad social apremiante y en particular, si es proporcionada al fin legítimo perseguido y si los motivos invocados por las autoridades nacionales justifican que son pertinentes y suficientes. [...] El Tribunal previamente ya ha determinado para que una medida debe considerarse proporcionada y necesaria en una sociedad democrática, la posibilidad de recurrir a una medida alternativa que causare un menor daño al derecho*

⁶⁸⁸ Corte IDH, caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 91.

⁶⁸⁹ Corte IDH, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 185 y 186.

*fundamental en cuestión, mientras que el cumplimiento de la misma medida quede excluida*⁶⁹⁰.

Igual posición encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que con respecto al análisis de la necesidad, ha resuelto que [...] *para que tal exigencia concurra en una determinada medida limitativa de los derechos fundamentales es preciso que su adopción se revele objetivamente imprescindible para el aseguramiento de un bien o interés constitucionalmente relevante, lo que, trasladado al ámbito particular del proceso penal, ha de habilitar a la autoridad judicial a decretar tales medidas únicamente cuando su adopción sea indispensable para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi (STC 37/1989, fundamento jurídico 8º). En suma, pues, una medida de instrucción penal restrictiva de los derechos fundamentales habrá de reputarse necesaria cuando de su resultado pueda depender el ejercicio del ius puniendi, lo que tan solo acontecerá cuando su puesta en práctica permita acreditar, desde un punto de vista objetivo, la existencia de alguno o algunos de los hechos constitutivos del tipo delictivo objeto de investigación y, desde el subjetivo, la participación del imputado en los mismos*⁶⁹¹.

Este criterio fue tomado en las Reglas de Mallorca al disponer que, toda intervención corporal está prohibida si no cuenta con el consentimiento del imputado, salvo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito. Es decir, al hacer referencia a que de la medida dispuesta dependa el ejercicio del *ius puniendi*, está realizando indudablemente un análisis de necesidad⁶⁹².

⁶⁹⁰ TEDH, Demanda Nada c. Suiza, Sentencia de 12 de septiembre de 2012, párr. 181 y 183. En este caso el TEDH también pone de resalto que, si bien se debe dejar a las autoridades nacionales un cierto margen de apreciación en la valoración de la injerencia, la valoración final sigue siendo objeto de revisión por parte del Tribunal, para lo cual tendrá en cuenta la naturaleza del derecho del Convenio, su importancia para la persona, la naturaleza de la injerencia y el objeto perseguido por la misma.

⁶⁹¹ STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 6-B.

⁶⁹² Ello sin perjuicio de que, en páginas posteriores, nos introduciremos en el tema del consentimiento del imputado para la práctica de las medidas de investigación corporal.

En Argentina, tanto la legislación procesal nacional como la provincial, introducen el criterio de necesidad estableciendo que se utilizará el medio menos lesivo para la persona. Sin embargo, ello no queda allí pues también se prevé la alternativa de utilizar métodos menos invasivos pero igualmente eficaces para obtener muestras del imputado que permitan la determinación del ADN. Es el propio legislador quien establece que, en la medida de que exista la posibilidad de alcanzar igual certeza en el resultado, se podrá ordenar el secuestro de diversos elementos que contengan células ya desprendidas del cuerpo del imputado en vez de llevar a cabo una intervención corporal⁶⁹³.

En estas normas se plasma claramente el análisis de necesidad que requiere el principio de proporcionalidad. Ante igualdad de certeza, se puede aplicar un método alternativo que permita obtener material biológico para la determinación del ADN del imputado. Ello requiere que el órgano judicial analice si es posible practicar una medida menos gravosa para los derechos fundamentales del imputado, siempre y cuando sea igualmente eficaz⁶⁹⁴.

Como puede advertirse, para que una medida de investigación corporal que resulta idónea en el caso concreto, resulte también necesaria, es preciso determinar que no existe otra medida más moderada para alcanzar el objetivo propuesto. En otras palabras, el órgano judicial deberá dar las razones por las cuales considera que sólo mediante la práctica de la diligencia propuesta podrá alcanzarse aquel conocimiento que resulta indispensable para la comprobación

⁶⁹³ Vid art. 169 CPPNación transcripto en nota 228 y art. 211 CPPMza transcripto en nota 124.

⁶⁹⁴ Afirma Bongovanni Cervera que la falta de certeza puede ocurrir ya sea porque el imputado no tiene objetos personales con vestigios fieles de su información genética o porque los vestigios se encuentren altamente contaminados, como podría ser el supuesto que el imputado conviva con varios hermanos con los cuales comparte los objetos que pudieran secuestrarse como peine o ropa, puesto que podrían encontrarse varios perfiles de ADN (BONGOANNI CERVERA, José Gabriel, *La prueba de ADN en el proceso...*, op.cit., p.53) Considera Duart Albiol que este análisis resulta pertinente cuando el imputado se niega a la práctica, pues si ha prestado su consentimiento puede utilizarse el medio que el mismo afectado se ofrezca a facilitar (DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., pp.404 y ss.)

del hecho delictivo investigado, de alguna circunstancia relevante o de la intervención del imputado en el mismo. Pero si ello no es así, es decir, la medida no es encuentra vinculada con el objeto del proceso, carecerá de legitimidad y validez, aun cuando goce del requisito de idoneidad.

3.4 Proporcionalidad en sentido estricto

Ingresamos en la determinación del tercer requisito o subprincipio del principio de proporcionalidad, que permitirá otorgar validez a una medida de investigación corporal en tanto y en cuanto se haya aceptado que la misma resulta idónea y necesaria. Es decir, que la falta de alguno de ellos excluye el análisis de los restantes, toda vez que resulta imprescindible la existencia de los tres para convalidar una medida restrictiva de derechos fundamentales.

En esta instancia, se deberá realizar una ponderación de los intereses sociales de persecución del delito y de los derechos fundamentales del imputado que se encuentran en conflicto, a fin de determinar la mayor preponderancia de unos sobre otros. Si se confirma la mayor relevancia del interés social, podrá acordarse la medida restrictiva de derechos fundamentales porque el sacrificio a imponer no será excesivo o desmesurado. Considera Gaitán⁶⁹⁵ que no se trata de una cuestión meramente aritmética, ni tampoco de una valoración subjetiva, sino que debe realizarse un estricto análisis de los intereses en juego, es decir, se debe argumentar jurídicamente por qué resulta más relevante obtener la satisfacción de los intereses que se pretenden alcanzar con la medida dispuesta que el grado de limitación que implica para los derechos fundamentales.

Coincide en este sentido Etxeberría Guridi al entender que, en este aspecto, se debe “[...] acudir necesariamente al terreno de los valores, ya que hay que

⁶⁹⁵ GAITÁN, Mariano, “La legitimidad de las pruebas genéticas...”, op.cit., p. 319.

ponderar los intereses o bienes confrontados o afectados conforme al ideal de justicia.[...] Nos encontramos por un lado con órganos que actúan en nombre del Estado y ejercen sus potestades frente al individuo que se convierte en destinatario de una serie de medidas o diligencias que inciden frecuentemente en la esfera jurídica más reservada o inmune a la actuación de los demás”⁶⁹⁶.

En igual sentido, Duart Albiol -citando a González-Cuellar Serrano-, afirma que “[...] se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar”⁶⁹⁷.

Se advierten así las diferencias entre el subprincipio de necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, puesto que como bien sostiene Sánchez García⁶⁹⁸, la necesidad tiene una naturaleza empírica e incluye criterios de eficacia que se limitan a comparar distintos medios para elegir, entre las medidas idóneas, aquella que resulta menos lo lesiva posible. En tanto que la proporcionalidad, es un principio normativo que realiza una ponderación de intereses en conflicto conforme a criterios de justicia material, analizando si el fin perseguido justifica el medio, idóneo y necesario, seleccionado.

De tal manera y aun cuando dentro de dicho interés social debemos considerar incluido el interés de la víctima, el mismo no puede traer como consecuencia que el imputado se vea sometido a medidas que resulten excesivas o desproporcionadas por el grado de afectación a sus derechos fundamentales. Es

⁶⁹⁶ ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, *Los análisis de ADN...*, op.cit., pp. 80 y ss.

⁶⁹⁷ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p. 404.

⁶⁹⁸ SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel, “El principio constitucional de proporcionalidad ...”, op.cit, pp.1114 y ss.

por ello que esta determinación solamente puede hacerse específicamente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, para poder determinar si la intromisión en los derechos fundamentales del imputado guarda una relación proporcional con la envergadura del interés estatal en juego⁶⁹⁹.

Ahora bien, resulta indispensable determinar cuáles son las circunstancias que deberán tenerse en cuenta en cada caso para llevar a cabo tal ponderación. En otras palabras, cuáles son los elementos que permitirán analizar estos intereses en conflicto. Fernández Acebo⁷⁰⁰ entiende que deberá tenerse en cuenta la gravedad del delito, el grado de imputación del sujeto, su participación en los hechos y si la información que se pretende obtener guarda o no relación con el delito investigado, a fin de no adoptar medidas desproporcionadas.

Coincide en este sentido Pérez Marín⁷⁰¹ al sostener que debe tenerse en cuenta la naturaleza del delito, su gravedad y el éxito de la medida, es decir, la posibilidad o no de llegar a su descubrimiento por otros medios menos traumáticos. De tal forma, la gravedad del delito investigado resulta un baremo a tener en cuenta para ponderar cuál es el interés del Estado y, por ende, de la sociedad, en la persecución de los hechos delictivos.

La jurisprudencia en general no ha sido ajena a la consideración de la gravedad del delito para sostener la proporcionalidad de una medida de investigación corporal. Así lo sostuvo el Tribunal Constitucional español al referirse al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, considerando que resulta necesario [...] *que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no*

⁶⁹⁹ Vid AROCENA, Gustavo, “La protección del imputado frente a injerencias indebidas...”, op.cit., p.172.

⁷⁰⁰ FERNÁNDEZ ACEBO, M. Dolores, *Las Intervenciones Corporales ...*, op.cit., p. 246.

⁷⁰¹ PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *Inspecciones, registros...*, op.cit. p. 57.

*resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes*⁷⁰².

Incluso la Corte Constitucional de Colombia lo puso de resalto al afirmar que [...] *el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica para determinar si la afectación de los intereses individuales en juego, resulta proporcionada a la relevancia del bien jurídico que se busca salvaguardar con la medida de intervención corporal ordenada y para ello se deben identificar los valores e intereses en colisión, definir la dimensión de su afectación y de su importancia, y ponderarlos para determinar si esa relación resulta desproporcionada. Es por ello que, en algunos países, este tipo de medidas solo es permitido cuando se trata de delitos graves*⁷⁰³.

De tal forma, la gravedad del delito debe ser evaluada a fin de determinar la proporcionalidad de la medida y no sería admisible una intromisión de carácter grave frente a un hecho delictivo de escasa entidad. El punto a dilucidar es el parámetro a utilizar para precisar que estamos ante un delito grave que amerita la medida de investigación corporal. Así Duart Albiol⁷⁰⁴ entiende que existen dos criterios que pueden utilizarse en forma conjunta o separada: la naturaleza delictiva y la gravedad de la pena.

⁷⁰² STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6. Dicha resolución hace referencia igualmente a todos los requisitos que justifican una injerencia en derechos fundamentales, siendo los siguientes [...] *la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (considerado como tal “el interés público propio de la investigación de un delito y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal”); que exista una previsión legal específica de la medida limitativa del derecho, no pudiendo ser autorizada la misma sólo por la vía reglamentaria (principio de legalidad); que, como regla general, se acuerde mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la Policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad); y finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (juicio de idoneidad), que la misma resulte necesario o imprescindible para ello, esto es, que nos existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad).*

⁷⁰³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-822/05, de 10 de agosto, párr. 4.1.

⁷⁰⁴ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros...*, op.cit., p. 407.

Cuando hacemos referencia a la naturaleza delictiva, lo que se tiene en cuenta es el bien jurídico protegido por la norma que castiga el hecho delictivo, en tanto que la gravedad de la pena se refiere a la penalidad en abstracto prevista para el delito investigado. De tal forma, se abarca en su totalidad la relevancia jurídico penal de los hechos que motivan la injerencia estatal, relevancia que ha sido previamente determinada por el legislador.

Ahora bien, la consideración de la gravedad del delito a los fines de determinar la proporcionalidad de la medida ha dado lugar a distintas posiciones en la doctrina, en cuanto a la posibilidad de establecer en la legislación un catálogo de delitos graves que justifiquen acordar una medida adecuada a cada caso concreto. En esta postura encontramos a Montero La Rubia⁷⁰⁵ quien considera que para las medidas de identificación genética debería establecerse un límite legal, ya sea en función de la pena en abstracto o a través de un listado de delitos, porque ello evitaría desvirtuar el principio de proporcionalidad que exige ponderar la gravedad del hecho para legitimar la medida.

Sin embargo, compartimos con Iglesias Canle⁷⁰⁶ que ello carece de utilidad toda vez que, si el juicio de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto debe ser realizado por el órgano judicial al momento de resolver sobre la medida de investigación corporal, dicho juicio sólo puede hacerse respecto de cada sujeto en concreto, determinando la mayor o menor lesividad de la medida y sus posibilidades de éxito teniendo en cuenta las condiciones y características de cada persona. Habrá medidas que, aun siendo leves, resulten desproporcionadas en el caso en particular, por lo que carece de relevancia la existencia de cualquier listado que pudiera realizarse en la legislación procesal vinculados con los tipos

⁷⁰⁵ MONTERO LA RUBIA, Francisco, “Las Intervenciones Corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, www.mjusticia.gob.es, (fecha de visita 20/11/15). Asencio Mellado participa de la misma idea pues considera que una futura reforma procesal debería incluir un listado escalonado y en relación a cada uno de los delitos, debiendo contener además un orden de prelación de las medidas de intervención corporal, en atención a su carácter más o menos grave. (cit. por DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros...*, op.cit, p.407, nota 705).

⁷⁰⁶ IGLESIAS CANLE, Inés, *Investigación penal sobre el cuerpo...*, op.cit., p. 101.

penales previstos en la ley sustantiva o el monto de la pena conminada en abstracto para cada uno de ellos.

Amén de ello, igualmente pueden tenerse en cuenta otras circunstancias que justifican la restricción de derechos fundamentales como puede ser la modalidad delictiva o la relevancia social del hecho. En tal sentido, del voto de la Dra. Highton de Nolasco surge que [...] *en la presente causa se investigan delitos de sustracción, retención y ocultamiento de menores de 10 años (art.146 del Código Penal), supresión y/o alteración de la identidad de un menor de 10 años (art. 139, inc.2 del Código Penal) y falsedad ideológica de instrumentos destinados a acreditar la identidad de las personas (art. 293 del código citado), hechos que a su vez aparecen vinculados con sucesos que constituyen crímenes de lesa humanidad, cuales son la desaparición forzada de personas de la que resultaría víctima Laura Beatriz Segarra. [...] Por lo tanto, al ponderar los intereses que aparecen involucrados, es necesario tener en cuenta determinadas circunstancias que, de manera conjunta, han de confluir en el análisis. Por un lado, las circunstancias históricas en las que se produjeron los sucesos, y su vinculación con la investigación de otros delitos y con las obligaciones del Estado en virtud de los instrumentos internacionales que forman parte de nuestro bloque constitucional. Por otra parte, no puede dejar de evaluarse cuáles serán los efectos directos e inmediatos que se habrán de producir como consecuencia de la prueba cuya producción se cuestiona en aquellas personas que, de una forma u otra, resultan involucradas en esta causa, y serán necesariamente alcanzadas por los resultados que pudiera arrojar la misma*⁷⁰⁷.

⁷⁰⁷ CSJN Fallos 332:1769. En este caso, como otros citados, se juzgó la responsabilidad penal de los apropiadores de menores durante la última dictadura militar. La necesidad de la práctica de ADN se encontraba vinculada con la necesidad de determinar el vínculo biológico con los familiares de los desaparecidos que se habían constituido como querellantes en esos procesos, más que con la prueba de los ilícitos, los cuales ya habían sido acreditados mediante otros elementos probatorios. De ahí la importancia de ponderar los intereses en conflicto, teniendo en cuenta el interés de los familiares de los desaparecidos en encontrar a los niños nacidos en cautiverio y poder restablecer el vínculo familiar.

Igualmente ha dicho el Tribunal Constitucional español que [...] *la gravedad de la “infracción punible no puede estar determinada únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, aunque indudablemente es un factor que debe de ser considerado, sino que también debe tenerse en cuenta otros factores, como los bienes jurídicos protegidos y la relevancia social de aquélla” (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2). Por ello, hemos afirmado que el delito de contrabando de tabaco cometido por una organización delictiva puede ser considerado grave en atención al bien jurídico protegido –dada la incidencia de la actividad, no sólo sobre los intereses recaudatorios de la hacienda pública, sino también sobre la finalidad extrafiscal inherente a la imposición específica sobre los consumos, justificada en el caso del tabaco por los costes sociales, sanitarios en concreto, que genera por tratarse de un producto perjudicial para la salud-, y al elemento de que sean organizaciones complejas las que se dediquen a su comisión, por la potencial eficacia de dichas organizaciones en su embate contra los intereses sociales y públicos garantizados por la legalidad que atacan (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2, reiterado en SSTC 14/2001, de 29 de enero, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 3; 82/2002, de 22 de abril, FJ 4)*⁷⁰⁸.

Es por ello que consideramos que, si bien la gravedad del delito es un elemento importante a los fines de determinar la proporcionalidad de la medida, este debe ser uno de los parámetros que deberá tener en cuenta el órgano judicial al disponer la medida pero no podrá ser excluyente de otros igualmente relevantes como la trascendencia social o la modalidad delictiva, por ejemplo, cuando se trate de organizaciones criminales. Entendemos que estas circunstancias deberán evaluarse en cada caso en particular.

Así las cosas, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida de investigación corporal, deberá analizarse si la práctica de la misma permite

⁷⁰⁸ STC 104/2006, de 3 de abril, FJ 3.

concluir que el sacrificio de los derechos fundamentales del imputado guarda una relación adecuada con el interés general de la persecución penal. En otras palabras, en la ponderación de los intereses en conflicto resulta de mayor relevancia el interés social tomando en cuenta parámetros que resultan importantes, más allá de la gravedad del delito y, por ello, la limitación del interés individual, en tanto se afectan derechos fundamentales del imputado, resulta razonable en el caso concreto. Solo en estos supuestos, es decir, cuando se pueda afirmar esta adecuada relación podrá sostenerse la legitimidad de la misma.

4. Consentimiento del imputado

4.1 Determinación de su necesidad

Uno de los temas centrales en este tipo de diligencias, que implican una afectación a los derechos fundamentales y que tienen por finalidad la búsqueda en el cuerpo del imputado de datos que permitan acreditar circunstancias relevantes para el proceso, es determinar si resulta o no necesario contar con el consentimiento de éste para poder llevar a cabo la medida.

Indudablemente los órganos estatales en el ejercicio del *ius puniendi* se encuentran facultados legalmente para llevar a cabo la actividad necesaria que le permite reunir los elementos probatorios que podrán dar sustento a una sentencia condenatoria. Por supuesto, esta actividad debe desarrollarse dentro de ciertas reglas que establece expresamente el legislador. El problema con el cual nos enfrentamos, en este tipo de medidas que constituyen una investigación corporal, es si se requiere el asentimiento del imputado para su práctica o el órgano estatal puede suplir tal consentimiento.

Este análisis, y la postura que se tome sobre tal circunstancia, tiene consecuencias para la actividad procesal posterior pues estaremos frente a la posibilidad de utilizar o no la fuerza para poder realizar la medida oportunamente ordenada. En otras palabras, las conclusiones a las cuales se llegue sobre la necesidad o no de consentimiento tiene repercusiones en cuanto a la posibilidad de practicarlas coactivamente o no.

Ciertamente y, en este punto coincide la doctrina en general, siendo una medida que afecta derechos fundamentales, el consentimiento del imputado otorga legitimidad a la misma, en tanto y en cuanto es el propio titular de los derechos afectados quien acepta que el Estado avance sobre los mismos. Dicho de otro modo, si ordenada la medida por el órgano estatal competente y notificada al imputado, este se somete voluntariamente a la misma, no existe ninguna otra exigencia en tal aspecto para su realización.

Sin perjuicio de lo anterior, es de destacar que la aceptación del imputado no significa un cheque en blanco que se otorga a la autoridad estatal, toda vez que como sostiene Duart Albiol⁷⁰⁹, aun cuando exista consentimiento, no podrá practicarse ninguna diligencia que sea contraria a la dignidad humana, constituya un trato inhumano o degradante, o implique un grave riesgo para la salud o la vida de la persona.

La validez de tal consentimiento requiere, indudablemente, que el mismo haya sido prestado libremente, para lo cual es necesario que se trate de un consentimiento informado. Esto implica que se le debe haber explicado al imputado la medida de intervención corporal dispuesta, la finalidad de ésta, así como el modo de llevarla a la práctica, debiendo contar con el asesoramiento de su defensor. En estas condiciones, se entiende que el consentimiento prestado lo ha sido en forma libre y voluntaria.

⁷⁰⁹ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p.193.

Si bien la legislación provincial nada dice al respecto, encontramos en la normativa nacional expresa referencia al consentimiento en el artículo 175 CPPNación, referido a los exámenes corporales: “[s]i la persona que ha de ser objeto de examen, informada de sus derechos, consintiere en hacerlo, el representante del Ministerio Público Fiscal ordenará que se practique sin más trámite”. De tal forma, el legislador ha impuesto al órgano estatal la obligación de informar el contenido de la medida y los derechos que le asisten a la persona sobre la cual se va a practicar la misma.

La dificultad surge claramente cuando dicho consentimiento es negado, es decir, cuando el imputado se niega a someterse a dicha medida. La siguiente pregunta es si resulta posible prescindir de tal consentimiento y cuál sería el camino procesal para realizarlo.

Por cierto, el ejercicio del *ius puniendi* no puede quedar a merced de la voluntad del imputado porque ello haría imposible cualquier actuación estatal. En este sentido la vía procesal que permite otorgar validez a la práctica de una medida de esta naturaleza es la decisión judicial motivada. Afirma Gullco⁷¹⁰ que, a falta de consentimiento válido por parte del imputado, para la práctica de una inspección corporal, resulta imprescindible una orden judicial, en cuyo caso sería constitucionalmente válido prescindir de dicho consentimiento.

Ello implica que será necesaria la autorización judicial frente a la negativa del imputado a someterse a una medida de investigación corporal. De tal forma, deberá el órgano jurisdiccional resolver si de acuerdo a los principios de proporcionalidad y racionalidad, se justifica la práctica de la medida, debiendo tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto. Sostiene Salom

⁷¹⁰ GULLCO, Hernán, “¿Es necesario el consentimiento del interesado...?”, op.cit., p. 130.

Escrivá⁷¹¹ que el Juez deberá emitir una resolución fundada explicando las razones que justifican la medida, teniendo en cuenta, además del principio de proporcionalidad, la mayor o menor gravedad del delito y la naturaleza y complejidad del caso.

En este sentido, el legislador nacional regula la necesidad de la decisión jurisdiccional ante la falta de consentimiento del imputado. Así lo establece en el ya mencionado artículo 175, debiendo resolver el Juez de Garantías el pedido del Ministerio Público Fiscal, quien deberá explicar las razones de la negativa del imputado. El Juez ordenará la diligencia siempre que fuera necesaria para constatar circunstancias relevantes para la investigación y no existiere riesgo para la salud o la dignidad de la persona⁷¹².

Así, afirman Romeo Casabona y Romeo Malanda⁷¹³ que la resolución judicial debe contener todos y cada uno de los extremos que abarca la medida de investigación corporal, debiendo ser sometidos a la ponderación en función de los principios de proporcionalidad y razonabilidad y acreditando las razones que justifican su decisión. Coincide Riquert⁷¹⁴, al entender que el Juez de Garantías, como tercero imparcial, está llamado naturalmente a resolver el conflicto suscitado ante la negativa del imputado de someterse a una medida de investigación corporal. Y en esta intervención deberá contemplar la magnitud de la medida y el modo de ejecutarla a fin de analizar la razonabilidad de la misma.

⁷¹¹ SALOM ESCRIVÁ, Juan Salvador, “Problemas procesales de la práctica...”, op.cit., p.207.

⁷¹² Debe tenerse en cuenta que la legislación procesal nacional establece en el art. 10 que la restricción de derechos fundamentales debe realizarse de conformidad con los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad. Principios éstos que el órgano jurisdiccional también deberá valorar en su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

⁷¹³ ROMEO CASABONA, Carlos, ROMEO MALANDA, Sergio, *Los identificadores del ADN...*, op.cit., p.119.

⁷¹⁴ RIQUERT, Marcelo Alfredo, “La solicitud de intervenciones corporales en el marco de la Investigación Penal Preparatoria”, <http://riquert-procesopenal.blogspot.com.ar>, (fecha de visita 25/03/15).

De tal forma, la existencia de una decisión jurisdiccional que resuelve en forma motivada y conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad la procedencia de la medida de investigación, otorga legitimidad a su práctica y suple el consentimiento del imputado, superándose así el test de constitucionalidad.

Sin embargo, la existencia de una decisión jurisdiccional no agota el tema pues, puede existir dicha resolución, pero el destinatario de la misma negarse a someterse a su realización. Las posibles soluciones han dividido a la doctrina en general, fundamentalmente en lo que respecta a la posibilidad de imponer coactivamente su cumplimiento.

4.2 Imposición coactiva de la medida

La posibilidad de utilizar la *vis* compulsiva para realizar una medida de investigación corporal a la cual se ha opuesto el imputado, se encuentra íntimamente vinculado con dos temas centrales, a saber: la consideración del imputado como objeto de prueba y el derecho a no declarar contra sí mismo.

Ya vimos en capítulos anteriores que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomó posición al respecto desde muy temprano, considerando que deben distinguirse los casos en los cuales el imputado debe ser considerado objeto de prueba y los supuestos en los cuales el imputado actúa como órgano de prueba. Así concluyó que *[...] desde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en que cabe*

*prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos –como el de autos- en que la evidencia es de índole material*⁷¹⁵.

De tal forma, siendo un objeto de prueba, éste se presenta como un instrumento de la actividad probatoria. Es decir, el imputado no aporta elementos probatorios con su propia actividad, sino que su cuerpo, como entidad física, va a ser objeto de investigación porque en él se encuentran los materiales probatorios. Distinta es la situación cuando actúa como órgano de prueba. Entiende Hairabedián⁷¹⁶ que, en este caso, al ser el propio imputado quien va a producir la evidencia con su actividad, se entiende que no está obligado a realizar la misma porque implicaría una violación a la cláusula contra la autoincriminación. Tales serían los casos de declaraciones o la obligación de realizar un cuerpo de escritura, entre otros.

Ahora bien, debe determinarse si esta consideración del imputado como objeto de prueba en determinados supuestos, conlleva la posibilidad de imponer coactivamente la realización de la medida de investigación corporal. En este punto, la doctrina argentina, en general, considera que se trata de una obligación procesal y, por lo tanto, tiene el imputado el deber de tolerar este tipo de medidas que pueden, incluso, ejecutarse mediante el uso de la fuerza física⁷¹⁷.

En este sentido, afirma García⁷¹⁸ que pesa sobre el imputado una serie de deberes comprendidos dentro del deber genérico de sometimiento a la jurisdicción, tales como el deber de presentación personal y la sujeción a medidas

⁷¹⁵ CSJN Fallos 255:18.

⁷¹⁶ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Novedades sobre la prueba judicial*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2008, p.37.

⁷¹⁷ Precizando las consecuencias de considerarlo una obligación procesal, entiende Huertas Martín que la negativa del imputado puede tener dos efectos: o bien el cumplimiento de la sanción jurídica prevista para el caso de incumplimiento o bien, ser sometido mediante el empleo de la fuerza física a la ejecución de la medida. Por el contrario, si el sometimiento se asume como una carga procesal, la negativa del imputado derivaría para aquél una desventaja procesal que consistiría en que su conducta podría ser valorada como un indicio de culpabilidad por el órgano sentenciador. (HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal...*, op.cit., pp. 403 y ss.)

⁷¹⁸ GARCÍA, Luis, “El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación...”, ob.cit., p.259.

coercitivas previstas en la ley. A igual conclusión llega Tapia⁷¹⁹, quien entiende que el imputado de un proceso penal debe someterse a determinadas obligaciones procesales y siempre existe la posibilidad de sufrir coacción directa.

En el ordenamiento procesal nacional se encuentra prevista la posibilidad de utilizar la *vis* compulsiva para llevar a cabo los exámenes de ADN. El artículo 169 CPPNación autoriza mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, determinando que la extracción “[...] será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.” Igual disposición encontramos en la legislación procesal provincial que admite el uso de la fuerza física para llevar a cabo la medida dispuesta⁷²⁰.

Como vemos, los legisladores nacionales y provinciales han establecido la posibilidad de la utilización de la fuerza para poder llevar a cabo las medidas de investigación corporal. Sin embargo y, en rigor de verdad, han plasmado en la normativa procesal lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había admitido a través de su jurisprudencia mucho antes.

Así nuestro Máximo Tribunal, en los diversos fallos mencionados *supra*⁷²¹, resolvió que en los supuestos en los cuales el imputado es portador del elemento de prueba, actuando en estos casos como sujeto de comprobación, puede ser forzado para la práctica de la medida. En otras palabras, la CSJN entiende que cuando puede prescindirse de la voluntad del sujeto, porque interviene simplemente como objeto de prueba, los órganos judiciales se encuentran

⁷¹⁹ TAPIA, Juan Francisco, “Extracciones hemáticas compulsivas...”, op.cit., pp.125 y ss.

⁷²⁰ Vid art.211 CPPMza transcripto en nota 124.

⁷²¹ CSJN Fallos 255:18, 300:894, 320:1717, 318:2518, entre otros.

habilitados para realizar compulsivamente la actividad procesal oportunamente ordenada.

Así fue admitido, igualmente, por la doctrina argentina, aceptando la posibilidad de practicar compulsivamente medidas de investigación corporal, en tanto no requieran de una colaboración activa del imputado pues lo que está prohibido es coaccionarlo cuando éste actúa como sujeto u órgano de prueba.

En este sentido afirma De Luca⁷²² que en estos casos la voluntad del imputado es irrelevante, tanto si se niega como si está inconsciente, porque no se le está obligando a declarar contra sí mismo o a proveer al Estado de alguna prueba de otra naturaleza testimonial o comunicativa. Por el contrario, el resultado depende exclusivamente de un análisis clínico o de un examen médico y no de su voluntad.

Coincide Vismara⁷²³ al considerar que en estos casos la información no es aportada directamente por el imputado, con lo cual no se violaría el derecho a no declarar contra sí mismo. Tampoco puede considerarse una medida humillante o degradante puesto que se trata de prácticas que se realizan en centros hospitalarios y por personal idóneo. Por tales razones, en el caso de pequeñas extracciones de sangre, es coherente sostener que el órgano de investigación puede someter a un imputado, aun contra su voluntad, a la realización de la medida siempre que no aparezca como desproporcionada a los fines del proceso.

Igualmente, Spolansky⁷²⁴ llega a la misma conclusión pues entiende que los órganos judiciales se encuentran habilitados para investigar circunstancias que permitan esclarecer la posible responsabilidad del imputado. Dentro de este

⁷²² DE LUCA, Javier, “Notas sobre la cláusula contra...”, op.cit., p.268.

⁷²³ VISMARA, Santiago, “Extracción compulsiva de sangre y búsqueda de la verdad. Los derechos a la intimidad y a la identidad”, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (Dir. Leonardo Pitlevnik), núm. 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pp.217 y ss.

⁷²⁴ SPOLANSKY, Norberto, “Nadie está obligado a declarar contra sí mismo...”, op.cit., p.705.

conjunto de actos que constituye una gama muy extensa, existen varios que requieren la presencia del mismo. Sin embargo, en estos actos el imputado no hace nada sino que otros hacen y, por ello, el Estado puede valerse de la coacción para practicarlos. Los dos límites infranqueables para el uso de la fuerza son que no se puede compeler al imputado para que haga algo y que debe respetarse su dignidad.

Vemos que esta consideración del imputado como objeto de prueba no sólo surge del derecho procesal sino también del derecho penal. Así lo puso de manifiesto Maier, afirmando que “[...] el imputado es objeto de prueba (tema *probationis*), unas veces por imposición del derecho penal (circunstancias personales, aptitud biológica o biopsicológica para delinquir –imputabilidad- y determinadas circunstancias de las mismas figuras delictivas como por ejemplo, el art. 88 de nuestro Código Penal⁷²⁵) y otras por imperativo del derecho procesal en razón de las necesidades genéricas (individualización-reconocimiento e identificación) sobre el delito, su autor y partícipes. En este sentido, es irrelevante la voluntad del imputado y no es necesario su consentimiento para llevar a cabo el acto [...] Por lo tanto, los actos que implican meramente su colaboración pasiva son posibles de realizarse aun en contra de su expresa voluntad”⁷²⁶.

Es que como bien ponen de resalto Chieri y Zannoni⁷²⁷: el derecho a no autoincriminarse opera en el ámbito en el cual se requiere un acto de voluntad del imputado pero las pruebas de inspección corporal o mental del imputado son de orden material y forman parte de los actos de investigación del delito que se le atribuye al imputado.

⁷²⁵ Art.88 CP: “Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.”

⁷²⁶ MAIER, Julio, *La Ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, Vol. II, pp. 49 y ss.

⁷²⁷ CHERI, Primarosa, ZANNONI, Eduardo, “Prueba del ADN”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p.204.

De tal forma, la doctrina argentina, en consonancia con la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha aceptado –incluso antes de que existiera previsión legislativa-, la posibilidad del uso de la *vis* compulsiva en la práctica de las medidas de investigación corporal por considerar que se encuentra dentro de las facultades coercitivas que poseen los órganos judiciales en el ejercicio del *ius puniendi*.

Ahora bien, no puede obviarse que debe observarse la proporcionalidad en el uso de la fuerza, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso y debiendo ser siempre respetuoso de la dignidad. Esta exigencia no constituye un dato menor toda vez que el análisis que lleve a cabo el órgano jurisdiccional en oportunidad de autorizar el uso de la fuerza, determina la legitimidad de la medida.

Esta necesidad de evaluar todas estas circunstancias en cada supuesto ha sido puesta de resalto por Hairabedián⁷²⁸. Considera el autor que teniendo en cuenta los parámetros que surgen del principio de proporcionalidad, deberá considerarse el grado de lesión o invasión corporal de la medida dispuesta, la necesidad de practicar el acto y, fundamentalmente, el uso de la fuerza mínima indispensable para la ejecución. No puede perderse de vista que la realización compulsiva de una medida de investigación corporal no puede derivar en lesiones o riesgo para la salud del imputado.

Por estas razones, debe preferirse siempre la medida que implique el menor uso de la fuerza y conlleve el menor riesgo. Así es posible reemplazar una extracción compulsiva de sangre por una medida menos gravosa, como puede ser obtener las muestras de ADN del cabello del imputado, priorizar la extracción de sangre sobre la de líquido cefaloraquídeo, o un examen radiológico a una

⁷²⁸ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Novedades sobre la prueba* ..., op.cit., p. 44.

inspección anal a fin de determinar si el imputado tiene escondido algún elemento en su cuerpo.

Entendemos así que el cumplimiento coactivo de una medida de investigación corporal, dispuesta en función de los principios de razonabilidad y proporcionalidad son constitucionalmente válidos. El límite a la *vis* compulsiva lo constituye el riesgo para la salud del imputado o cualquier actuación que pueda constituir un trato humillante o degradante, punto de inflexión en el cual no se podrá hacer uso de la fuerza⁷²⁹.

4.3 Breve referencia al derecho español

La posibilidad del uso de la *vis* compulsiva para realizar este tipo de medidas de investigación ha sido un tema que ha dividido a la doctrina española, fundamentalmente por la inexistencia, hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de una disposición normativa que la autorizara. Si bien la doctrina y, principalmente, la jurisprudencia argentina la admitió aun sin habilitación legislativa, no ocurrió lo mismo en el ámbito jurídico y judicial español.

Dentro de quienes consideran que es factible la ejecución forzosa de la medida, aun sin previsión normativa, encontramos a Richard González⁷³⁰ quien entiende que, siendo proporcional y razonable la misma, la autorización para

⁷²⁹ En este aspecto, nos ilustra Carbone, al citar la Sentencia n° 556 de la Sala Constitucional de la CSJ Costa Rica que resolvió que la extracción de semen por medio de masturbación o masaje prostático para poder obtener el ADN, atenta contra la integridad moral del individuo porque afectan gravemente el pudor y eventualmente puede degradarse. Tampoco admite la posibilidad de que la extracción se realice por intervención quirúrgica con incisión para obtener del testículo la muestra perseguida porque ello conlleva un grave riesgo para la salud y no resulta proporcional teniendo en cuenta que puede recurrirse a otros métodos de corroboración como la sangre o la saliva. (CARBONE, Carlos, *La prueba penal...*, op.cit., p. 111).

⁷³⁰ RICHARD GONZÁLEZ, Martín, *Análisis Crítico de las Instituciones Fundamentales del Proceso Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp.274 y ss.

obtener una muestra de saliva es absolutamente legítima y que no existe ningún impedimento para utilizar la fuerza pública como sucede en otros tantos supuestos en el curso del proceso penal. Refiere el autor que cuando el Juez ordena una detención, no se le pregunta amablemente al detenido sobre su predisposición a someterse voluntariamente a la medida, sino que se procede a su detención y, en el supuesto que éste se resista, se aplica la fuerza necesaria. En función de ello, considera Richard González que no existe ninguna diferencia con una medida de intervención corporal y que, en definitiva, se trata de las facultades de las cuales gozan los órganos estatales como depositarios del monopolio de la fuerza por el Estado.

Concuerda Matallín Evangelio⁷³¹ al afirmar que, existiendo una resolución judicial debidamente fundada, el imputado no puede impedir su realización pues no existe un derecho constitucional a no someterse a estas pruebas y sí la obligación de soportarlas. Por dicha razón no ve impedimento para la utilización de la *vis física* para la ejecución de la medida de investigación corporal, en tanto y en cuanto esta sea adecuada, necesaria y proporcionada.

Esta solución también fue adoptada por González-Cuellar Serrano⁷³² que considera necesaria y admisible el uso de la coacción directa para realizar la medida dispuesta. Añade que, al estar obligado a soportarla, si se resistiera es perfectamente admisible que los órganos de persecución procedan a la detención del imputado y a la aplicación de la fuerza, siempre y cuando la misma no sea desproporcionada, debiendo evaluarse en cada caso concreto.

⁷³¹ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, *Intervenciones corporales...*, op.cit., p.124.

⁷³² Cit. por FERNÁNDEZ ACEBO, M. Dolores, *Las intervenciones corporales...*, op.cit., p.272.

De la misma opinión es Martín Pastor⁷³³ pues asevera que la posibilidad de utilizar la fuerza física para la obtención de muestras biológicas del imputado, se encontraría avalada por las Reglas de Mallorca, que expresamente reglamenta en el artículo 23 que las intervenciones corporales podrán ser acordadas por la autoridad judicial, sin el consentimiento del imputado, cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, atendiendo a la gravedad del mismo y a la falta de riesgo para la salud del afectado.

A diferencia de la postura de los autores citados, la tesis que sostiene la necesidad de una disposición normativa que autorice el uso de la fuerza física ha prevalecido en la doctrina española, a partir de la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

En efecto, el Tribunal Constitucional hizo lugar al amparo presentado por incompatibilidad con el derecho fundamental a la intimidad personal, no solo por la forma de la resolución que ordenaba un reconocimiento médico sino también por la forma en que se dispuso su cumplimiento, resolviendo que la demandante debía ser preservada frente a cualquier ejecución de la medida ordenada, *[...] ejecución a la que en otro caso podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración de que esta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero no, claro está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 de la Constitución*⁷³⁴.

En similar sentido ha resuelto el Tribunal Supremo que *[...] en aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste*

⁷³³ MARTÍN PASTOR, José, “Avances jurisprudenciales y legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal”, *Investigación, Genética y Derecho* (Coord. Carmen Salcedo Beltrán), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.109.

⁷³⁴ STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8.

*niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal sometida a una reserva legal explícita –hoy por hoy, inexistente- que legitime la intervención sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia impuesta para el sacrificio de los derechos afectados*⁷³⁵.

Como puede advertirse, el Tribunal Constitucional desde temprana jurisprudencia tomo posición en cuanto a la imposibilidad de utilizar la fuerza para la práctica de medidas de investigación corporal. En tanto que el Tribunal Supremo pone de manifiesto la necesidad de que exista una previsión legal que admita el uso de la coacción física para llevarlas a cabo.

Es por ello que, si bien se admite la posibilidad de imponer coactivamente la práctica de las medidas de intervención corporal, algunos autores entienden que se requiere una disposición normativa que así lo disponga. En efecto, Moreno Verdejo⁷³⁶ afirma que es perfectamente admisible una disposición legal que autorice el uso de la fuerza igual que ocurre con otra serie de injerencias que ofrecen una mayor oposición física, tales como negarse a ir a prisión, a ser conducido a un juzgado o a desalojar un lugar determinado. Coincidentemente De Hoyos Sancho⁷³⁷ pone de resalto asimismo la necesidad de una norma

⁷³⁵ STS 827/2011, de 25 de octubre, FJ III, A) 4, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Manuel Marchena Gómez. Art. 549.1. LOPJ: “Corresponden específicamente a las unidades de Policía Judicial las siguientes funciones:

c). La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal.”

⁷³⁶ MORENO VERDEJO, Jaime, “Algunos problemas de la identificación penal a través de la prueba pericial de ADN: ámbito, asistencia letrada y empleo de la fuerza”, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos* (Coords. María Casado y Margarita Guillén), Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, 2014, p.141.

⁷³⁷ DE HOYOS SANCHO, Monserrat, “Estudio crítico de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de los requisitos y garantías en la toma de muestras de ADN del sospechoso”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 36, Enero-Junio 2012, Universidad de Deusto, Bilbao, p. 161.

habilitante para poder obtener coactivamente muestras corporales del imputado⁷³⁸.

Estos requerimientos que surgieron tanto de la jurisprudencia como de la doctrina española, entendemos que hoy se encuentran resueltos a partir de la reforma introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, en el apartado 6 del artículo 520 LECrim, que otorga una autorización expresa para imponer la ejecución forzosa de la diligencia de *frotis* bucal⁷³⁹.

Del análisis del artículo en cuestión se advierte, sin embargo, que la posibilidad de la utilización de la *vis* compulsiva es mucho más acotada que la prevista en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 ya que se limita exclusivamente al *frotis* bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007 que regula la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Asimismo, como sostiene González-Montes Sánchez⁷⁴⁰ únicamente el Juez instructor puede imponer la ejecución forzosa de la medida, debiendo ser acordada en una resolución motivada que exponga las razones de su ejecución.

⁷³⁸ En este sentido, el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 admite el uso de la fuerza para la práctica de todas las medidas de investigación corporal. Así establece en el artículo 48: “Obligaciones del encausado. 2. El encausado está obligado a someterse a los registros e intervenciones corporales que hayan de practicarse de conformidad con lo establecido en este Código. En caso de incumplimiento de la obligación podrá utilizarse la fuerza que resulte idónea, necesaria y proporcionada para la ejecución de la medida.”. Asimismo, prevé la posibilidad de la compulsión física cuando regula los Registros corporales externos y la toma de muestras del encausado (arts. 281 y 288 del Borrador).

⁷³⁹ Art. 520 LECrim: “[...] 6. La asistencia del abogado consistirá en:

c) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten.

Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante *frotis* bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas de su dignidad.”

⁷⁴⁰ GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis, “Reflexiones sobre el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-06 (2015), p.17, <http://criminnet.ugr.es>, (fecha de visita 18/12/15).

Ello implica que solamente se admite la ejecución forzosa a los fines de la obtención de muestras de ADN, con lo cual –según la jurisprudencia del Tribunal Supremo–, no podría aplicarse a otra medida de investigación corporal por no existir una habilitación legal. Asimismo, teniendo en cuenta que el artículo hace referencia a las previsiones de la LO 10/2007, se podrá realizar la diligencia en aquellos supuestos en los cuales se investiguen delitos graves, es decir, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizada con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas y también en los casos de delincuencia organizada⁷⁴¹.

Como vemos, el legislador ha limitado el uso de la fuerza solo a delitos graves y en una medida de investigación corporal menos gravosa como es el *frotis* bucal. Coincide en este aspecto con la posición que en su momento sostuvo Iglesias Canle⁷⁴² quien admitía la ejecución forzosa siempre que se respete la proporcionalidad y solo respecto de aquellos bienes jurídicos que tengan especial protección, es decir, que se trate de delitos especialmente graves.

4.4 Aspectos distintivos de las pruebas neurocientíficas

Especial consideración merecen en este punto, el análisis de las pruebas neurocientíficas que puedan utilizarse en el proceso penal. Si bien cabe la posibilidad de catalogarlas como medidas de investigación corporal, lo cierto es

⁷⁴¹ Art. 3.1 a) LO 10/2007. Se entiende por delincuencia organizada la que surge del art. 282 bis, apartado 4 de la LECrim. Esta disposición hace referencia a la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de una serie de delitos que enumera la disposición: secuestro de personas, delitos relativos a la prostitución, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, relativos a la propiedad intelectual e industrial, contra los derechos de los trabajadores, de tráfico de especies de flora o fauna amenazada, de tráfico de material nuclear y radiactivo, contra la salud pública, de falsificación de moneda, de tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, de terrorismo y contra el Patrimonio Histórico.

⁷⁴² IGLESIAS CANLE, Inés, *Investigación penal sobre el cuerpo humano...*, op.cit., p. 125.

que no pueden equipararse a un examen radiológico o una extracción de material biológico para determinar el ADN. Las particulares características de estas pruebas adquieren trascendencia cuando analizamos la necesidad de que el imputado preste o no su consentimiento para llevarlas a cabo y como consecuencia de ello, la posibilidad de autorizar o no su ejecución compulsiva.

En los Capítulos anteriores hemos esbozado las dos pruebas neurocientíficas que han adquirido relevancia en el proceso penal; nos referimos al Resonador Magnético Funcional (fMRI) y a la prueba del Potencial Evocado Cognitivo (*brainfingerprinting* o P300). La primera de ellas es un conjunto de técnicas de imagen por resonancia magnética que sirve para el estudio de las áreas cerebrales que se activan cuando se somete al sujeto a ciertos estímulos. Ello permite determinar la veracidad de sus dichos en cuanto al conocimiento que tenga de los hechos y a su participación en los mismos.

En el Potencial Evocado Cognitivo u onda P300, se estudian los picos de polaridad positiva que se producen en el cerebro aproximadamente en los 300 milisegundos siguientes a la presentación de un estímulo. Ello significa que se le presentan diferentes estímulos en un monitor -pueden ser imágenes, sonidos o palabras- y, si estos resultan familiares o conocidos para el imputado, desde su cerebro se propagaran las ondas P300.

Si bien hicimos también referencia a las distintas teorías existentes sobre la mente y el cerebro, compartimos la posición que considera que la mente no es idéntica al cerebro y, por lo tanto, la actividad mental excede la mera actividad neuronal. Como consecuencia, consideramos que estas prácticas implican ingresar en la mente del sujeto y en sus intenciones, deseos y pensamientos. Aun cuando, en sentido estricto, no se pretende conocerlos a través de las palabras del imputado, lo cierto es que avanzar sobre su contenido puede considerarse amparado por el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo.

Siendo ello así, indudablemente no puede negarse que se requiere el consentimiento informado del imputado para poder efectuar cualquiera de estas dos prácticas. No se puede obligar a nadie a revelar el contenido de su mente ni tampoco acceder a ese conocimiento por otros métodos –aunque sean científicos– si la persona afectada no decide voluntariamente someterse a las mismas.

Concuerda con esta postura Libano Beristain que considera que la prueba de P300 presenta mayores analogías con lo que se considera como “declaración” y, en consecuencia, colisiona con el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable. Agrega la autora que esta prueba “[...] supone un paso más en el peligroso tránsito hacia el “Gran Hermano” orwelliano; la técnica consiste en el acceso del perito a datos provenientes del sujeto, tratando de generar estímulos frente a determinados recuerdos”⁷⁴³.

A la misma conclusión llega Villamarín López pues afirma que, al estar en juego el derecho a no declarar contra sí mismo, se requiere que el sujeto preste su consentimiento, el cual debe ser expreso, libre, inequívoco y con asistencia letrada. Este consentimiento no puede ser suplido por ninguna autorización judicial y, para otorgar validez a esa manifestación de voluntad, debería “[...] ponerse en su conocimiento el contenido de la diligencia a la que va a ser sometido, el procedimiento que se va a seguir, las garantías que se han de respetar en su práctica, su índice de fiabilidad, el derecho que tiene a guardar silencio y el tipo de resultados que se obtienen del test”⁷⁴⁴.

⁷⁴³ LIBANO BERISTAIN, Arantza, “Notas sobre la admisibilidad de la prueba neurofisiológica (P300) en el proceso penal español”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 40, Enero-Junio 2014, Universidad de Deusto, Bilbao, p.89.

⁷⁴⁴ VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección de la verdad...*, op.cit., p.148.

Tanto Sánchez Rubio⁷⁴⁵ como Sánchez Vilanova⁷⁴⁶ sostienen igualmente la necesidad de que estas prácticas se realicen con el consentimiento del imputado y, en caso de negativa de éste, no puede practicarse coactivamente por su afectación al derecho a la autoincriminación.

Si bien hemos tomado postura en cuanto a la consideración de estas pruebas neurológicas y su relación con el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, entendemos que aun en una postura opuesta tampoco podría imponerse su cumplimiento de manera coactiva.

En efecto, situémonos por un momento en las teorías reduccionistas que consideran que mente y cerebro son lo mismo y, por lo tanto, el comportamiento puede ser reducido a procesos naturales, es decir, físicos en el cerebro. Ello implica eliminar cualquier elemento intencional en la conducta y, como consecuencia directa, equiparar las prácticas que se realizan sobre el cerebro con las prácticas que pueden recaer sobre cualquier parte del cuerpo como un brazo o una pierna.

En esta posición, indudablemente, no se vulneraría el derecho a no declarar contra sí mismo, pudiendo practicarse las mismas sin el consentimiento del imputado. Llegados a este punto, la pregunta de rigor es cómo se podrían realizar cualquiera de estas dos pruebas sin la cooperación y asentimiento de la persona a la cual se va a someter a las mismas. Es imposible obligar al imputado a entrar en un resonador magnético o colocarle sensores en su cabeza si no quiere, pero, aun cuando pudiera obligársele por la fuerza, si el imputado no quiere ver las imágenes porque cierra los ojos, se tapa los oídos o no presiona los botones necesarios cada vez que aparece un estímulo en la prueba de Potencial Evocado Cognitivo (P300), no existe modo alguno forzar su ejecución.

⁷⁴⁵ SÁNCHEZ RUBIO, Ana, “El uso del test P300 en el proceso penal...”, op.cit., p.13.

⁷⁴⁶ SÁNCHEZ VILANOVA, María, “Detección de mentiras...”, op.cit., p. 155.

Como puede advertirse, es de imposible cumplimiento la práctica de estas medidas cuando no existe consentimiento y voluntad de cooperar por parte del imputado. Pretender utilizar la fuerza física para que el imputado mantenga los ojos abiertos o sostenerle la mano para que presione un botón torna desproporcionada la medida porque afecta la dignidad de la persona y constituye un trato inhumano.

Es por estas consideraciones que entendemos que, aun cuando se estime que las medidas a practicarse sobre el cerebro a fin de acceder a los conocimientos que tiene el imputado no difieren de cualquier prueba física, lo cierto es que igualmente requieren su sometimiento voluntario para legitimar su práctica. De lo contrario, la medida dispuesta carecería de validez por constituir un trato inhumano y degradante, afectando la dignidad de la persona sobre la cual se practica.

III. Recapitulación

1. Las medidas de investigación corporal implican un avance sobre los derechos fundamentales de la persona sometida al proceso y, por dicha razón, requiere la observancia de determinados presupuestos que van a legitimar su práctica. En otras palabras, por el solo hecho de afectar derechos fundamentales no son ilícitas pero sí lo serán, en tanto y en cuanto, no haya un estricto cumplimiento de las condiciones que se requieren para otorgarles validez.

2. Toda la actividad procesal es una actividad reglada en tanto ello permite garantizar el respeto a los derechos de todos los sujetos intervinientes como así también preservar la seguridad jurídica respecto del accionar del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*. En el caso particular de las medidas de

investigación corporal, se patentiza en mayor medida la necesidad de acatar los requisitos de validez de las mismas.

Existen presupuesto formales y sustanciales que tienen en cuenta cada caso en particular. La observancia de todos ellos permitirá sostener la legitimidad de la medida dispuesta, lográndose de este modo el equilibrio necesario entre el interés individual y el interés social, ambos presentes en el desarrollo de todo proceso penal.

3. El primer requisito analizado se vincula con la legalidad de toda medida de investigación corporal. Es decir, la necesidad de que exista una norma que otorgue a los órganos de persecución penal la facultad de considerar el cuerpo del imputado como fuente de prueba y, en función de ello, llevar a la práctica las diligencias necesarias para poder obtener la información que sea relevante para el proceso.

No basta con cualquier disposición normativa toda vez que debe tratarse de una ley en sentido formal y sustancial. Aun cuando en el derecho argentino –a diferencia del ordenamiento jurídico español- no existen distinciones entre las leyes dictadas por los órganos legislativos, lo cierto es que deben observarse todas las formalidades establecidas constitucionalmente para la sanción de las mismas. Tratándose de leyes de procedimiento, la competencia para su dictado le corresponde a cada Provincia pues se trata de facultades no delegadas a la Nación y así se ha plasmado en la normativa constitucional; ello sin perjuicio que resulta competencia del Congreso de la Nación todo lo atinente a las leyes de procedimiento del orden nacional.

Igualmente se requiere que se cumpla con la legalidad sustancial, lo cual significa que no sólo se deben haber cumplido con los requisitos para su dictado

por los órganos competentes, sino que también la norma dictada debe adecuarse a los principios, derechos y garantías contenido en la Constitución Nacional.

4. La legislación nacional regula con mayor precisión todo lo atinente a inspecciones, registros e intervenciones corporales en general, encontrando también disposiciones vinculadas con el análisis de ADN que establecen una reglamentación exhaustiva. Ello nos ha permitido afirmar que el ordenamiento procesal nacional cumple con el presupuesto de legalidad requerido para este tipo de medidas de investigación.

5. En el orden provincial, la norma mendocina ha regulado las inspecciones y registros corporales en tanto que ha limitado las intervenciones corporales a la finalidad de obtener la huella genética digitalizada, confundiendo medios de investigación con los que sirven para la identificación del imputado. Sin embargo, en los supuestos en los cuales la medida en sí misma tenga naturaleza de prueba pericial, el legislador ha regulado en forma expresa y precisa su procedencia y tramitación.

6. Así el principio de legalidad, se encuentra acreditado tanto en el ordenamiento procesal nacional como en el provincial. Aun cuando existen aspectos que pueden ser mejorados desde la técnica legislativa, no es menos cierto que la legislación actual permite considerar que existe autorización legal para que los órganos de persecución penal puedan ordenar medidas de investigación corporal en el proceso penal.

7. En cuanto a la autoridad que puede ordenar una medida de investigación corporal, ambos ordenamientos procesales otorgan al Ministerio Público –en cuya cabeza el legislador ha colocado la dirección de la investigación penal- facultades para disponer su práctica.

La ubicación institucional del Ministerio Público en el ordenamiento jurídico argentino garantiza su independencia funcional respecto de los otros Poderes del Estado, ello así en el orden nacional como órgano extra-poder y, con mayor razón, en la Provincia toda vez que forma parte del Poder Judicial.

Sin embargo, aun teniendo independencia funcional, su carácter de parte en el proceso penal requiere de controles y contrapesos para el debido respeto de los derechos del imputado. Por estas razones, si bien el Ministerio Público puede disponer una medida de investigación corporal, podrá practicarla siempre que exista consentimiento por parte del imputado. Caso contrario, deberá requerir al órgano jurisdiccional que autorice la medida. Por ello, la intervención del Juez de Garantías importa un debido control de la procedencia de la medida dispuesta en base a los parámetros del principio de proporcionalidad, en tanto que deberá examinar no sólo las razones que ameritan su práctica sino también si la negativa del imputado resulta o no justificada.

8. La legislación nacional establece la intervención del órgano jurisdiccional, en tanto que en la ley procesal mendocina no se establece ningún mecanismo de control de la medida dispuesta por el Fiscal de Instrucción.

La SCJMza ha validado las facultades dadas al Ministerio Público para ordenar una medida de investigación corporal, desaprovechando la oportunidad de realizar un análisis del tema con base a las garantías constitucionales y limitándose a refrendar lo dispuesto por el legislador, sin ningún tipo de valoración constitucional.

A pesar de ello, consideramos que –desde la atalaya de los principios rectores del sistema de enjuiciamiento acusatorio y del debido proceso legal- no es posible negarle al imputado la posibilidad de que el Juez de Garantías resuelva sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la medida dispuesta por el Fiscal de

Instrucción. Tratándose de medidas que afectan derechos fundamentales, la intervención del órgano jurisdiccional como tercero imparcial e independiente, resulta ineludible. No puede soslayarse que una de las funciones del Juez de Garantías, en un sistema acusatorio, es ejercer el necesario control sobre la actividad procesal del Ministerio Público en resguardo del debido respeto a los derechos fundamentales de los sujetos intervinientes y, especialmente, del individuo contra el cual se dirige la persecución penal.

9. La decisión que dispone una medida de investigación corporal debe ser motivada. En otras palabras, el órgano judicial debe dar las razones por las cuales considera que la medida de investigación corporal ordenada resulta ajustada a derecho en el caso concreto. Sólo la fundamentación de la decisión permitirá dilucidar si la misma ha analizado los hechos y circunstancias de la causa en función de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, lo cual permite a las partes utilizar los remedios procesales en caso que se considere que dicha decisión resulta arbitraria.

10. Dependiendo de la medida de investigación corporal de que se trate, resultará necesario que sea practicada por personal cualificado y conforme a la *lex artis*. Esta exigencia, amén de asegurar la eficacia de la medida dispuesta, también resguarda los derechos del imputado al evitar prácticas poco adecuadas.

11. Cumplidos los presupuestos formales deben analizarse los parámetros que permiten realizar un juicio de ponderación sobre los intereses en conflicto. En última instancia, lo que legitima una medida de investigación corporal es este juicio de razonabilidad en el cual deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, a fin de determinar si la medida resulta ajustada a derecho, superando el test de constitucionalidad.

De tal forma, deben ponderarse los medios y fines que persigue la medida dispuesta a fin de no vulnerar los derechos fundamentales en juego. Ello implica evaluar la oportunidad y eficacia de las mismas, teniendo en cuenta la afectación que produce para los derechos del imputado y los beneficios para el interés de la sociedad en general. La finalidad última de estos juicios valorativos es evitar que existan actuaciones de los órganos estatales que resulten desproporcionadas y, por ello, deben apreciarse los intereses en conflicto en función de criterios de justicia material.

12. El juicio de proporcionalidad puede desmembrarse en tres subprincipios que permiten cristalizar la justificación que avala la decisión tomada: idoneidad o adecuación, necesidad o imprescindibilidad y proporcionalidad en sentido estricto.

13. La idoneidad o adecuación permite determinar si la medida dispuesta sirve objetivamente para alcanzar el fin propuesto. En otras palabras, no se justifica una medida invasiva sobre el cuerpo del imputado si la misma no permite la obtención de elementos probatorios que se refieran al objeto del proceso. De tal forma, el límite del ejercicio de las facultades investigativa de los órganos estatales va a estar dado por el objeto de investigación, evitándose la práctica de diligencias que resultan inútiles o ineficaces para el desarrollo del proceso penal.

La necesidad de que la diligencia ordenada sea conducente para obtener alguna información relevante para el delito investigado hace referencia a la idoneidad cualitativa, es decir, que la medida por su naturaleza tenga aptitud para alcanzar su resultado. Asimismo, debe tenerse en cuenta la idoneidad cuantitativa, es decir, la posibilidad de obtener el resultado con la medida que implique una menor duración o intensidad, como podría ser la extracción de una mínima cantidad de sangre o la extracción de saliva. Para poder realizar dicho

análisis, deben considerarse las condiciones personales del imputado que determinarán su adecuación en el plano físico.

Por último, debe evaluarse también a los fines de la idoneidad de la medida, la existencia de elementos de sospecha sobre el imputado que justifique su práctica. La principal consecuencia de ello es que, no es posible llevar a cabo este tipo de diligencias que resultan invasivas de los derechos fundamentales si no existe una mínima sospecha razonable, con sustento en una labor procesal previa, que permitan sostener que el imputado ha tenido algún tipo de intervención en el hecho investigado.

14. La necesidad o imprescindibilidad se vincula, fundamentalmente, con la determinación del tipo de medida dispuesta en el caso concreto. El órgano judicial deberá analizar si existen otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del imputado que, con igual eficacia, permitan alcanzar los fines perseguidos.

Deberán preferirse los medios menos intrusivos en los derechos fundamentales siempre que permitan alcanzar el fin propuesto. En otras palabras, una medida de investigación corporal que resulta idónea en el caso concreto, debe igualmente ser necesaria por no existir una menos lesiva que permita obtener la información pertinente para el proceso penal.

15. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere al equilibrio que debe ponderarse entre el interés general y los intereses individuales involucrados. Se ingresa, así, de lleno al terreno de los valores, teniendo en cuenta todos los elementos relevantes que permitan establecer si resulta justificado limitar los derechos fundamentales del imputado en el caso concreto.

En este aspecto, debe analizarse la gravedad del delito, la trascendencia social o la modalidad delictiva. Sin embargo, no resulta conveniente que el legislador establezca un catálogo de delitos que amerite la práctica de una medida de investigación corporal porque esta ponderación de los intereses en juego debe realizarse en cada caso en concreto y teniendo en cuenta, también, las circunstancias personales del imputado en particular. Ello así puesto que habrá medidas que, aun siendo leves, resulten desproporcionadas en el caso en concreto y otras que, más gravosas en abstracto, resulten proporcionadas para ese supuesto.

16. El principio de proporcionalidad permite justificar la procedencia de la medida dispuesta teniendo en cuenta no sólo las circunstancias y gravedad del hecho investigado sino también las circunstancias personales del imputado, ponderando todos los intereses en tensión que confluyen en el proceso penal. Así se concretan las razones que sustentan que el imputado deba, en determinados supuestos, tolerar esas medidas en aras del interés general. Cuando dichas razones no existen, termina siendo contrario al interés general el sometimiento a una medida de investigación corporal.

17. El consentimiento del imputado legitima una medida de investigación corporal siempre y cuando la misma no ponga en riesgo su salud o pueda constituir un trato humillante o degradante que afecte su dignidad. En estos supuestos, no existe consentimiento válido que pueda legitimarla.

Solamente resulta válido el consentimiento informado. Ello implica que se debe haber puesto en conocimiento del imputado cuál es la medida de investigación corporal dispuesta, en qué consiste su práctica y cuál es la finalidad que se pretende alcanzar con la misma, debiendo incluso contar con el asesoramiento de su defensor. De tal forma, podrá afirmarse que dicho consentimiento ha sido prestado libre y voluntariamente.

En caso que el imputado no preste su consentimiento, resulta ineludible la existencia de una decisión judicial que, realizando un análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, justifique la práctica de la misma. En otras palabras, una resolución debidamente motivada suple la falta de consentimiento en el caso concreto, legitimando la realización de una medida de investigación corporal.

Esta decisión debe ser adoptada por el órgano jurisdiccional, toda vez que, en un sistema de enjuiciamiento acusatorio, el Juez de Garantías es quien deberá resolver el conflicto suscitado. En este punto, resulta acorde a los principios del debido proceso la legislación procesal nacional que prevé esta situación, a diferencia de la normativa provincial que nada resuelve al respecto. Lo que resulta claro es que medidas probatorias que resultan invasivas de derechos fundamentales deben estar sujetas al control jurisdiccional, sin perjuicio que la facultad de disponerlas se conceda al Ministerio Público como director de la investigación penal preparatoria. Es decir, si el imputado no presta su consentimiento oponiéndose a la práctica de la medida dispuesta por el Ministerio Público, la decisión final respecto a la razonabilidad y proporcionalidad de su realización debe ser tomada por el Juez de Garantías, quien, en última instancia, determinará su legitimidad.

18. Frente a esta decisión jurisdiccional que convalida una medida de investigación corporal dispuesta por el Ministerio Público, la negativa del imputado no impide su ejecución coactiva. Ello es así, no solamente porque la CSJN ha resuelto su constitucionalidad⁷⁴⁷ sino también porque, en estos supuestos, el imputado interviene como objeto de prueba y la posibilidad de realizar compulsivamente una actividad procesal se encuentra dentro de las

⁷⁴⁷ CSJN Fallos 255:18, 300:894, 320:1717, 318:2518, entre otros, los cuales han sido citados a lo largo del presente trabajo.

facultades coercitivas que tienen los órganos estatales de persecución penal. La excepción a dicha posibilidad, la constituyen las medidas de investigación de carácter neurológico porque se ve afectado el derecho a no autoincriminarse y exploración de la mente del imputado no puede ser catalogada como una simple fuente de información.

Ninguna decisión jurisdiccional carece de ejecutabilidad, de lo contrario estaríamos en presencia de una especie de una “resolución rogatoria” que dejaría en manos del justiciable la posibilidad de realizar este tipo de diligencias. Por dicha razón, la realización compulsiva de la medida es constitucionalmente válida pues no se obliga al imputado a aportar ninguna prueba sino que se utiliza su cuerpo como fuente de ella. Ello sin perjuicio de la expresa salvedad de las pruebas neurológicas que se ven amparadas por el derechos a no declarar contra sí mismo.

La utilización de la fuerza física en modo alguno puede significar la violación de otras garantías, como el respeto a la dignidad de la persona, o que por el tipo de medida de investigación, pueda constituir un trato humillante o degradante.

La posibilidad de utilizar la *vis compulsiva* deberá evaluarse en cada caso concreto en función de la medida dispuesta. En tanto y en cuanto la misma sea idónea, necesaria y proporcional, no signifique un riesgo para la salud del imputado y sea respetuosa de su dignidad, podrá practicarse de manera coactiva frente a la negativa injustificada del imputado.

19. El proceso penal implica siempre una tensión de intereses, todos ellos amparados constitucionalmente. Así los derechos del imputado encuentran reconocimiento en los diferentes Tratados de Derechos Humanos de la misma manera que se encuentran reconocidos los derechos de la víctima y de la

sociedad en el descubrimiento y castigo de hechos delictivos, en dichos instrumentos internacionales.

20. A fin de resolver esta tensión en el marco de un proceso penal, resulta ineludible la estricta observancia de aquellos requerimientos que justifican la actividad estatal. En función de ello, los presupuestos desarrollados en este Capítulo constituyen los parámetros esenciales que deben evaluarse para sostener que una medida de investigación corporal que afecta derechos fundamentales del imputado, resulta justificada y legítima en el caso concreto.

Capítulo V

MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN CORPORAL EN PARTICULAR

I. Palabras previas

Los avances de la ciencia y la tecnología han tenido un enorme impacto en el proceso penal, fundamentalmente, vinculado con la adquisición de elementos probatorios tanto de cargo como de descargo, que darán sustento a la sentencia que en definitiva se dicte. Como parte de estos progresos, la medicina ha aportado a las investigaciones penales significativas herramientas para la determinación de circunstancias relevantes para el proceso.

Dentro de lo que hemos denominado medidas de investigación corporal, encontramos una amplia y variada gama de prácticas que van desde la más leve, como sería una inspección corporal, hasta las más complejas, como *v. gr.* una punción lumbar o un estudio cerebral. La gran mayoría de estas, requieren de la intervención de personal médico ya sea tanto para la práctica de la medida en sí misma como para el posterior evaluacióm una vez realizada la intervención corporal.

En el presente Capítulo se han seleccionado algunas de ellas para su análisis, conforme han sido reguladas en la legislación nacional y provincial. Asimismo, se ha agregado el estudio de los sueros de la verdad y las investigaciones cerebrales a pesar de no encontrarse legalmente previstos. La razón es porque, en el caso de los primeros, han merecido tratamiento jurisprudencial dadas sus especiales características y, los segundos, por tratarse

de medidas novedosas que –en el caso de Argentina- no han sido utilizadas ni han tenido ningún tratamiento ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

Es importante destacar que gran parte de las medidas de investigación corporal, por tratarse de prueba científica, pueden ser incluidas dentro de la regulación legal de la prueba pericial, en tanto y en cuanto la intervención o inspección en sí misma requiera de un determinado arte, ciencia o técnica. Ello no significa renunciar a la necesaria previsión legislativa pero no puede desconocerse que la legislación, sin dejar de respetar el principio de legalidad, debe ser lo suficientemente amplia para poder incluir aquellas medidas que la ciencia y la tecnología vayan colocando progresivamente al servicio de las investigaciones penales.

II. Algunos supuestos de medidas de investigación corporal

1. Extracción de sangre

Las extracciones de sangre son medidas de intervención corporal pues consisten en la obtención de muestras de sangre de la persona sometida a proceso para proceder después a su análisis y que puede perseguir diversas finalidades. En efecto, bien puede ser para determinar el ADN del imputado para identificarlo, para comprobar si ha consumido alcohol o sustancias prohibidas o para establecer si resulta portador de una alguna enfermedad.

Se trata, pues, de una medida probatoria que permite aportar al proceso conocimientos relevantes dirigidos a probar la autoría del imputado o para corroborar la existencia de elementos, objetivos y subjetivos, de la tipicidad penal. Así, por ejemplo, en los delitos contra la integridad sexual se agrava la pena si se comprueba que el imputado era portador de una enfermedad de

transmisión sexual grave y hubo riesgo de contagio para la víctima⁷⁴⁸; asimismo, la determinación de que el imputado ha matado una persona, por su conducción bajo los efectos del alcohol o de estupefacientes, podrá ser motivo para atribuirle el hecho como homicidio simple con dolo eventual y no como un homicidio imprudente⁷⁴⁹.

En este tipo de intervenciones corporales se encuentra afectado tanto el derecho a la integridad física, ya que implican una lesión o menoscabo del cuerpo, como así también el derecho a la autodeterminación informativa, si tenemos en cuenta que el análisis que se efectúe con posterioridad permitirá obtener información sobre nuestra salud, condiciones físicas o incluso información genética. Esto no significa que no puedan llevarse a cabo puesto que, salvo excepciones, ningún derecho es absoluto. En consecuencia, la legitimidad de la medida dispuesta dependerá de que se den los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en el caso concreto.

Las extracciones de sangre requieren de especiales conocimientos técnicos en el profesional que realice esta práctica, quedando reservada al personal sanitario autorizado (médicos o enfermeros), a diferencia de la extracción de otros fluidos que, como la saliva, se practica mediante un hisopado bucal. En estos supuestos no se requiere la intervención de médicos, sin perjuicio de que deban observarse todas las reglas que garanticen una adecuada cadena de custodia. Coincide en este aspecto Richard González⁷⁵⁰ al concluir que aunque la

⁷⁴⁸ Tanto el tipo penal del abuso sexual con acceso carnal y el estupro se agravan si el imputado, teniendo conocimiento de ser portador de una enfermedad sexual grave, comete el hecho con el consiguiente riesgo de contagio para la víctima (arts. 119, 3° párrafo, inciso c y 120, 2° párrafo CP).

⁷⁴⁹ En Argentina, a diferencia de España, la conducción bajo los efectos del alcohol o de sustancias estupefacientes no constituye delito si no se ha ocasionado la muerte o lesiones a la víctima, quedando en tal caso la conducta reducida a una falta administrativa. Cuando se produce un resultado dañoso (muerte o lesiones) por conducción de vehículo, en general, la conducta se atribuye a título de culpa y se agrava la pena si el conductor estuviera alcoholizado o bajo los efectos de estupefacientes. Sin embargo, ha habido casos jurisprudenciales en los cuales la muerte producida en estas circunstancias ha sido calificada como homicidio simple con dolo eventual, variando considerablemente el monto de la pena a imponer que va de ocho a veinticinco años de prisión en este último supuesto.

⁷⁵⁰ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, “Intervenciones corporales...”, op.cit., p. 429.

extracción de sangre es un procedimiento sencillo no deja de ser invasivo y, por lo tanto, debe ser realizado por profesionales sanitarios.

1.1 Previsión legislativa en los ordenamientos procesales

La legislación procesal nacional contempla las extracciones de sangre en dos artículos, uno de ellos vinculado estrictamente con la determinación del ADN⁷⁵¹ de la persona y el otro referido a las extracciones que tengan otra finalidad, debiendo reunir dos condiciones: que resulten necesarias para constatar circunstancias relevantes para la investigación y que no exista riesgo para la salud o la dignidad del examinado⁷⁵².

En estos supuestos será el Fiscal de Instrucción quien ordene la práctica de la medida y, en el caso que el imputado se negase, será el Juez de Garantías quien deberá resolver teniendo en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Como hiciéramos referencia en el Capítulo anterior, tanto la legislación como la jurisprudencia sentada por la CSJN admiten la utilización de facultades coercitivas, las cuales no podrán exceder las estrictamente necesarias para su realización.

Los datos obtenidos con el posterior análisis de sangre deberán ser incorporados al juicio oral mediante la declaración de los peritos que lo hayan practicado. Debemos tener en cuenta que, aun cuando no se trate de actos definitivos e irreproducible, pues pueden ser realizados nuevamente en tanto se conserven las muestras pertinentes para practicar otro examen, ello no es óbice para darle la debida intervención a la defensa, debiendo ser anoticiada tanto de la medida de extracción de sangre como de su posterior análisis.

⁷⁵¹ Vid. art.169 CPPNación transcripto en nota 228.

⁷⁵² Vid. art. 175 CPPNación transcripto en nota 124.

En el CPP de Mendoza encontramos una disposición que regula la inspección corporal y mental, en la cual se han incluido las extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas a los efectos de obtener la huella genética⁷⁵³. Pues bien, esta regulación puede ser objeto de varias críticas puesto que, en primer lugar, engloba dentro de las inspecciones corporales medidas que han de definirse como intervenciones corporales toda vez que, como hemos dicho a lo largo de esta investigación, éstas últimas exceden el mero reconocimiento o examen del cuerpo propio de las inspecciones lo cual denota, obviamente, una errónea técnica legislativa.

En segundo lugar, la regulación se determina a los efectos de obtener la huella genética, cuando hemos visto que las extracciones de sangre pueden tener otras utilidades que permiten aportar mayores datos al proceso⁷⁵⁴. Es lamentable la confusión del legislador, pues introduce en la regulación de un medio de prueba específico -la inspección corporal y mental-, el procedimiento para obtener la huella genética que, como veremos más adelante, cumple una función de identificación de toda persona sometida a un proceso penal.

A pesar de ello, consideramos que todo lo atinente a la extracción sanguínea puede incluirse en la regulación de la prueba pericial pues, la medida de intervención en sí misma como su posterior análisis, requieren de conocimientos médicos y deben necesariamente ser practicados por personal sanitario. Pero ello no exime al legislador de ser más preciso en su regulación, máxime cuando se trata de medidas que tienen una importante incidencia en los derechos fundamentales. En este aspecto, resulta más adecuada la legislación nacional que

⁷⁵³ Vid art. 211 CPPMza transcripto en nota 124.

⁷⁵⁴ El artículo del CPPMza mencionado fue modificado por Ley n° 8.916, de fecha 13 de octubre de 2016, de reforma de la Ley de Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas. En su redacción originaria, el Código establecía que se podían disponer extracciones de sangre salvo que se pudiera temer un daño para la salud. Si bien era una disposición bastante escueta, lo cierto es que no limitaba la extracción sólo a la determinación de la huella genética como ocurre en la actualidad.

regula en un artículo todo lo referido a la determinación del ADN y en otra disposición las extracciones de sangre que tengan otra finalidad.

En cuanto al uso de facultades coercitivas la norma provincial también la contempla, pero, a diferencia de la legislación nacional, no establece ningún control por parte del Juez de Garantías frente a la oposición del imputado. En este aspecto, entendemos que frente a la falta de consentimiento del imputado quien debe dirimir la cuestión es el órgano jurisdiccional pues éste, en su calidad de tercero imparcial, ha de evaluar si la medida dispuesta por el Ministerio Público reúne los requisitos de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, especialmente cuando el mismo, en su calidad de acusador, puede disponer diligencias que avanzan sobre los derechos fundamentales de la persona sometida al proceso e incluso puede realizarlas coactivamente.

Ahora bien, esta habilitación legislativa para utilizar la coacción física al realizar una intervención corporal, sólo lo será en la medida estrictamente necesaria para llevarla a cabo⁷⁵⁵. De esta forma, el Fiscal de Instrucción podrá disponer de tal posibilidad, pero teniendo en cuenta que nunca la utilización de la fuerza podrá significar poner en riesgo la integridad física del imputado ni constituir un trato inhumano o degradante, pues ello excedería la habilitación legislativa, tornando ilícita la medida.

Por otro lado, la ley procesal de Mendoza prevé expresamente la participación del defensor o de una persona de confianza del examinado en el acto de intervención, circunstancia que debe haber sido puesta en conocimiento

⁷⁵⁵ Si bien es cierto que en teoría esto es posible, no resulta desacertado el análisis que realiza Richard González en cuanto a que su dificultad residirá en el grado de resistencia ejercido por el imputado porque no puede descartarse que el uso de la fuerza pueda generar una situación de riesgo y posibles lesiones con el instrumental utilizado. (RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, “Intervenciones corporales...”, op.cit., p.432). Coincidimos con Hairabedian que en estos supuestos y, en la medida que los médicos entiendan que no existe riesgo para la salud, la posibilidad de colocar alguna sedación suave al imputado para que pueda llevarse a cabo la extracción ordenada, siempre que estos sedantes sean colocados por un médico o bajo su supervisión. (HAIRABEDIAN, Maximiliano, *Novedades sobre la prueba...*, op.cit., p. 45.).

del imputado con la suficiente antelación para que pueda ejercerlo si es su voluntad. Consideramos que la intervención del defensor no puede negarse como así tampoco la intervención de los peritos de control que hubieran oportunamente designado⁷⁵⁶.

Así las cosas, podemos afirmar que tanto la legislación nacional como la provincial admiten la posibilidad de llevar a cabo extracciones de sangre siempre y cuando no signifiquen un riesgo para la salud del imputado. Asimismo, se admite la utilización de medios coercitivos para su práctica en los límites absolutamente indispensable para poder proceder a la extracción.

De tal manera, se podrá ordenar la práctica de estas medidas en tanto no resulten desproporcionadas en el caso concreto. Sostiene Vismara⁷⁵⁷ que el órgano judicial deberá dar una razonable justificación sobre los motivos que exigen que se lleve a la práctica, para lo cual deberá tener en cuenta que la misma resulta necesaria, por tener sospechas fundadas sobre la intervención del imputado en el hecho investigado, y que la medida intrusiva resulta fundamental para la investigación.

1.2. Análisis jurisprudencial

La jurisprudencia argentina ha admitido la posibilidad de realizar extracciones de sangre con finalidades diversas, considerando que no resultan violatorios de ningún derecho fundamental y confirmando la posibilidad de su práctica coactiva. Fue la CSJN quien desde sus primeras decisiones convalidó

⁷⁵⁶ Como hicieramos referencia en Capítulos anteriores, la legislación argentina permite la intervención de peritos de control del imputado cuando se va a practicar una prueba pericial. Como la posibilidad de su designación es facultativa del imputado, pues hace el ejercicio de su derecho de defensa, si no designa ninguno igualmente la prueba se practica por medio de los peritos oficiales del Cuerpo Médico Forense. Esta regulación es igual en ambos ordenamientos procesales, es decir, el nacional y el provincial.

⁷⁵⁷ VISMARA, Santiago, “Extracción compulsiva de sangre...”, op.cit., p.221.

este tipo de medidas de intervenciones corporales considerando que no se afectaban derechos fundamentales del imputado [...] *porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen*⁷⁵⁸.

La posición de nuestro Máximo Tribunal fue adoptada rápidamente por los tribunales inferiores de todo el país. Así fue resuelto por la CNCP entendiendo que las extracciones de sangre no entran en el campo del artículo 5.1 CADH, esto es, el derecho a la integridad física por tratarse de [...] *intervenciones insignificantes o mínimas en la medida en que no afectan de modo relevante la estructura corporal, ni interfieren en las funciones corporales, ni constituyen algún riesgo para la salud o la integridad física, y, en segundo lugar que toda intervención en la integridad física, que sólo puede estar justificada si es mínima, no compromete la salud y persigue una finalidad legítima y no desproporcionada*⁷⁵⁹.

En sentido similar se expidió también la CNCCorr. considerando que [...] *el cuestionamiento en materia de consentimiento para la toma de muestras de sangre al imputado, no puede prosperar desde que reviste el carácter de objeto de prueba y como tal, susceptible de ser efectuada la extracción sin su autorización*⁷⁶⁰.

Esta posición fue mantenida por la CNCCorr. en fallos posteriores, afirmando que [...] *ninguna violación de garantías constitucionales puede derivar de un estudio como el ordenado por el juez de la instancia anterior, cuando, además, sabido es que este tipo de procedimientos, en el ámbito forense,*

⁷⁵⁸ CSJN Fallos 318:2518. Esta doctrina fue mantenida posteriormente en Fallos 332:1769.

⁷⁵⁹ CNCP, Sala II, “N. H., y otro s/recurso de casación”, 02/06/2011.

⁷⁶⁰ CNCCorr, Sala VII, “R.S.A. s/recurso de apelación”, 01/10/96.

*se realizan con arreglo a las técnicas corrientes en la medicina, sin resultar humillantes ni degradantes, como tampoco implica riesgo para la salud del imputado la extracción de una muestra suficiente para el fin procurado*⁷⁶¹.

En la Provincia de Mendoza, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal ha continuado con el criterio sentado por la CSJN resolviendo que [...] *aun cuando es razonable pensar que la muestra necesaria para realizar un ADN pudo haber sido obtenida mediante la extracción de un pelo o de saliva –es decir, medidas menos lesivas-, el hecho de que se haya sacado sangre al imputado, no constituye un avance inconstitucional del Estado sobre el imputado, en tanto aparece como proporcionada con la finalidad de investigar la verdad de un hecho considerado como de suma gravedad, como es el de autos –homicidio *criminis causa**⁷⁶².

De tal forma, las extracciones de sangre, como toda medida de intervención corporal, podrán llevarse a cabo en tanto y en cuanto se realicen conforme la *lex artis*, por personal cualificado, no se tema un riesgo para la salud del examinado y, analizarse además, en cada supuesto en particular, si la medida dispuesta reúne los requisitos de proporcionalidad que legitimen su práctica. Si bien es cierto que se trata de medidas que pueden considerarse de mínima invasión, ello no exime al órgano que la ordena de efectuar un análisis sobre la razonabilidad de la misma. Igualmente, deberá ponderarse, en el supuesto que el imputado se niegue a su práctica, la posibilidad de utilizar la coacción física en los límites absolutamente indispensables para poder realizarla y siempre que ello no implique un riesgo para la integridad física del mismo o pueda significar un trato inhumano o degradante.

⁷⁶¹ CNCCorr, Sala VII, “G., V. s/recurso de apelación”, 09/04/08.

⁷⁶² Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Provincia de Mendoza, Expte P-16.751/09, “D., I”, 03/12/09. En Argentina, el homicidio *criminis causa* es uno de los tipos agravados del homicidio y prevé la pena de prisión o reclusión perpetua (art.80 inc.7 CP).

2. Exploraciones radiológicas y otros sistemas de imágenes

2.1. Presupuestos y requisitos

Las exploraciones radiológicas constituyen medidas de investigación corporal que permiten inspeccionar el interior del cuerpo del imputado mediante su exposición a rayos X. Igual finalidad cumplen otros sistemas de imágenes que posibiliten tal registración como ecografías, resonancias y tomografías⁷⁶³. Afirma Richard González⁷⁶⁴, en tal sentido que, este tipo de inspección del interior del cuerpo es un procedimiento habitual en la investigación de determinados hechos delictivos, fundamentalmente aquellos vinculados con el tráfico de estupefacientes. Sin embargo, su utilización puede tener por finalidad la búsqueda de otros objetos también relacionados con la investigación.

Dentro de las medidas de investigación corporal, pueden considerarse de carácter leve pues implican una injerencia mínima en el cuerpo del imputado y no suponen un menoscabo a la integridad física, ni generan ningún riesgo para la salud, siempre que sean realizados por personal cualificado y conforme los métodos determinados por la *lex artis*. Por supuesto que esta afirmación genérica deberá confirmarse en cada caso, toda vez que existen determinados supuestos donde puede sostenerse un riesgo para la salud, como sucedería si a mujer embarazada se la somete a exámenes radiológicos. Igualmente, este tipo de exámenes no conllevan una afectación al derecho a la intimidad, teniendo en cuenta la clase de imágenes que proyectan y el instrumental con el cual se realizan.

⁷⁶³ Las ecografías generan una imagen que se obtienen en una pantalla al impulsar dentro del organismo ondas sonoras de alta frecuencia que generan una serie de ecos que quedan recogidos en un ordenador. La resonancias se basa en la utilización de un campo magnético de gran intensidad que, al incidir con las estructuras orgánicas y los tejidos, genera la imágenes de los órganos analizados. La tomografía es una técnica de imágenes radiográficas que se interpretan mediante ordenador. www.medicina21.com (fecha de visita 20 de julio de 2015).

⁷⁶⁴ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Análisis Crítico de las Instituciones...*, op.cit., p.252.

Si bien no surge de la legislación procesal argentina ninguna disposición expresa referida a los exámenes radiológicos u otro sistema de imágenes, lo cierto es que puede enmarcarse dentro de las disposiciones legales referidas a la prueba pericial, en tanto que para llevarlos a cabo se requiere de especiales conocimientos científicos y debe ser realizado por personal médico cualificado.

Siendo una medida de investigación corporal, se debe observar el cumplimiento de todos los requisitos que justifican la realización de las mismas. Para ello deberá evaluarse, a los fines de determinar la idoneidad de la medida, si resulta apta para alcanzar el fin propuesto y si sobre el imputado pesan elementos de sospecha que justifiquen su práctica. Es decir, deben existir datos relevantes que permitan afirmar que el imputado ha tenido algún tipo de participación en el hecho que se investiga y, que el sometimiento del mismo a la exposición de rayos X, u otro sistema de imágenes, resulta la medida más adecuada en el caso concreto por no existir una menos gravosa que pueda utilizarse.

Ello no significa que se requiera una semiplena prueba de la intervención de la persona en el hecho delictivo porque, justamente, se ordena la realización de estas medidas para verificar las sospechas iniciales que justifican su disposición. Dicho de otra manera, basta con que existan circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan sostener la necesidad de su práctica. En este sentido, la CNCP ha resuelto que deben tenerse en cuenta las condiciones concretas que generan un estado de sospecha razonable que justifique la medida dispuesta⁷⁶⁵.

Ahora bien, esta sospecha inicial puede surgir de la existencia de un previo proceso en trámite, o en circunstancias especialmente particulares como, por ejemplo, la conducta de un pasajero que arriba en un vuelo proveniente de zonas

⁷⁶⁵ CNCP, Sala II, “B. E. C. s/recurso de casación”, 14/05/04.

consideradas como rutas de droga y su conducta genera sospechas sobre la posible comisión de un hecho delictivo. En estos casos, la jurisprudencia ha convalidado la actuación de los funcionarios policiales basada en indicios advertidos en ese momento, entendiendo que [...] *el nerviosismo experimentado por la nombrada y el itinerario que había cubierto –una de las llamadas “rutas de la droga”- hicieron presumir a los miembros de la prevención la posible ingesta de estupefacientes, en razón de ello, establecieron una comunicación telefónica con el juez de instrucción a fin de solicitar la orden pertinente para realizar una requisita personal. A tales fines se ordenó el traslado de la nombrada al Hospital zonal, con presencia de testigos, a fin de someterla a un estudio radiológico de abdomen, en el que finalmente y luego de observar las placas, se constató la existencia de cuerpos extraños que se asemejaban a cápsulas; a consecuencia de ello se efectuó un nuevo llamado telefónico al juez de instrucción –a fin de practicarle tratamiento médico de rigor para la evacuación de las mismas*⁷⁶⁶. De tal forma, la CNCP ha analizado situaciones que justifican la sospecha inicial de las fuerzas de seguridad, convalidando su actuación toda vez que han existido una serie de indicios que, valorados en conjunto y no aisladamente, permitieron suponer que se encontraban frente a la comisión de un hecho presuntamente delictivo que legitimaron su accionar.

Ahora bien, la ponderación de la razonabilidad y proporcionalidad deberá ser realizada por el órgano judicial que disponga la misma, debiendo exponer fundadamente las razones que justifican su decisión. Si bien ya hemos destacado la jurisprudencia de la CSJN⁷⁶⁷ en cuanto a que considera que no es necesario que se transcriba en la decisión los motivos de idoneidad y necesidad que justifican la misma, siempre que surjan de las constancias del proceso, la decisión judicial debe reflejar el análisis de proporcionalidad *strictu sensu* por

⁷⁶⁶ CNCP, Sala II, “J. S., K. s/recurso de casación”, 21/09/99.

⁷⁶⁷ *Vid* nota 633.

cuanto es en este punto donde deberán evaluarse las circunstancias personales del imputado y si la medida dispuesta no significa un riesgo para su salud.

Sin perjuicio de ello, existen supuestos en los cuales, por la urgencia de la medida, es posible que dicho análisis de razonabilidad se lleve a cabo después. En efecto, en aquellos casos que la demora pueda poner en riesgo la vida de la persona, *v.gr.* porque tenga en el interior de su cuerpo estupefacientes, la medida puede ordenarse y, con posterioridad, plasmarse en la resolución los motivos que justificaron la misma. Esta ha sido la posición asumida por la CNCP entendiendo que [...] *el imputado, previa consulta con el juez interviniente, fue trasladado al Hospital de Ezeiza a fin de tomarle placas radiográficas y recién al advertirse que en el interior de su cuerpo tenía elementos extraños, presumiblemente estupefacientes, se ordena su detención y se le leen los derechos que lo asisten. [...] El acto supuestamente lesivo a los derechos del justiciable y que según la defensa consistirían en la posibilidad de que pudiera portar en su vientre por ingestión, elementos estupefacientes, atendió básicamente a preservar su salud, disponiendo como medida urgente la toma de placas radiográficas, y ante el resultado positivo, los galenos ordenaron la medida terapéutica de evacuación*⁷⁶⁸.

En similar sentido, sostiene Varela Agrelo⁷⁶⁹ que si el imputado se encuentra detenido se crea una específica relación de sujeción con los órganos del Estado que deben velar por su derecho a la salud. De tal forma, un examen radiológico puede resultar imprescindible, desde el punto de vista médico, para poder determinar el estado en que se encuentra el imputado y el tratamiento más adecuado a fin de no poner en riesgo su salud.

⁷⁶⁸ CNCP, Sala III, “T.C., O. s/recurso de casación”, 24/04/00.

⁷⁶⁹ VARELA AGRELO, José, “El cuerpo humano como medio de prueba...”, *op.cit.*, p.17.

Como advertimos con anterioridad, no se requiere el consentimiento del imputado para su práctica pues se considera que este actúa como objeto de prueba y ello no constituye una violación al derecho de no declarar contra sí mismo. Como consecuencia, ordenada la medida por el órgano judicial competente no resulta necesario contar con la anuencia del imputado, pudiendo realizarse su práctica de manera coactiva.

Ésta ha sido la posición adoptada por los Tribunales del país, así la CNCP sostuvo que [...] *resulta válida la práctica realizada –tomografía digestiva-, en el cuerpo del imputado, atento el peligro que genera la portación de estupefacientes en el cuerpo, ya que la rotura de alguno de los precarios envoltorios del material ingerido puede provocar la muerte inmediata de la persona por sobredosis. Nada hubiera cambiado si se hubiera consultado al imputado acerca de si estaba o no de acuerdo en que se efectuaran radiografías, puesto que su negativa no impedía el acto ya que en estas circunstancias la persona actúa como objeto de prueba y no como sujeto de ella*⁷⁷⁰.

Podemos afirmar entonces que nos encontramos frente a intervenciones corporales de carácter leve en tanto que no implican un menoscabo en la integridad física del imputado ni tampoco un riesgo para su salud siempre que se practiquen conforme lo determina la *lex artis*. Asimismo, como son practicadas por personal cualificado tampoco puede considerarse que constituyen un trato inhumano o degradante. La legitimidad de su realización dependerá de que se hayan respetado los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben regir toda la actividad procesal dispuesta por el órgano judicial interviniente. Igualmente debe evaluarse que, determinadas situaciones de urgencia, justifican la medida dispuesta cuando se encuentra en riesgo la vida o la salud del imputado como consecuencia de la ingesta de sustancias estupefacientes.

⁷⁷⁰ CNCP, Sala I, “S, V. A. y otros s/recurso de casación”, 18/11/03.

2.2 Supuestos de exploraciones radiológicas como medidas de prevención

Hasta ahora, hemos considerado la posibilidad de llevar a cabo una exploración radiológica u otra medida de diagnóstico por imágenes dentro del marco de un proceso penal. En tales casos, se dispone la realización de la misma respecto de una persona determinada, contra la cual existen sospechas de su intervención en un hecho presuntamente delictivo.

Distinta, sin embargo, es la situación cuando este tipo de prácticas se llevan a cabo en el ámbito de las funciones de prevención de las fuerzas de seguridad, constituyendo medidas rutinarias de control sobre una generalidad de personas contra las cuales no existe sospecha de criminalidad. Buena cuenta de ellas las encontramos en los controles aeroportuarios, centros de detención, zonas militares, etc. En estos supuestos, la actuación estatal debe encuadrarse dentro de sus funciones preventivas y de seguridad. Sostiene en este sentido Clariá Olmedo que “[...] se trata de una función eminentemente preventiva con carácter administrativo-ejecutivo y que se rige por normas de carácter general que permiten a los funcionarios moverse con un margen de discrecionalidad”⁷⁷¹.

En tales circunstancias, no existe un proceso penal en trámite ni tampoco existe una sospecha inicial contra una persona en particular, sino que dichas medidas se llevan a cabo aleatoriamente sobre un grupo de personas que transitan por el lugar, o bien, pretenden ingresar a un lugar determinado por lo que deben someterse a este tipo de controles. Entiende Hairabedián⁷⁷² que estas prácticas con fines eminentemente preventivos se encuentran justificadas en un especial

⁷⁷¹ CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho...*, op. cit., p.54.

⁷⁷² HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Requisas y otras inspecciones...*, op. cit., p.107.

interés de seguridad, siendo que ésta tiene rango constitucional y constituye una de las funciones esenciales del Estado.

Cuando nos encontramos frente a dichas situaciones, indudablemente no es posible utilizar los mismos criterios que se requieren en el marco de un proceso penal, pues se rigen por los parámetros de prevención general y de seguridad. De tal forma, como bien afirma Gómez Urso⁷⁷³, se trata de medidas estandarizadas y protocolarizadas, que son cumplidas por todas las personas que quieren acceder, o se encuentran en un determinado lugar. Así, por ejemplo, se va extendiendo en los aeropuertos la utilización de escáner de cuerpo completo que permite su visualización, debiendo pasar por dicho control todas las personas que decidan subir a un avión. Queda sujeto a su voluntad desistir de ingresar a ese lugar si no quiere someterse a estas medidas, pero no podrá alegarse que las mismas resultan arbitrarias y negarse, pues tales controles se imponen en aras de la seguridad y el bien común de todos los individuos.

Ahora bien, una vez que la persona pasa por estas medidas de control, si se determina la presunta comisión de un hecho delictivo entendemos que pueden ser valoradas en la investigación penal que se origine como consecuencia de ella. La CNCP ha sostenido que *[...] algunas de las reglas procesales no son aplicables en los supuestos en que la requisita como medida de prevención general se practica sistemáticamente y sin estar fundada en sospecha alguna, en lugares de ingreso restringido. En tales casos el acceso al lugar determinado está sujeto a la condición de someterse al registro. Así, como cuando se ingresa o egresa de una cárcel, una central nuclear, un cuartel o cualquier otra instalación militar, una aduana, un estadio de fútbol o como cuando se aborda un avión. En tales circunstancias las reglas enunciadas deben ser juzgadas con mesura, sensatez y sentido común, pues resultaría contrario a la finalidad de estas medidas, excluir las pruebas obtenidas en estos procedimientos carentes de sospecha concreta*

⁷⁷³ GÓMEZ URSO, Juan, *Manual de actuación...*, op. cit., p.231.

*previa y razonada. Lo opuesto e, interpretación irrestricta mediante, nos llevaría al absurdo de excluir –por ejemplo- la prueba de contrabando lograda en la inspección aduanero o la de tenencia de armas de fuego detectada mediante medios electrónicos al tiempo del embarque en el aeropuerto, entre otras*⁷⁷⁴.

Consideramos acertada la postura asumida por la Cámara Nacional de Casación Penal pues si las fuerzas de seguridad se encuentran facultadas para llevar a cabo controles dentro de sus funciones de seguridad y prevención general, no puede posteriormente negarse validez a los hallazgos casuales que se encuentren en el cuerpo de los individuos y que puedan estar dando cuenta de la presunta comisión de un hecho delictivo.

Asimismo, la jurisprudencia ha avalado las facultades de los funcionarios aduaneros para detener personas y mercaderías para proceder a su identificación y registro. Así ha resuelto que *[l]a zona primaria aduanera que abarca en particular los puertos, muelles, atracaderos, aeropuertos y pasos fronterizos, es la zona en la que el servicio aduanero posee las mayores atribuciones y sus facultades cobran una significación tal que la libertad de los administrados se encuentra notoriamente restringida, al extremo que podría decirse que se invierte el principio general, pues la autorización previa es la regla y la libertad de movimiento la excepción sin necesidad de autorización alguna, podrá detener personas y mercadería, incluidos los medios de transporte, a fin de proceder a su identificación y registro*⁷⁷⁵.

En la jurisprudencia española, el Tribunal Supremo ha convalidado igualmente la actuación de los funcionarios policiales dentro del ámbito de las relaciones de prevención policial y de seguridad que pueda desarrollarse en los

⁷⁷⁴ CNCP, Sala III, “T. I., A. s/recurso de casación”, 27/03/00.

⁷⁷⁵ CNCP, Sala II, “C., G. R. s/recurso de casación”, 05/10/99.

aeropuertos, considerando que se trata de actos administrativos plenamente válidos⁷⁷⁶

A la vista de lo expuesto, podemos distinguir aquellas exploraciones radiológicas o sistema de imágenes similar que se realiza en el marco de un proceso penal contra una persona determinada sobre la cual existen motivos de sospecha de que ha cometido un hecho presuntamente delictivo, de las dispuestas como medidas de seguridad y prevención que realizan las fuerzas de seguridad dentro de sus funciones administrativas-ejecutivas. Estas últimas, constituyen medidas generalizadas y estandarizadas que se realizan sin que exista sospecha previa y se fundan en un interés de seguridad en el lugar donde se practican.

3.Prueba de ADN

3.1 Contenido

Muchos avances de la ciencia han tenido influencia en el campo jurídico y, concretamente, en el ámbito del derecho procesal penal. Sin embargo, como sostiene Carracedo⁷⁷⁷, el análisis de los polimorfismos de ADN ha significado un cambio radical en las posibilidades de investigación de genética forense en tanto

⁷⁷⁶ STS 1579/2005, de 22 de diciembre, FJ 2, (Sala 2ª, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Diego Antonio Ramos Gancedo, oportunidad en la cual dijo que [...] *el examen radiológico a que son sometidos algunos pasajeros al llegar a los aeropuertos españoles –en prevención de un posible transporte de droga en el interior de su organismo– no es por sí misma una detención, ni comporta que necesariamente ésta previamente se haya practicado. Se trata de un mero control dentro de las normales actuaciones policiales de prevención delictiva que, cuando se realiza –como en este caso– voluntariamente, a instancias de los Agentes que solicitan del pasajero ser examinado, prestándose éste voluntariamente a la comprobación interesada, no entraña limitación o constricción forzosa de la libre deambulacion, propia de una verdadera detención, [...] Otra cosa es que tras su realizacion decida entonces el Agente, a la vista de la existencia de indicios de criminalidad, detener al interesado, o bien que el examen radiológico se haya llevado a cabo estando ya el interesado previamente detenido. Será entonces cuando, por su condicion de detenido, resultará inexcusable la previa informacion de derechos y la asistencia letrada, lo que no sucede cuando el sujeto, no estando aún detenido se somete voluntariamente al examen radiológico.*

⁷⁷⁷ CARRACEDO, Ángel, “ADN: La genética forense y sus aplicaciones en investigación criminal”, *La Prueba de ADN en el Proceso Penal*, (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p.356.

que hoy en día, a partir de una pequeña muestra de espermatozoides o de un cabello o de una mancha de sangre envejecida, es posible aportar datos de gran valor sobre la individualidad de ese vestigio, lo cual era absolutamente impensable hace algunos años.

Coincide en este aspecto Casado⁷⁷⁸, toda vez que entiende que las tecnologías de identificación que se manejan en la actualidad son sumamente poderosas y su potencialidad va en aumento. Así la huella genética y la biometría en general son herramientas cada vez más confiables y cuyos datos resultan fácilmente almacenables como así también resulta fácil su acceso.

Situados aquí debemos precisar en qué consiste esta prueba, es decir, a qué nos referimos cuando hablamos del ácido desoxirribonucleico comúnmente conocido como ADN. Nos dicen Chieri y Basílico⁷⁷⁹ que se trata de una larga molécula que forma una doble hélice y es el material que almacena y transmite toda la información genética. Nuestro ADN es el encargado de construir nuestras células, tejidos y órganos, como así también da lugar a la formación de proteínas, hormonas, enzimas y anticuerpos.

Afirma Marfany que “[n]uestro ADN es el manual de instrucciones a partir del cual nos desarrollamos y mantenemos como organismos. Nuestro manual de instrucciones tiene 4 letras (o bases) que suelen denominarse A, T, C, G y las palabras del léxico genético básico están formadas por combinaciones de tres de estas bases o letras, que denominamos tripletes. Cada triplete codifica para un aminoácido, y la correspondencia entre tripletes y aminoácidos constituye el código genético, compartidos por todos los organismos vivos. Así pues, la información genética está contenida en la secuencia concreta de bases o letras.

⁷⁷⁸ CASADO, María, “Reflexiones bioético-jurídicas sobre el uso de muestras, perfiles, datos y bancos de ADN”, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, (Coords. María Casado y Margarita Guillén), Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, 2014, p. 13.

⁷⁷⁹ CHIERI, Primarosa, BASÍLICO, Ricardo, *El ADN...*, op.cit., p.6.

Cada instrucción concreta codificada en el ADN es un gen. Podemos asumir que nuestro genoma es el conjunto de todos nuestros genes o, simplificando, que nuestro genoma es la secuencia completa de las bases de todo nuestro ADN, lo que también denominamos genotipo⁷⁸⁰. La conformación del genoma es específica para cada individuo, definiéndolo como único, a excepción de los gemelos monocigóticos o idénticos.

Así las cosas, en el núcleo de todas las células se encuentra el ADN por lo que en cada una de ellas podemos encontrar toda nuestra información genética. De ahí que de cualquier muestra biológica es posible determinar la existencia de restos de ADN. En otras palabras, en cualquier rastro de pelo con raíz, saliva, semen, sangre, huesos, orina, piel, sudor, uñas, etc., podemos extraer información genética.

Cada molécula de ADN se denomina cromosoma y todos los seres humanos tenemos 46 cromosomas que se organizan por pares. De cada par, un cromosoma proviene de la madre y otro del padre. Ello implica que, si bien somos distintos de nuestros padres, compartimos la mitad de nuestra información genética con cada uno de ellos e igualmente transferiremos la mitad de nuestra información a nuestros hijos. Como puede colegirse, la posibilidad de acceder a los datos genéticos de una persona tiene también implicancia para su grupo familiar. Sostiene, en este sentido, Corcoy Bidasolo⁷⁸¹ que a través del ADN es posible conocer el origen racial de una persona, sus enfermedades presentes y futuras, pudiendo afectar incluso la intimidad de sus familiares, patentizando, de esta manera, el enorme riesgo que implica un uso abusivo de la información genética.

⁷⁸⁰ MARFANY, Gemma, “La huella genética o perfil genético...”, op.cit., p.54 y ss.

⁷⁸¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “¿Listado de delitos en relación con las bases de datos identificadores de ADN? Significado y alcance de la prueba de ADN en el proceso penal”, *ADN forense: problemas...*, ob. cit., p.244.

Concuerda Hammerschmidt⁷⁸² entendiendo que los datos genéticos deben considerarse datos médicos de carácter personal, sensible y singulares, ya que permiten identificar una persona, revelar una enfermedad futura, ofrecer información sobre la progenie y otros parientes e incluso permite clasificar a la persona sobre la cual se practica la prueba y su familia en distintas categorías de riesgo para la población.

En este punto, resulta ineludible diferenciar el concepto de dato genético y el de perfil o huella genética pues si bien todos se relacionan con el ADN tienen distinta función y también es distinta su fuente. Así refiere Bergel⁷⁸³ que el dato genético surge de la parte codificante del genoma y ofrece información sobre las características singulares del individuo. El perfil genético surge de la parte no codificante del genoma y solamente sirve para individualizar a una persona e indagar sobre sus relaciones de parentesco.

De tal forma, podemos distinguir entre el ADN codificante y no codificante, siendo este último el de utilización forense pues varía de un sujeto a otro y además no permite obtener ninguna información genética. A pesar de esta afirmación, considera Etxeberria Guridi⁷⁸⁴ que no es absolutamente cierto sostener que el ADN no codificante contiene información inocua toda vez que las funciones del mismo resultan en la actualidad escasamente conocidas y no es posible descartar que en el futuro esta parte del ADN pueda brindar información valiosa sobre las personas. Pone de resalto el autor, la recomendación a los Estados miembros efectuada en la Resolución del Consejo de la UE, de 25 de junio de 2001 relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN, en la cual se aconseja borrar los resultados archivados de análisis de ADN si los avances

⁷⁸² HAMMERSCHMIDT, Denise, *Identificación genética, discriminación y criminalidad*, Ed. Juruá, Lisboa, 2014, p.48.

⁷⁸³ BERGEL, Salvador, “Información genética y derecho”, *ADN forense: problemas éticos...*, ob. cit., pp. 47 y ss.

⁷⁸⁴ ETXEBERRIA GURIDI, José, “La protección de los datos de ADN en la Unión Europea y en España”, *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 101 y ss.

científicos permiten en el futuro obtener información sobre características hereditarias del ADN no codificante de un individuo⁷⁸⁵.

Coincide Lareu Huidobro⁷⁸⁶ al entender que con el mayor conocimiento del genoma humano se ha advertido que no es tan estricta la división entre codificante y no codificante, pues en este último puede suceder que proporcione información acerca de la enfermedad de alguna persona debido al ligamento de algunos marcadores localizados en tales regiones a algún gen que se encuentre implicado en dicha enfermedad. Por dicha razón Corcoy Bidasolo⁷⁸⁷ hace referencia a que en, la actualidad, se considera más adecuado hablar de ADN codificante meramente identificador, en reemplazo de ADN no codificante, porque algunos de los genes no codificantes aportan información que puede afectar la intimidad como, por ejemplo, la información sobre la raza.

Sin perjuicio de que se lo llame ADN no codificante o ADN codificante meramente identificador, lo cierto es que esta huella genética no puede emparentarse sin más a la huella dactilar, aun cuando ambas permitan la identificación del imputado. En efecto, la huella dactilar sólo involucra a la persona a la cual pertenece, en cambio la huella genética brinda información sobre la identidad y también sobre el parentesco genético, lo cual implica que la información contenida es compartida por los familiares directos. Amén de ello,

⁷⁸⁵ Dicha recomendación se reitera en la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN (2009/C 296/01) “III. INTERCAMBIO DE RESULTADOS DE ANÁLISIS DE ADN: 1. A la hora de intercambiar los resultados de análisis de ADN, se insta a los Estados miembros a que limiten los resultados de análisis de ADN a las zonas cromosómicas que no contengan ningún factor de expresión de información genética, es decir, a las zonas cromosómicas de las que no se tenga constancia que contengan información sobre características hereditarias específicas. 2. No se tiene constancia de que los marcadores de ADN del Anexo I contengan información sobre características hereditarias específicas. Si gracias a los avances científicos se llegara a demostrar que alguno de los marcadores de ADN recomendados en la presente Resolución contiene información sobre características hereditarias específicas, se aconseja a los Estados miembros que no sigan utilizando dicho marcador en el intercambio de resultados de análisis de ADN. Se aconseja también a los Estados miembros que estén preparados para borrar cualesquiera resultados de análisis de DNA que puedan haber recibido si dichos resultados de análisis de DNA contienen información sobre características hereditarias específicas.”

⁷⁸⁶ LAREU HUIDOBRO, Victoria, “Nuevos polimorfismos de ADN: predicción del origen biogeográfico y características físicas”, *ADN forense...*, ob.cit., p.166.

⁷⁸⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “¿Listado de delitos en relación con las bases...?”, op. cit., p.244.

señala Guillén⁷⁸⁸ que no podemos olvidar que el vestigio biológico que llega al laboratorio a fin de ser examinado contiene toda nuestra información genética y, si bien el tipo de análisis que se realiza es a los fines meramente identificativos, lo cierto es que el riesgo potencial sobre un uso que vulnere derechos fundamentales propios e incluso de terceros existe. Este riesgo no lo encontramos en el caso de la huella dactilar porque no tiene otro uso más que identificar a un individuo.

De lo hasta aquí expuesto podemos sostener que el estudio del ADN no codificante de un individuo consiste en un método científico que permite plasmar los resultados de un análisis en una especie de código de barras único para cada persona, pero que no va a permitir obtener información genética del mismo. Afirma Pérez Marín⁷⁸⁹ que mediante estos análisis se puede señalar al imputado como posible autor del hecho delictivo investigado con un cierto grado de probabilidad, como también descartarlo con una certeza casi del cien por cien cuando no lo ha cometido.

Es cierto que se trata de medidas de intervención que implican un mayor riesgo para los derechos fundamentales del imputado, pero no es menos cierto que presentan notables ventajas frente a otros medios de identificación. Así lo pone de resalto Suárez Espino⁷⁹⁰ considerando que su invariabilidad tiene una alta fiabilidad contrastada científicamente, pues la constitución genética de una persona no cambia, y goza de una mayor accesibilidad, pues basta con una mínima muestra biológica para obtener la huella genética de una persona.

Hasta este momento la genética forense ha coadyuvado en las investigaciones penales con estas limitaciones legales vinculadas con la

⁷⁸⁸ GUILLÉN, Margarita, “La mal llamada huella genética. Una metáfora científica frente al uso forense de la prueba de ADN”, *ADN forense: problemas éticos...*, ob. cit., p. 73.

⁷⁸⁹ PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *Inspecciones, registros e intervenciones...*, op.cit., p. 103.

⁷⁹⁰ SUÁREZ ESPINO, María Lidia, *El derecho a la intimidad...*, op.cit., pp. 124 y ss.

información que se puede utilizar, pero no podemos perder de vista que aquélla avanza muy rápidamente y no es descabellado pensar que, en un futuro, podremos obtener un retrato completo a partir de una muestra biológica a través del análisis de marcadores de ADN, máxime si pensamos que hoy en día ya es posible determinar el sexo, color de ojos, piel, cabello o posible origen biogeográfico a partir del estudio del genoma humano. Resultan por demás interesantes las palabras de Lareu Huidobro cuando afirma que “[a] veces pienso que lo que se pueda hacer en ciencia se hará. Pero también se debe suponer que los científicos forenses no tenemos ningún interés en revelar ninguna otra cuestión, salvo las relacionadas con un caso forense concreto y normalmente respondiendo a una pregunta judicial. En este contexto la legislación basada en principios éticos, además de velar por los derechos de los ciudadanos, ayuda a enmarcar claramente el trabajo científico”⁷⁹¹. De ahí la necesidad de una legislación clara, precisa y respetuosa de los derechos fundamentales toda vez que va a permitir un adecuado uso de estas valiosas herramientas aportadas por la genética forense.

3.2 Cadena de custodia

Uno de los aspectos centrales que deben observarse en el levantamiento de rastros del lugar del hecho, de los vestigios que pudiera tener la víctima en su cuerpo en función del delito cometido y de la extracción de muestras del cuerpo del imputado es la cadena de custodia. Como sostiene Castillejo Manzanares⁷⁹² es necesario garantizar que desde el hallazgo de las muestras como así también desde la extracción de la misma del cuerpo del imputado hasta que se realizan los

⁷⁹¹ LAREU HUIDOBRO, Victoria, “Nuevos polimorfismos de ADN...”, op.cit., p.166.

⁷⁹² CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “La prueba pericial de los análisis de ADN”, *Problemas actuales de la justicia penal*, (Dir. Nicolás González-Cuellar Serrano, Coords. Ágatha Sanz Hermida y Juan Carlos Ortiz Pradillo), Ed. Colex, Madrid, 2013, p.359.

análisis en el laboratorio, se han tomado todos los recaudos que aseguran la identidad de éstas.

Indudablemente, la cadena de custodia es importante en todas las medidas de investigación corporal, pero en esta medida, en particular, adquiere mayor relevancia teniendo en cuenta que su práctica requiere el cotejo o comparación entre dos muestras. La autenticidad de las mismas va a determinar la credibilidad de los resultados obtenidos y que éstos puedan ser utilizados válidamente en el proceso.

Jauchen define la cadena de custodia como “[...] el procedimiento destinado a mantener la fuerza o calidad probatoria de los elementos probatorios de cualquier naturaleza que habiendo sido recolectados en su oportunidad se pretendan hacer valer en el juicio oral mediante su ofrecimiento, incorporación y exhibición ante el tribunal, las demás partes y el público”⁷⁹³. López Calvo y Gómez Silva dan un concepto similar, considerando que se trata de “[...] un procedimiento establecido por la normatividad jurídica, que tiene el propósito de garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de elementos materiales de prueba como documentos, muestras (orgánicas e inorgánicas), armas de fuego, proyectiles, [...] etcétera, entregados a los laboratorios criminalísticos o forenses por la autoridad competente a fin de analizar y obtener, por parte de los expertos, técnicos o científicos, un concepto pericial”⁷⁹⁴.

Otros autores distinguen entre gestión de muestras y cadena de custodia. Así Tapia⁷⁹⁵ se refiere a la primera como a todos los procesos que deben realizarse para la manipulación de las muestras desde su toma hasta su

⁷⁹³ JAUCHEN, Eduardo, “La cadena de custodia”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La investigación penal preparatoria – I, Año 2011- 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp.189 y ss.

⁷⁹⁴ LÓPEZ CALVO, Pedro, GÓMEZ SILVA, Pedro, *Investigación criminal y criminalística*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2000, citado por SPÓSITO, Carolina, “Cadena de custodia. Efectos jurídicos de su afectación”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La investigación penal preparatoria. Función de los policías – II, Año 2012-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 305.

⁷⁹⁵ TAPIA, Juan Francisco, “Intervenciones corporales...”, op.cit., p.53.

devolución, asegurándose así su integridad y fiabilidad. La cadena de custodia es el conjunto de documentos escritos donde queda perfectamente registrado la gestión de las muestras, debiendo consignarse todas las manipulaciones como así también cada una de las personas intervinientes y que tuvieron algún tipo de contacto con la misma.

Como vemos, la finalidad de tales procedimientos es garantizar la identidad e integridad de los elementos que se pretenden utilizar como prueba en el juicio y, en esta instancia, corresponde al Ministerio Público –como órgano responsable de la persecución penal-, exigir a todos los órganos auxiliares, ya sea miembros de las fuerzas de seguridad o de los laboratorios forenses, cumplir con todos los recaudos necesarios para que no haya errores o deficiencias que puedan perjudicar la eventual realización del juicio oral.

La legislación procesal mendocina coloca en cabeza del Ministerio Público Fiscal la responsabilidad probatoria⁷⁹⁶, lo cual demuestra la trascendencia que tiene una investigación penal preparatoria eficaz para los fines del proceso. Como sostiene Riccono⁷⁹⁷, la forma que se desarrolla la etapa previa al juicio va a ser determinante para su éxito o fracaso por arribar a una conclusión errónea del caso sometido a proceso.

La doctrina reconoce en general diferentes fases: el momento del levantamiento o extracción, embalaje, transporte, la entrega, la manipulación en el laboratorio y la custodia y conservación⁷⁹⁸. En cada una de estas fases será necesaria la observancia de los recaudos que garanticen la adecuada

⁷⁹⁶ Art.366 CPPMza: Responsabilidad probatoria: “El Ministerio Público es el responsable de la iniciativa probatoria tendiente a descubrir la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva. La inobservancia de este precepto será comunicada por el Presidente al Procurador General, a los fines que corresponda.”.

⁷⁹⁷ RICCONO, Rafaella, “La investigación en un sistema adversarial. Cadena de custodia y levantamiento de rastros”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La investigación penal preparatoria – II, Año 2011-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.305.

⁷⁹⁸ ESCUDERO, José, FLORES, Sandra, PERASSI, Mauro, *Cadena de custodia de los elementos probatorios en el proceso penal*, Ed. Instituto Técnico Superior Juan Vucetich, Mendoza, 2010, p.108.

manipulación y tratamiento de las muestras o vestigios. En sentido similar, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha resuelto que [...] *hay cuatro fases básicas en sede policial, en las que debe garantizarse la autenticidad del elemento o material a utilizar como prueba, a saber: el momento de la extracción o recolección de la prueba; el momento de la preservación y empaque; la fase de transporte o traslado; y finalmente, la entrega apropiada de la misma. De seguido surge la necesidad de garantizar la autenticidad durante el momento del análisis de los elementos de prueba, y finalmente el problema de la custodia y preservación definitiva hasta la finalización del juicio, ya sea de la totalidad o de una muestra, según el caso y la naturaleza de la prueba. Es indispensable, para averiguar la verdad real como la finalidad esencial del proceso, que se garantice con absoluta certeza que los elementos utilizados son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos (cadena de custodia), máxime si observamos la cantidad de personas que por diferentes razones deben manipular dichos elementos*⁷⁹⁹.

En el caso particular de los análisis de ADN debemos tener en cuenta que la toma de muestras es siempre bidireccional porque se recogerán las muestras del lugar del hecho o del cuerpo de la víctima –según sea el delito- y también será necesario tomar muestras del sospechoso para poder realizar el cotejo de ambas a fin de determinar o no su identidad. Farfán Espuny⁸⁰⁰ hace referencia a tres tipos de muestras: *indubitada*, de la cual se conoce con certeza quien es el donante porque se ha obtenido de una intervención corporal del individuo identificado; *atribuida*, porque se le atribuye a un individuo determinado pero no se sabe con absoluta certeza que le pertenezca, v. gr., los supuestos en los cuales se han

⁷⁹⁹ CSJ Costa Rica, Sala Tercera, Sentencia 368, cit. por GODOY BERROCAL, María Elena, “Cadena de custodia de los elementos materiales de prueba en la etapa de la investigación penal”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La investigación penal preparatoria – I, Año 2011-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.351.

⁸⁰⁰ FARFÁN ESPUNY, María José, “Recogida de muestras biológicas y obtención del perfil de ADN en el laboratorio forense”, *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 130 y ss.

secuestrado objetos que se presume altamente que pueden tener células de la persona como cepillos de dientes o peines; y, por último, *dubitada*, pues se desconoce quién es el donante, tales como todos los restos biológicos que pueden ser recogidos de la escena del crimen o de la víctima, en el caso que ésta no conozca al autor del hecho.

A fin de garantizar que los análisis que se practiquen sobre tales muestras tengan validez probatoria es necesario que la recogida, empaquetado y manipulación se realice bajo estrictas normas de seguridad para garantizar su identidad, y también en las condiciones óptimas para evitar cualquier tipo de contaminación o degradación. Por dicha razón, resulta imprescindible realizar un riguroso y detallado registro tanto de la forma en que se tomó la muestra o se realizó el levantamiento del vestigio, la forma de empaquetado o almacenamiento debiendo colocarse todos los datos que sirvan para identificarla y también, al momento de su manipulación, el lugar donde se encuentra según sea un laboratorio oficial u otro habilitado al efecto, y el nombre del perito que lleva a cabo el análisis. En el caso que puedan quedar restos de muestras biológicas para un eventual contraexamen, igualmente deberán tomarse todos los recaudos necesarios para su adecuada identificación y conservación.

Afirma Peláez Bardales⁸⁰¹ que los principios que deben regir cada una de estas etapas o fases son el control de todas y cada una de ellas, la preservación de los elementos materiales, la seguridad en el almacenamiento de acuerdo a su naturaleza, la mínima intervención de funcionarios o personas en cada una de las etapas, debiendo registrarse su identificación y la descripción detallada de las características de los mismos.

⁸⁰¹ PELÁEZ BARDALES, José, *La Prueba Penal*, Ed. Grijley, Lima, 2014, p.143.

Coincide Farfán Espuny⁸⁰² en la necesidad de que en todo momento exista un registro cuidadoso tanto de la localización de la muestra como de todos los movimientos que se realicen. Asimismo, debe mantenerse en un lugar seguro, con las condiciones ambientales adecuadas y protegidas de elementos contaminantes, debiendo acceder a ellas solo el personal autorizado y cualificado para su manipulación. No puede perderse de vista que, al tratarse de muestras biológicas, la posibilidad de su contaminación o degradación es mayor que respecto de otro tipo de muestras o evidencias.

La estricta observancia y cumplimiento de todos los recaudos que forman parte de la cadena de custodia garantizan la autenticidad del material probatorio presentado en el juicio oral, momento en el cual la prueba adquiere la relevancia que persigue. En palabras de Jauchen⁸⁰³ se garantiza la identidad fenomenológica para cuando deba ser finalmente utilizada en la etapa del juicio o plenario. Siendo ello así, irregularidades ocurridas en la cadena de custodia posibilitarán la alteración, contaminación o sustitución de las evidencias recolectadas.

En este sentido, compartimos la opinión de Godoy Berrocal⁸⁰⁴ en que es necesario establecer un escrupuloso rito, no para burocratizar el proceso penal, sino para brindar las herramientas idóneas para poder desarrollar adecuadamente el juicio, resguardando igualmente el derecho de defensa que le asiste al imputado durante el proceso penal.

3.3 Valoración de la prueba de ADN en el proceso penal

Una vez llevados a cabo todos los análisis que han permitido determinar el perfil genético de las muestras dubitadas e indubitadas o atribuidas, es necesario

⁸⁰² FARFÁN ESPUNY, María José, “Recogida de muestras biológicas...”, op.cit., p.126.

⁸⁰³ JAUCHEN, Eduardo, “La cadena de custodia...”, op.cit., p.191.

⁸⁰⁴ GODOY BERROCAL, María Elena, “Cadena de custodia...”, op.cit., p.365.

proceder a su cotejo a fin de determinar si existe identidad entre las mismas. Lleva en este sentido razón Farfán Espuny⁸⁰⁵ cuando afirma que la prueba de ADN sólo tiene sentido en la medida que sea posible un cotejo entre perfiles, puesto que el mismo nos va a permitir valorar si existe o no coincidencia entre ellos.

Ello significa que el perito forense deberá determinar si el perfil genético obtenido de la muestra dubitada presenta identidad con el perfil genético del imputado y, en consecuencia, puede atribuírsele la evidencia obtenida. Sostienen Romeo Casabona y Romeo Malanda –citando a López Fragoso- que “[...] constituye una técnica pericial científica que tiene por finalidad obtener un indicio para identificar y/o reconocer a una persona como autora de un delito en la fase de instrucción y asegurar determinadas fuentes de prueba para convencer al Tribunal sentenciador, mediante el informe pericial prestado en el juicio oral, de tal autoría o de tal inocencia.”⁸⁰⁶

Tratándose de prueba científica debe efectuarse un doble análisis. En primer lugar, determinar cuál es el grado de certeza o probabilidad del contenido de la prueba en sí misma, es decir, vinculado con la identificación de los perfiles genéticos. En segundo lugar, cuál es la valoración que debe hacer el Tribunal teniendo en cuenta que carece de los conocimientos técnicos necesarios para una adecuada apreciación de sus resultados.

a. Valor conviccional de la prueba de ADN

Comenzando por el primer aspecto, no resulta un dato menor determinar cuál es la probabilidad de que la mancha o resto encontrados, ya sea en el lugar

⁸⁰⁵ FARFÁN ESPUNY, María José, “Recogida de muestras biológicas...”, op.cit., p.139.

⁸⁰⁶ LÓPEZ FRAGOSO, *Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal*, cit. por ROMEO CASABONA, Carlos, ROMEO MALANDA, Sergio, *Los identificadores de ADN...*, op.cit., p.27.

del hecho o en el cuerpo de la víctima, coincida con el perfil genético del imputado, pudiendo decirse que le pertenece, y ello, fundamentalmente, por el extraordinario valor que se le atribuye a los análisis de ADN en la formación de la convicción de los órganos judiciales. Cuando el cotejo de perfiles genéticos ha dado negativo porque varios marcadores no coinciden, se dice que esta prueba otorga certeza absoluta de que el vestigio encontrado no ha sido dejado por el imputado. Sin embargo, no puede llegarse a la misma certeza cuando ha existido coincidencia de los marcadores en ambas muestras. En este sentido, refieren Romeo Casabona y Romeo Malanda⁸⁰⁷ que las pruebas de perfiles de ADN no otorgan absoluta seguridad en cuando a la pertenencia de ese vestigio a una persona determinada y, por ello, la genética forense no valora los resultados en términos de fiabilidad absoluta, sino que se valora el mayor o menor grado de incertidumbre en términos de probabilidad.

Así lo aseveran Carracedo y Prieto aclarando que “[...] aunque coincidan varios marcadores, siempre existirá una incertidumbre sobre si la mancha pertenece al individuo, que, en muchas ocasiones, puede ser mínima, pero siempre es cuantificable y no puede hablarse en ningún caso de incriminación o seguridad absoluta. Siempre se ha de proceder a la valoración probabilista de la coincidencia de perfiles de ADN”⁸⁰⁸. La razón de dicha incertidumbre radica en que sólo se analizan un número determinado de marcadores que contienen el ADN no codificante y no la totalidad del genoma, lo que permitiría llegar a una coincidencia absoluta. Sin embargo, esta última opción no es posible porque se excedería la función meramente identificativa al acceder a toda la información genética del imputado. Es por ello que mientras mayor sea la cantidad de

⁸⁰⁷ ROMEO CASABONA, Carlos, ROMEO MALANDA, Sergio, *Los indicadores del ADN...*, op.cit., p.37.

⁸⁰⁸ CARRACEDO, Ángel, PRIETO, Lourdes, “Valoración de la prueba genética”, *ADN forense: problemas éticos...*; ob.cit. p. 147.

marcadores que se analicen, mayor va a ser la certidumbre en cuanto a sus resultados⁸⁰⁹.

Sin embargo, el hecho de que deba valorarse el resultado de los análisis en grado de probabilidad no significa que no sea una prueba sólida para determinar una correspondencia genética con una mancha o vestigio pues, como nos dice Gómez Colomer⁸¹⁰, es una de las pruebas científicas más fiables siempre y cuando se cumplan con los protocolos científicos, máxime cuando en la actualidad se analizan un número considerable de marcadores. Coincidentemente se expresa Richard González⁸¹¹ advirtiendo que la evolución de la técnica permite establecer coincidencias de perfiles genéticos con una certeza prácticamente absoluta pues la probabilidad al azar de encontrar dos individuos que tenga el mismo perfil de ADN es prácticamente imposible.

Ahora bien, este índice de probabilidad debe ser cuantificado por los peritos para calcular, así, el grado de incertidumbre. De tal forma, se deben evaluar los resultados analíticos desde dos puntos de vista contrapuestos: que el perfil genético de la evidencia pertenece al imputado (hipótesis de la acusación) y que ese perfil no pertenece al imputado (hipótesis de la defensa), mediante un cociente llamado Razón de Máxima Verosimilitud. Este cociente va a medir cuántas veces es más probable haber obtenido esos resultados genéticos si suponemos que el acusado dejó la mancha en comparación al supuesto de que otro individuo, tomado al azar de la población, haya sido quien dejó la evidencia en la escena del crimen. Para ello se toma la frecuencia en la población de referencia de los polimorfismos obtenidos de la evidencia⁸¹².

⁸⁰⁹ Hace algunos años, el número de marcadores a analizar era de 13. A partir de enero de 2017, conforme a los estándares internacionales se deben analizar 20 marcadores como mínimo. En el laboratorio de genética del Cuerpo Médico Forense de la Provincia de Mendoza se analizan mínimamente 27 marcadores y pueden llegar hasta 50 marcadores en ADN no codificante.

⁸¹⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, "Los retos del proceso penal...", op. cit., p.25.

⁸¹¹ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Análisis crítico de las instituciones...*, op.cit., p.293.

⁸¹² Esta es la metodología utilizada por el Cuerpo Médico Forense de la Provincia de Mendoza el cual está sometido a los controles nacionales por la Sociedad Argentina de Genética Forense y el Ministerio de

Debemos tener en cuenta que la fiabilidad de los resultados dependerá también del cumplimiento de los protocolos científicos que no se refieren solo a todo lo vinculado con la cadena de custodia, sino también a la estandarización de los procedimientos, lo cual favorece incluso el intercambio de información entre distintos organismos. Al respecto, la legislación mendocina que regula el Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas expresamente establece la necesidad de utilizar los criterios científicos avanzados y reconocidos a nivel nacional e internacional⁸¹³.

De tal manera, es posible afirmar que, aunque no se pueda predicar la certeza absoluta de los resultados de comparación de los perfiles de ADN, dado la limitación en cuanto al análisis del ADN no codificante, lo cierto es que el grado de probabilidad debe ser cuantificado por el perito para que el Juez pueda apreciar en su precisa dimensión las conclusiones obtenidas a través de la prueba

Ciencia y Técnica de la Nación. A nivel internacional por la Sociedad Internacional de Genética Forense. Se transcribe a continuación las conclusiones de un examen realizado en dicha institución: “Del análisis de los resultados obtenidos, adjuntos al presente, sobre la base de las metodologías publicadas en trabajos científicos descriptas en Métodos y Referencias bibliográficas, se concluye que:

En la evidencia “XXXXX” se ha observado un perfil genético masculino. Dicho perfil genético es compatible con el perfil genético de “ZZZZZ”. Para la valoración estadística se calculó la Razón Máxima de Verosimilitud (LR) que consiste en el cociente entre la probabilidad de observar el perfil genético recuperado en las evidencias dada en la Hipótesis 1 y la probabilidad de observar el perfil genético dada la Hipótesis 2.

Hipótesis 1: El perfil genético obtenido de la evidencia pertenece a “ZZZZZ”.

Hipótesis 2: El perfil genético obtenido de la evidencia pertenece a un individuo desconocido no relacionado tomado al azar de la población.

El índice LR obtenido es $7,12 \times 10^{26}$, lo que significa que la probabilidad de observar el perfil genético recuperado en la evidencia dada la Hipótesis 1, es 712 cuatrillones de veces mayor que la probabilidad de observar el perfil genético recuperado en la evidencia dada la Hipótesis 2.”

Existe otra metodología que refiere la doctrina como es el análisis bayesiano. Iglesias Canle nos dice sobre el mismo que “[...] es una consecuencia inmediata de la ley de la multiplicación que sirve para conocer las probabilidades finales de un suceso a partir de probabilidades iniciales, dada cierta información o informaciones adicionales obtenidas.” (*Investigación penal sobre el cuerpo...*, op.cit., pp.154 y ss). Este teorema lo debe aplicar el Juez y para ello debe multiplicar su grado de creencia previo sobre la culpabilidad del acusado, expresado en forma de apuesta, por un factor que el perito debe proporcionar al juez. Esta combinación va a permitir una valoración final sobre la probabilidad del suceso.

⁸¹³ Art. 10 Ley n° 8.611, Responsabilidad del Registro, inc. i: “Establecer los más avanzados criterios científicos para la elaboración de patrones genéticos de acuerdo a lo reconocido por consenso a nivel nacional e internacional, previendo que las técnicas utilizadas en los análisis se encuentren validadas y acreditadas para el uso en genética forense, y certificando sus actividades en un marco de mejora continua de la calidad.”

científica. Como bien refieren Carracedo y Prieto: “[e]l valor de la prueba de ADN es habitualmente muy elevado pero en algunas ocasiones no tanto, y es esencial que los peritos calculen adecuadamente ese valor y lo comuniquen de forma correcta, y del mismo modo es esencial que los jueces lo entiendan correctamente y lo puedan valorar de forma adecuada en el conjunto de pruebas”⁸¹⁴.

b. Apreciación de la prueba por el Tribunal

Una vez establecido el valor del resultado de la prueba por parte del perito, resta determinar la forma en que la misma debe ser valorada por el Tribunal. Debemos tener en cuenta que los resultados obtenidos por los peritos van a ser volcados en un informe pericial. Este informe debe contener las técnicas y las conclusiones a las cuales ha arribado el experto en base a los conocimientos técnicos y científicos que ha utilizado para realizar su labor.

Asimismo, en la mayoría de los casos este tipo de análisis se realizan en los laboratorios de organismos oficiales. Como ya hicimos referencia, en Mendoza el laboratorio genético se encuentra en el Cuerpo Médico Forense que está bajo la órbita funcional del Ministerio Público, gozando sus miembros de los rasgos de imparcialidad, objetividad e independencia⁸¹⁵. En este sentido, pone de resalto Etxeberría Guridi⁸¹⁶ que la situación de neutralidad con la cual actúan los peritos oficiales es justamente lo que garantiza que sus dictámenes van a ser elaborados

⁸¹⁴ CARRACEDO, Ángel, PRIETO, Lourdes, “Valoración de la prueba...”, op.cit., p.155.

⁸¹⁵ La Ley provincial n° 8.611 d el Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas establece en su art. 14: “Las huellas genéticas digitalizadas sobre las muestras biológicas extraídas, se practicarán en el Laboratorio de Genética Forense del Ministerio Público Fiscal del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza o en los organismos públicos autorizados al efecto con los cuales se celebrarán los convenios necesarios.

Para realizar los exámenes genéticos el/los laboratorios deberán estar acreditados, basándose en recomendaciones de entes y sociedades nacionales e internacionales en la materia, Se establece un plazo no mayor a tres (3) años a partir de la presente Ley para dicha acreditación.”.

⁸¹⁶ ETXEBERRIA GURIDI, José, *Los análisis de ADN...*, op.cit., p. 324.

con estos criterios de objetividad e imparcialidad. Posición asumida también por la CSJN que ha resuelto que [...] *el informe del Cuerpo Médico Forense debe considerarse como asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantidas por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de los funcionarios judiciales*⁸¹⁷.

La incorporación de dichos informes a la etapa del plenario dependerá de cada sistema procesal pues en la legislación nacional será necesario que los peritos declaren en el juicio oral⁸¹⁸, mientras que la ley mendocina establece la posibilidad de que se lea la parte sustancial del informe pericial, sin perjuicio de poder interrogar a los peritos, en el supuesto que estos hayan sido citados⁸¹⁹.

Ahora bien, tratándose de una prueba científica, la realidad es que los Jueces, en general, carecen de esos conocimientos técnicos y esa es la razón por la cual han solicitado el asesoramiento de personal cualificado. Ello lleva a la pregunta de si pueden apartarse de las conclusiones de los dictámenes periciales. En este sentido Arocena⁸²⁰ considera que, dadas las especiales características de la prueba pericial, esta relativiza el sistema de libre valoración de la prueba. Discrepa Gascón Abellán⁸²¹ que entiende que le corresponde al Juez la tarea de valorar la hipótesis en juego a partir de los datos aportados por la prueba, y el sistema de la libre valoración exige al juez la tarea de determinar lo que hay que creer a partir de la prueba, incluida la prueba científica.

⁸¹⁷ CSJN Fallos 299:265. Ello no significa que los mismos tengan un plus automático sobre los informes de los peritos de parte pues, en el mismo fallo, afirma el Máximo Tribunal que deberán valorarse conjuntamente con los peritajes de parte, de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional.

⁸¹⁸ Vid art.265 CPPNación transcripto en nota 178.

⁸¹⁹ Vid art.395 CPPMza transcripto en nota 168.

⁸²⁰ AROCENA, Gustavo, "La valoración de la prueba (Con especial referencia a las reconstrucciones del hecho, las pericias y las interpretaciones)", *Revista de Derecho Procesal Penal*, La prueba en el proceso penal – I, Año 2009-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.295.

⁸²¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Prueba científica. Un mapa de retos", *Estándares de prueba y prueba científica*, (Ed. Carmen Vázquez), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p.189.

Consideramos que, efectivamente aun tratándose de prueba científica, ello no exime al Juez de controlar que los informes periciales tengan un sólido fundamento científico ni de valorar los mismos en forma conjunta con el resto de los elementos probatorios que se hayan producido en el juicio oral. Es cierto que el órgano jurisdiccional no va a poder descartar el valor de un informe pericial salvo que se base en conocimientos técnicos o científicos, pero sí puede controlar la validez científica del método utilizado y que se hayan seguido rigurosos controles de calidad, es decir, que se haya respetado la cadena de custodia, que el personal sea cualificado y que se haya utilizado la tecnología apropiada.

Verificadas todas estas circunstancias, le compete al Juez analizar conjuntamente todo el material probatorio toda vez que no se trata de compartimentos estancos, sino que el análisis de la prueba debe hacerse en su totalidad, y estableciendo los vínculos entre ellas va a permitir arribar a una decisión debidamente fundada. Afirma, en este sentido, Pérez Marín que “[...] el Juez, o el Tribunal, no podrá entrar a valorar ni el resultado de la pericia ni la forma en que ha sido practicada, pero, salvo la identificación del portador del mismo, en muchos casos el resultado de una prueba de ADN no puede demostrar de una manera indubitada la autoría de los hechos que se imputan; el Juez debe ayudarse de los demás indicios y pruebas obrantes en el proceso, conjugar resultados y conceder a cada uno de ellos el valor que considere más adecuado para llegar a una conclusión”⁸²². Concuera Gascón Abellán⁸²³ al considerar que se debe ponderar el valor probatorio de los datos estadísticos aportados por la prueba científica con el valor probatorio atribuida al resto de las pruebas.

Dicho en otras palabras, el contenido científico de la prueba pericial sólo podrá ser refutado en base a argumentos técnicos, es decir, se debe justificar científicamente su apartamiento, demostrar que las conclusiones de la pericia son

⁸²² PÉREZ MARÍN, María Ángeles, “El ADN como método...”, op. cit., p.155.

⁸²³ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Prueba científica...”, op.cit., p.197.

inverosímiles o que resultan contradictorias con el resto de material probatorio incorporado en la causa o con hechos notorios. En este sentido, ha resuelto la CSJN que [...] *a pesar de que en nuestro sistema la pericial no reviste el carácter de prueba legal, si el experto es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que aquél ha llegado, en tanto no adolezcan de errores manifiestos, o no resulten contrariados por otra probanza de igual o parejo tenor*⁸²⁴.

Igual posición encontramos en la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Provincia que ha resuelto que [...] *el magistrado no puede omitir una pericia o los puntos esenciales de ella, apoyándose en su íntimo parecer y modo de apreciar la cuestión, sino que debe fundar su discrepancia en pautas y conceptos científicos o técnicos relativos a la misma materia sobre la que se expidió el experto. No sería coherente que el juez recurra al auxilio de un perito debido a sus falencias de conocimiento (además del principio de necesidad de la prueba) y luego, arbitrariamente, se aparte del dictamen sin razones técnicas, basándose sólo en su particular y profano parecer sobre cuestiones que desconoce*⁸²⁵.

Aunque exista esta limitación, lo cierto es que la prueba de ADN puede probar la posible presencia del imputado en el lugar del hecho, pero para atribuirle la comisión de la conducta delictiva deberá tenerse en cuenta no solamente las circunstancias del caso particular sino también el conjunto de elementos probatorios producidos durante el juicio oral. Ello es así dado que no es lo mismo que el hecho investigado se haya cometido en un lugar público de fácil acceso y concurrencia de personas que en el ámbito de un domicilio particular, porque la justificación de la presencia del perfil genético del imputado

⁸²⁴ CSJN Fallos 331: 2109.

⁸²⁵ SCJMza, LS 381-87.

en uno y otro dependerá de la posibilidad de que éste haya podido acceder a ese lugar.

Así las cosas, podemos sostener que las pruebas de ADN han incrementado en forma notoria las posibilidades investigativas de los órganos de persecución penal. Sin embargo, la fiabilidad de las mismas dependerá de que se practiquen tomando todos los recaudos que hacen a su validez y, en estas circunstancias, deberá el órgano juzgador atribuirles el valor correspondiente en la decisión que deba adoptar.

3.4 Disposiciones normativas sobre los análisis de ADN en el CPPNación y CPPMza

Dada la importancia que reviste en la actualidad la prueba de ADN tanto la legislación nacional como la provincial se han encargado de regularla, aunque con ciertos matices que las diferencian.

En el CPPNación el artículo 169⁸²⁶ regula todo lo atinente a la individualización de las personas o de circunstancias importantes para la investigación mediante el análisis de ADN. El mismo establece varios parámetros para que la medida de intervención corporal importe una mínima injerencia en los derechos fundamentales del imputado. Es importante destacar que si bien la disposición no hace referencia a qué parte del ADN debe obtenerse, lo cierto es que el propio artículo se refiere a la individualización de personas, máxime teniendo en cuenta origen de esta normativa vinculada con los procesos por desaparición forzada de personas durante la dictadura militar⁸²⁷. Ello permite

⁸²⁶ Vid art. 169 CPPNación transcripto en nota 228.

⁸²⁷ Vid nota 229.

concluir que, aunque no surja expresamente, solamente podrá realizarse el análisis sobre el ADN no codificante a los fines de determinar su perfil genético.

Ahora bien, volviendo al análisis normativo, el primer recaudo se refiere a la mínima extracción de sangre, saliva, cabello, piel o cualquier otra muestra biológica que permita la realización del análisis. Esta limitación va dirigida a quienes van a practicar la medida, es decir, el personal médico o sanitario que realice la extracción para que la muestra tomada sea suficiente para la práctica, pero no exceda la cantidad estrictamente necesaria. Indudablemente deberá ser el experto en genética que intervenga en la extracción quien pueda determinar este aspecto pues carecería de sentido que la limitación sea impuesta por una persona lego en la materia, como el órgano judicial toda vez que no va a poder hacer una evaluación razonable sobre el tema.

Entiende Bongovanni Servera que en este tópico debe aplicarse el principio del éxito que determina que la extracción de las muestras “[...] se encuentra limitado, en su forma y cantidad, a lo que el experto en genética considere mínima pero suficientemente necesaria para que el análisis de ADN pueda realizarse, sin que la calidad y cantidad de las muestras obtenidas puedan determinar su fracaso”⁸²⁸.

Asimismo, la norma prevé la posibilidad que la obtención de muestras no se realice directamente del cuerpo del imputado sino de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo como *v. gr.*, cepillos de dientes o peines o vasos que hubiera utilizado el imputado, admitiéndose para ello que se dispongan medidas de registro domiciliario o requisas personales. Sin embargo, dicha opción sólo será viable en la medida que pueda obtenerse un fin exitoso, es decir, que permita alcanzar la misma certeza con el análisis de las células obtenidas de estos objetos como con la extracción de las muestras biológicas extraídas

⁸²⁸ BONGOVANNI SERVERA, José, *La prueba de ADN en el proceso...*, op.cit., p. 83.

directamente del cuerpo del imputado. Refiere Piñol Sala⁸²⁹ que lo que se pretende alcanzar es un punto de equilibrio entre el derecho a la verdad y los derechos de la persona que debe someterse a la medida de intervención corporal.

Al respecto, afirma Russo⁸³⁰ que a los fines de optar por una vía alternativa menos lesiva que la intervención corporal, no es necesario que esta sea igualmente idónea, sino que basta con que sea suficientemente idónea para alcanzar el fin propuesto. Entendemos que en este aspecto deberá tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso en particular, no es lo mismo si el imputado vive solo que, si convive con varias personas, como así también valorarse la opinión del experto en genética en tanto que éste podrá determinar cuáles son los objetos a secuestrar que puedan contener células para analizar.

La disposición normativa también establece un mecanismo de control por parte del órgano jurisdiccional de la decisión adoptada por el Fiscal de Instrucción. Como ya hemos sostenido, consideramos que esta decisión del legislador resulta acertada pues tratándose de medidas que tienen una importante injerencia en los derechos fundamentales deviene ineludible la intervención del Juez de Garantías. Ello es así siempre que el imputado no preste su consentimiento para la práctica, debiendo en tal supuesto decidir el órgano jurisdiccional quien deberá fundamentar su decisión en base a los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

En consonancia con la jurisprudencia nacional, el legislador ha autorizado el uso de facultades coercitivas sobre el imputado siempre en la medida estrictamente necesaria para poder llevar a cabo la intervención corporal,

⁸²⁹ PIÑOL SALA, Nuria, “La obligación del Estado de restituir la identidad a las víctimas de desaparición forzada”, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, (Dir. Leonardo Pitlevnik), núm. 8, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p.321.

⁸³⁰ RUSSO, Rocío, “La obtención de material genético en el arco de la investigación de delitos de desaparición forzada de personas. Análisis del art. 281 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación”, *Las pruebas genéticas en la identificación...*, ob.cit., pp. 287 y ss.

teniendo en cuenta que no se requiere el consentimiento del imputado. Así ha resuelto la CNCP [...] *la circunstancia de que al imputado no se le hubiera notificado de que le extraería fluidos corporales –sangre y saliva- para practicarse pericias de ADN en nada invalida la medida probatoria cumplida, pues, aunque se respetara dicha exigencia, la realización del estudio se hubiera concretado en idénticas condiciones a las que finalmente se cumplió. En tal sentido, ningún efecto hubiera tenido la hipotética negativa del encausado a autorizar o consentir la pericia, pues su derecho constitucional a no ser coartado a declarar contra sí mismo no incluye el de resistir una medida en la que el imputado es objeto de prueba y no sujeto de ella*⁸³¹.

Sin embargo, consideramos que dicha posibilidad de utilizar la coerción física solamente será posible en la medida que, ante la falta de consentimiento del imputado, el Fiscal de Instrucción haya solicitado la intervención del Juez de Garantías y éste haya dispuesto la realización de la misma en función de los parámetros de necesidad, racionalidad y proporcionalidad.

A diferencia de la legislación nacional, la norma mendocina establece expresamente la posibilidad de realizar intervenciones corporales sobre el imputado a fin de determinar su huella genética digitalizada pero no como medida probatoria respecto de un hecho investigado. Así, la determinación de la huella genética es generalizada para todos los delitos y con el único fin de introducirla en el Registro Provincial de Huellas Genéticas⁸³². Si bien es cierto que, conforme surge de la Ley n° 8.611⁸³³ que crea el Registro Provincial, dicha huella genética debe carecer de asociación directa con ADN de genes codificantes y sólo debe aportar información identificativa del individuo, afectándose así mínimamente el derecho a la autodeterminación informativa pues

⁸³¹ CNCP, Sala III, “S. M., J. s/recurso de casación”, 31/05/06.

⁸³² Vid art. 211 CPPMza transcripto en nota 124.

⁸³³ Así se establece expresamente en art. 2, Ley n° 8.611.

el Estado no podrá avanzar sobre otros datos genéticos del imputado, no es menos cierto que la disposición resulta desproporcionada y arbitraria.

No objetamos la regulación normativa en cuanto al procedimiento previsto en sí mismo. Vemos que, al igual que el orden nacional, se prevé la posibilidad de obtener distintas muestras biológicas del imputado a través de una intervención corporal como así también faculta al Fiscal de Instrucción para obtener dichas muestras mediante el secuestro de objetos que contengan células desprendidas del cuerpo, evitándose de esta manera la intervención corporal propiamente dicha.

Igualmente, se establece en forma expresa la intervención de personal médico no solamente para realizar la práctica, debiendo extraerse la muestra biológica según las reglas del saber médico, debiéndose, igualmente, considerarse su posición cuando pudiera temerse un daño a la salud de la persona sobre la cual se va llevar a cabo la medida. Tratándose de una prueba científica, la opinión del personal cualificado resulta, sin duda, imprescindible para el órgano judicial que la ordena, puesto que las condiciones físicas o de salud del imputado podrán ser evaluadas adecuadamente sólo por los médicos forenses, que gozan de una formación y conocimientos de los que carece el Ministerio Público.

También se habilita legalmente el uso de facultades coercitivas en la medida estrictamente necesaria para su realización. Esta circunstancia deberá evaluarse en cada caso concreto, según las condiciones personales del imputado y el tipo de muestra biológica que se vaya a extraer, pues no es lo mismo inmovilizar al sujeto para realizar un *frotis* bucal que para efectuar una extracción sanguínea. En efecto, la posibilidad de lesionar al imputado, en este último supuesto, es mucho mayor teniendo en cuenta el instrumental que debe utilizarse.

Todo ello nos parece razonable en consideración de los derechos fundamentales en juego y los presupuestos analizados precedentemente. Nuestra crítica fundamental reside en el carácter general e indiscriminado de la medida, no importa el delito cometido ni tampoco si la medida resulta adecuada y necesaria para probar alguna circunstancia del hecho delictivo investigado, por lo que no se entiende por qué fue regulada dentro del capítulo referido a los medios de prueba del proceso penal. En rigor de verdad, la finalidad de la norma pareciera ser meramente identificativa por lo que hubiera sido más razonable establecer la regulación de la huella genética dentro de los medios de identificación del imputado⁸³⁴. A punto tal ello es así que el Fiscal de Instrucción, efectuada la imputación y habiendo designado el imputado abogado defensor, debe proceder a realizar el interrogatorio de identificación e inmediatamente después debe ordenarse la extracción de muestras biológicas del imputado para la obtención de su huella genética⁸³⁵.

Resulta claramente diferenciable la práctica de una intervención corporal para realizar un estudio de ADN, como medida probatoria, y la determinación de la huella genética, como medio de identificación del imputado para ser introducida en un registro o base de datos, y los criterios que deben guiar a una y son también diferentes. Sin embargo y, de manera lamentable, el legislador ha introducido todo en una misma bolsa desdibujando los parámetros de necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto que deben primar en toda resolución judicial, especialmente en aquellas decisiones que pueden tener incidencia en derechos fundamentales.

⁸³⁴ El Capítulo I del Título V del Código Procesal regula todo lo atinente al imputado, estableciéndose en el artículo 93 los medios para identificarlo “La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, las impresiones digitales, señas particulares y fotografías. Si se negare a dar esos datos o los diere falsamente, se procederá a la identificación por testigos, en la forma prescrita para los reconocimientos, o por otros medios que se estimaren útiles.

La individualización dactiloscópica se practicará mediante la oficina técnica respectiva.”.

⁸³⁵ Art.272 CPPMza, 2º párrafo: “Acto seguido el Fiscal ordenará la extracción de muestras biológicas necesarias que permitan obtener la huella genética digitalizada de la persona imputada para su incorporación al Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas.”

En efecto, conforme sostuvimos en el capítulo anterior, la resolución que ordene una medida de investigación corporal –cualquiera sea ella-, debe analizar la idoneidad de la medida, es decir, que ésta permita obtener elementos probatorios para el proceso. Debe ser necesaria, lo cual implica que debe tener aptitud para lograr el objetivo, como así también se debe considerar si no existe una medida menos gravosa que permitan alcanzar el mismo conocimiento, debiendo preferirse siempre los medios menos intrusivos en los derechos fundamentales. Por último, pero no menos importante, en función del análisis de la proporcionalidad en sentido estricto requiere ponderarse entre el interés general y los intereses individuales involucrados.

Ahora bien, en función de la regulación que ha realizado el legislador mendocino, nos preguntamos qué tipo de ponderación va a realizar el Fiscal de Instrucción, si la huella genética del imputado la va a obtener en todos los casos y sin importar el delito investigado. En otras palabras, ya no va a ser necesario motivar la razonabilidad y proporcionalidad de una intervención corporal para determinar el ADN del imputado, como medida probatoria en el caso concreto, pues ya cuenta con su huella genética. Y frente a esta autorización legislativa que permite el avance indiscriminado de los órganos de persecución penal, en qué posición queda la defensa para resistir esta medida probatoria. Como podemos ver, los cuestionamientos no son pocos y quedará en manos de los Jueces resolver, en cada caso supuesto sometido a su consideración, la legitimidad de la medida dispuesta por el Fiscal de Instrucción.

En consecuencia, entendemos que el ordenamiento procesal nacional ha legislado de manera adecuada todo lo atinente a la prueba de ADN, no así la legislación provincial que ha desaprovechado una valiosa oportunidad, para regular esta medida de intervención corporal, en consonancia con la utilidad y trascendencia que tiene en el proceso penal en forma respetuosa de los derechos fundamentales.

3.5 Bases de datos de ADN

La determinación de un perfil genético tiene utilidad en el proceso penal en tanto y en cuanto éste pueda ser comparado con otro a fin de determinar si existe o no coincidencia entre ambos. En esta función, la existencia de bases o bancos de datos que contengan perfiles de ADN a los fines comparativos constituye, sin duda alguna, una herramienta de extraordinario valor para las investigaciones penales. Es que, como afirma Zafra Espinosa de los Monteros⁸³⁶, justamente la principal finalidad de este tipo de bases de datos es poder utilizar la información obtenida en una investigación concreta, en otras que se sigan por la comisión de otro hecho delictivo.

En estas circunstancias, su utilidad resulta hoy incuestionable frente a delitos graves o de difícil investigación, resultando también indudable la importancia de mejorar los sistemas de intercambio de información entre las autoridades judiciales y policiales cuando, en la actualidad, es una realidad la criminalidad transnacional como terrorismo, trata de personas y criminalidad organizada en general.

Pero como contracara de dicha utilidad, nos encontramos con el riesgo que significa para la población que los órganos estatales cuenten con la posibilidad de acceder a nuestro perfil genético, aun cuando éste se obtenga del ADN no codificante, pues, como hicimos referencia *supra*, incluso en este último supuesto la información obtenida no se limita a la persona de la cual se ha extraído el ADN sino que se extiende a su grupo familiar. Nos dice en este sentido Casado⁸³⁷ que, con los avances de las tecnologías de la identificación, las personas se están

⁸³⁶ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, “El impacto de la prueba de ADN...”, op. cit., p.12.

⁸³⁷ CASADO, María, “Reflexiones bioético-jurídicas sobre el uso...”, op.cit., p.14.

acostumbrando a ser fichadas y a volverse “transparentes” sin siquiera darse cuenta de ello.

Por dichas razones, se debe tender a lograr un punto de equilibrio entre las necesidades sociales de seguridad y el derecho de los individuos a la autodeterminación informativa con el objeto de evitar –como sostiene Uicich-⁸³⁸ que el ser humano sea reducido a un mero “conjunto de datos”. De tal forma que, sin dejar de aprovechar las herramientas que nos brindan este tipo de bases para la investigación penal, resulta ineludible que las normas que las regulen sean lo suficientemente depuradas, desde el punto de vista técnico y jurídico, para evitar que la injerencia en los derechos fundamentales de los individuos no resulte desproporcionada y arbitraria.

a. Bases de datos en el ordenamiento nacional

Como hemos visto en Capítulos anteriores, en el orden nacional mediante Ley n° 26.879 se creó el Registro Nacional de Datos Genéticos para los delitos contra la integridad sexual⁸³⁹, que tiene como fin exclusivo, facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación judicial en materia penal vinculada a delitos contra la integridad sexual, mediante la individualización de las personas responsables. Es por ello que este consta de dos secciones: una de autores no identificados y otra vinculada a personas condenadas⁸⁴⁰. La información genética, que carezca de asociación directa en la

⁸³⁸ UICICH, Rodolfo, *Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidad*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p.40.

⁸³⁹ Si bien mencionamos en el Capítulo III la existencia del Banco Nacional de Datos Genéticos creado en el año 1987, la utilización del mismo se encuentra limitada y circunscripta a los delitos cometidos durante la dictadura militar argentina pues archiva en forma sistemática material genético y muestras biológicas de familiares de personas desaparecidas durante ésta con la finalidad de identificar a los menores apropiados por las fuerzas militares.

⁸⁴⁰ Art. 3°: “El Registro almacenará y sistematizará la información genética asociada a una muestra o evidencia biológica que hubiere sido obtenido en el curso de una investigación criminal y de toda persona

expresión de genes y que aporten únicamente información identificatoria apta para ser sistematizada y codificada, se almacena en una base de datos informatizada. Asimismo, como se considera que son datos sensibles y de carácter reservado, las constancias del Registro solamente serán informadas a miembros del Ministerio Público Fiscal, a Jueces y a Tribunales de todo el país en el marco de una causa en la que se investiguen delitos contra la integridad sexual.

Uno de los puntos más criticable de la norma es el tiempo de almacenamiento toda vez que prevé que la información solo será dada de baja transcurridos cien años desde la iniciación de la causa o, en un plazo menor, por orden judicial. No rigen ni los plazos de caducidad previstos en el art. 51 CP⁸⁴¹,

condenada con sentencia firme por los delitos contra la integridad sexual. Asimismo respecto de toda persona condenada se consignará:

- b) Nombres y apellidos, en caso de poseerlos se consignarán los correspondientes apodos, seudónimos o sobrenombres.
- c) Fotografía actualizada.
- d) Fecha y lugar del nacimiento.
- e) Nacionalidad.
- f) Número de documento de identidad y autoridad que lo expidió.
- g) Domicilio actual, para lo cual el condenado, una vez en libertad, deberá informar a la autoridad los cambios de domicilio que efectúe.”

Art. 5º: “El registro contará con una sección destinada a personas condenadas con sentencia firme por la comisión de los delitos contra la integridad sexual. Una vez que la sentencia condenatoria se encuentre firme, el juez o tribunal ordenará de oficio los exámenes tendientes a lograr la identificación genética del condenado y su inscripción en el Registro.”

Art. 6º: “El Registro contará con una sección especial destinada a autores no individualizados, de los delitos contra la integridad sexual, en la que constará la información genética identificada de las víctimas de tales delitos y de toda evidencia biológica obtenida en el curso de su investigación que presumiblemente correspondiera al autor. Su incorporación será ordenada por el juez de oficio, o a requerimiento de parte.”

⁸⁴¹ Art. 51 CP: “Todo ente oficial que lleve registros personales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que provengan de la formación de la causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delito de que haya sido víctima el detenido.

El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos

- 1) Después de transcurridos diez (10) años desde la sentencia para las condenas condicionales.
- 2) Después de transcurridos diez (10) años desde su extinción para las demás condenas privativas de libertad.
- 3) Después de transcurridos cinco (5) años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.

En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

ni tampoco los plazos de prescripción de la acción penal. En este sentido, afirma Figari⁸⁴², este plazo de cien años trasciende los fines de la pena y fundamentalmente, es contrario a todo fin de resocialización. Por este motivo considera que es irrazonable y que convierte al condenado en un paria social.

Por su parte, Iud⁸⁴³ critica este tipo de Registros porque considera que tiene una finalidad clara de prevención especial porque pretende disuadir al condenado para que vuelva a cometer un delito en el futuro y como el Registro se tornaría operativo ante la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que ya fue condenada, su trasfondo es propio del derecho penal de autor y no de acto que debe regir en un Estado de Derecho. Así, considera el autor que esta objeción se superaría en la medida en que existiera un registro o banco universal como es el registro de huellas dactilares⁸⁴⁴.

b. Bases de datos en el ordenamiento provincial

Ya hicimos referencia que en la Provincia de Mendoza coexisten de dos registros. Así, desde el año 2003 funciona el Registro Contra la Integridad Sexual

Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad:

1) Cuando se extingan las penas perpetuas.

2) Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo.

3) Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de sus sustitución por prisión, al efectuar el cómputo de la prisión impuesta.

4) Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.

La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.”

⁸⁴² FIGARI, Rubén, “Sobre la ley 26.879 de Registro Nacional de Datos Genéticos para los delitos contra la integridad sexual”, www.rubenfigari.com.ar, (fecha de visita 20/05/15).

⁸⁴³ IUD, Alan, “El análisis de ADN...”, op.cit., p.181 y ss.

⁸⁴⁴ En el orden nacional existen distintos proyectos de ley de creación del registro de huellas genéticas pero ninguno ha tenido tratamiento legislativo. En el ámbito de la Policía Federal se creó mediante Resolución 415/2004 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, el Registro de Huellas Genéticas conteniendo una regulación similar a la ley provincial. El aspecto controvertido es que consideramos que estos registros no pueden ser creados mediante una resolución de un ministerio dependiente del Poder Ejecutivo ya que resulta ineludible su regulación legislativa por la incidencia que tienen en los derechos fundamentales de los individuos.

(RECIS)⁸⁴⁵ y, en el año 2013, se estableció el Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas⁸⁴⁶. Ello implica que en el caso de condena por delitos contra la integridad sexual se deberán enviar los datos y la huella genética digital a ambos registros⁸⁴⁷.

Comenzando por el primero, vemos que el RECIS se integra con los datos personales y físicos, fecha de condena, pena recibida y demás antecedentes procesales valorativos del historial delictivo de los condenados por Delitos contra la Integridad Sexual, información que se complementa, además, con las correspondientes fotografías y registros de ADN. Tales datos deben ser comunicados a las Policías de la Provincia de Mendoza (art.2°); asimismo, las fotografías a las que se hace referencia y las principales características del historial delictivo se destinarán a un sitio especial creado en Internet. Es importante destacar que los datos de los condenados sólo podrán constar en tanto y en cuanto medie una orden judicial que disponga dicha inscripción, orden que será expedida por el Tribunal que impuso la condena⁸⁴⁸.

⁸⁴⁵ Entendemos que la denominación del registro es, por lo menos, desacertada pues no refleja el contenido del mismo.

⁸⁴⁶ La Ley n° 8.611 creó el Registro, pero delegó en la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza la puesta en funcionamiento del Registro, debiendo determinar sus características, modalidades de su administración y todo lo atinente a gestión de muestras y cadena de custodia. En el año 2016, la ley sufrió una serie de modificaciones y lo cierto es que recién a finales de dicho año el Registro ha comenzado a funcionar.

⁸⁴⁷ Si bien en teoría ello es así ya que el RECIS se encuentra en funcionamiento, lo cierto es que desde su implementación ha tenido escasa utilidad práctica registrándose apenas cuatrocientas muestras. Quizás la razón derive de que el Tribunal, para ordenar esta inscripción, debe poder afirmar la probabilidad de reiteración delictiva en función de los elementos probatorios incorporados en el juicio, lo cual demuestra la dificultad con que se encuentra el Tribunal para poder disponer la inscripción aludida.

⁸⁴⁸ Art. 415 CPPMza- Condena: “La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de las costas.

Dispondrá también, cuando la acción civil hubiere sido ejercida, la restitución del objeto material del delito, la indemnización del daño causado y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones.

Sin embargo, la restitución podrá ordenarse aunque la acción no hubiere sido intentada.

Cuando la condena recaída, lo sea por los delitos comprendidos en el Libro II, Título III, Capítulos II, III y IV del Código Penal, y el Tribunal determine de la prueba rendida, la probabilidad de reiteración delictiva, ordenará la inscripción de la sentencia en el RECIS, una vez firme ésta, suministrando los demás datos de filiación determinados en la Ley.”. Los delitos a los cuales hace referencia la norma son los detallados en la nota 320.

A los fines de integrar dicho registro, se regula específicamente en el art. 8 de la norma⁸⁴⁹, el Registro Provincial de Identificación Genética de Abusadores Sexuales, en el cual solamente constarán las huellas genéticas de las personas condenadas por abusos sexuales con acceso carnal y estupro. El Decreto n° 2.544 establece expresamente que los exámenes de ADN se realizarán sobre el ADN no codificante y la huella genética que se almacena es aquella elaborada sobre la base de genotipos que únicamente aporten información identificatoria.

El Registro consta de dos secciones: índice de condenados e índice de escenas del crimen⁸⁵⁰. En este último índice se conservan las huellas genéticas

⁸⁴⁹ Art. 8 Ley n° 7.222: “A los fines previstos en el Artículo 1°, créase el Registro Provincial de Identificación Genética de Abusadores Sexuales que funcionará en el ámbito del RECIS dependiente de la Suprema Corte de Justicia conforme a las siguientes previsiones:

- a) Constará en el Registro la información genética de las personas condenadas por delitos contra la integridad sexual tipificados en los Artículos 119 y 120 del Código Penal.
- b) La realización del examen genético y la incorporación de la información al Registro se hará sólo por orden judicial previa sentencia firme. El Juez ordenará de oficio los exámenes tendientes a lograr la identificación genética y su inscripción en el Registro.
- c) Las constancias obrantes en el Registro, serán de contenido reservado y sólo podrán ser suministradas mediante orden judicial:
 - 1) A los Jueces y Tribunales de todo el País.
 - 2) A la Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina y las Policías de las diferentes Provincias, para atender necesidades de investigación.
 - 3) Cuando las leyes provinciales así lo dispongan.
- d) La información genética almacenada no podrá ser retirada del Registro bajo ningún concepto y sólo será dada de baja por fallecimiento del ausente.
- e) El Registro contará con una sección especial destinada a autores ignorados. En ella constarán las huellas genéticas identificadas en las víctimas de delitos sexuales. Su incorporación será ordenada judicialmente y será dada de baja de acuerdo con los términos previstos en el Código Penal para la prescripción de la acción penal.
- f) Las constancias del Registro de Identificación Genética de Abusos Sexuales, conservadas de modo inviolable e inalterable harán plena fe, pudiendo ser impugnadas sólo judicialmente por error o falsedad.
- g) En el marco de esta Ley queda absolutamente prohibida la utilización de muestras de ADN para otro fin que no sea exclusivamente la identificación de personas en investigación penal determinada.
- h) Hasta tanto se incluya en la Ley General de Presupuesto, el gasto que demande la instalación y funcionamiento del Registro de Identificación Genética de Abusadores Sexuales, será afectado a Rentas Generales con imputación a la presente Ley.”

⁸⁵⁰ Art. 2.IV, Decreto n° 2.544: “El Registro Especial constará de dos secciones:

- a. Sección “Índice de condenados”: contendrá la siguiente información de las personas condenadas por la comisión de delitos contra la integridad sexual:
 - 1) Tribunal y secretaría interviniente y número de causa.
 - 2) Tribunales y secretarías que hubieren intervenido con anterioridad y números de causas correspondientes.
 - 3) Nombres y apellidos, apodos, pseudónimos o sobrenombres.
 - 4) Lugar y fecha de nacimiento.

obtenidas del lugar del hecho, cuyos autores sean desconocidos y siempre que se trate de delitos contra la integridad sexual, condiciones que limitan enormemente las posibilidades de almacenar huellas genéticas. Dicho en otras palabras, no cualquier delito admite la posibilidad de que se archiven en este Registro huellas genéticas, sólo las obtenidas a partir de la investigación de delitos contra la integridad sexual⁸⁵¹.

De tal forma, vemos que se trata de un registro sumamente acotado porque, además, solo podrá ser integrado por huellas genéticas de personas que hayan sido condenadas en sentencia firme, siempre que la condena haya recaído por delitos contra la Integridad Sexual, por lo que no estaríamos hablando, en sentido estricto, de una base de datos policial de indicadores de ADN, sin perjuicio de la existencia de la sección de ADN de autores desconocidos.

Igualmente, consideramos que resulta cuestionable la posibilidad de que los datos insertos en el Registro puedan ser comunicados a reparticiones oficiales que exceden la Administración de Justicia o las fuerzas de seguridad, así como que cualquier persona pueda solicitar información acreditando un interés legítimo

-
- 5) Nacionalidad.
 - 6) Estado civil y, en su caso, nombres y apellidos del cónyuge.
 - 7) Domicilio o residencia.
 - 8) Profesión, empleo, oficio u otro medio de vida.
 - 9) Números de documentos de identidad y autoridades que los expidieron.
 - 10) Nombres y apellidos de los padres.
 - 11) Números de prontuarios.
 - 12) Fecha y lugar en que se cometió el delito, nombres y apellidos del damnificado y fecha de iniciación del proceso.
 - 13) Calificación jurídica del hecho contra la integridad sexual.
 - 14) Fotografía de la persona, la que será dispuesta por el titular del Registro.
 - 15) Constancia de la huella genética de la persona la que será obtenida mediante la extracción de muestras biológicas de ADN no codificante.

- b. Sección “Índice de escenas del crimen”: contendrá las constancias de huellas genéticas de elementos de prueba que se consideren relevantes y obtenidos en la escena de un crimen, cuando se hayan cometido delitos contra la integridad sexual y se desconozcan sus autores y/o partícipes. La Sección contará con un sistema numérico que permita la correcta individualización de cada escena del crimen y de las huellas genéticas halladas en aquella.”

⁸⁵¹ Ello no implica que no se reserven elementos probatorios de escenas del crimen hasta tanto se encuentren a los autores desconocidos para eventualmente realizar cotejos de ADN, pero no se archivan perfiles genéticos sino muestras biológicas encontradas en dichos lugares como podrían ser pelos o restos epiteliales encontrados en las uñas de la víctima, etc. Asimismo, si se individualiza al autor, su perfil genético solo podrá ser archivado en el registro si se trata de un delito contra la integridad sexual.

que será evaluado por el Funcionario a cargo del mismo. Es por ello que entendemos que la posibilidad de brindar este tipo de información deberá ser analizada exhaustivamente para evitar posibles abusos o excesos.

Con respecto al segundo registro, Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas⁸⁵² del Poder Judicial: se encuentra bajo la órbita del Ministerio Público y se nutre de la huella genética digitalizada obtenida del análisis de ADN⁸⁵³. El objeto principal es contribuir al esclarecimiento de los hechos delictivos, fundamentalmente la posibilidad de individualizar a los autores mediante la identificación del perfil genético del componente del ADN no codificante. Asimismo, también se prevé como objetivo la posibilidad de identificar y favorecer la determinación del paradero de personas extraviadas, desaparecidas o fallecidas y, por último, poder discriminar las huellas de todo personal que interviene de alguna forma en el lugar del hecho, y en todo estado de la investigación, para determinar posibles casos de contaminación biológica de la evidencia (art.3° Ley n° 8.611).

Para lograr estos objetivos la norma prevé que se incorporen, al mencionado Registro, las huellas genéticas asociadas a evidencias que hubieran sido obtenidas en el curso de una investigación judicial y que no estuvieran asociadas a personas determinadas. Igualmente, las huellas genéticas de las víctimas de un delito obtenidas en el proceso penal, las de cadáveres o restos humanos no identificados o material biológico presumiblemente proveniente de

⁸⁵² Como ya hemos hecho referencia la Ley n° 8.611 fue modificada en el año 2016 por la Ley n° 8.916 que también introdujo las modificaciones en el CPPMza que hemos analizado en páginas anteriores.

⁸⁵³ La ley define lo que debe considerarse como huella genética en su art. 2: “Se entenderá por huella genética digitalizada el registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de la información que comprenda un mínimo de veinte (20) marcadores STRs autonómicos según el set extendido del CODIS (Expanded CODIS core) del FBI; marcadores de cromosoma Y (haplotipo mínimo de 11 marcadores según la Y-STR Haplotype Reference Database: YHRD); marcadores STRs del cromosoma X; ADN mitocondrial (HVRI y HVRII) validados a nivel internacional, que carezca de asociación directa con ADN de genes codificantes, que aporten sólo información identificatoria y que resulte apto para ser sistematizado y codificado en una base de datos informatizada, sin perjuicio de la utilización más amplia de la muestra biológica que pudiera disponerse en el marco de una investigación judicial, previa autorización fundada de la autoridad jurisdiccional interviniente y dentro de los límites establecidos por la legislación vigente.”

personas extraviadas, como así también las de familiares de personas desaparecidas o extraviadas. Asimismo, también se incorporarán las del personal perteneciente a la Policía de la Provincia de Mendoza, Servicio Penitenciario, Policía Judicial, funcionarios y/o personal del Poder Judicial que intervengan en la investigación penal y demás fuerzas de seguridad que operen en el territorio provincial. Y, del mismo modo, deberán archivarse las huellas del personal que preste servicios de seguridad privada y la huella de cualquier persona que manifieste su voluntad de incorporar su perfil genético al registro.

Ahora bien, para cumplir la finalidad principal se prevé la incorporación de las huellas genéticas de toda persona imputada, procesada o condenada en un proceso penal y/o huellas que se encontraren asociadas a la identificación de las mismas, así como la de menores cuya responsabilidad haya sido declarada y la de personas a quienes no se condenó por mediar una causa de inimputabilidad⁸⁵⁴. La norma prevé, además, que el almacenamiento de los datos de las personas, tales como nombre y apellidos, fotografías, fecha y lugar de nacimiento, nacionalidad, etcétera, se realicen en forma independiente a su información genética. Igualmente, se establece que el ingreso de patrones genéticos debe contemplar el uso de un código único de acceso, de modo que los perfiles almacenados no incluyan datos filiatorios del individuo o de los rastros que le dieron origen, contemplando así los requerimientos constitucionales en cuanto a los derechos fundamentales de las personas y la protección de datos personales⁸⁵⁵.

⁸⁵⁴ La norma prevé que también se incorporen las huellas genéticas de quienes a la fecha ya se encuentren cumpliendo condena, debiendo la autoridad judicial de ejecución penal disponer en un plazo de cuatro meses la extracción de las muestras necesarias que permitan obtener las huellas digitalizadas.

⁸⁵⁵ Art. 9 bis, Ley n° 8,611, Código de acceso: “El ingreso de patrones genéticos en el registro deberá contemplar el uso de un Código Único de Acceso, en modalidad de código de barras, de modo que los perfiles almacenados no incluyan datos filiatorios del individuo o de los rastros que le dieron origen, a modo de salvaguardar la objetividad en la búsqueda de los datos y contemplar los requerimientos constitucionales de las personas en cuanto al respeto de los derechos humanos y protección de datos personales. La decodificación sólo se realizará en caso de un impacto identificatorio positivo y será correspondientemente informada en las actuaciones que dieron origen a la incorporación del perfil genético en el banco de datos”.

Se prevé, también, la posibilidad de realizar cotejos de perfiles genéticos nuevos con los ya almacenados con el objetivo de poder establecer la existencia de un eventual impacto identificatorio positivo, teniendo en cuenta que en el registro también se almacenan las huellas genéticas de vestigios encontrados en otros procesos penales⁸⁵⁶. Ello permite la utilización de la huella genética que se incorpore al registro en cualquier otro proceso penal que se encuentre en trámite, e incluso en procesos penales que puedan iniciarse con posterioridad.

En consonancia con dicha utilidad y, teniendo en cuenta la función de la principal finalidad de estas bases de datos que es el intercambio de información para la investigación y enjuiciamiento de los hechos delictivos. la mencionada Ley provincial prevé, en el artículo 15, que el Registro, a través de la Procuración General, promueva el intercambio de información con otros registros de igual naturaleza como así también celebrar convenios con organismos públicos, municipales, provinciales, nacionales e internacionales que persigan fines semejantes a los previstos en la ley, y conforme a los principios contenidos en la misma. Es de esperar el uso adecuado de este intercambio de información pues la imprecisión de la legislación, en cuanto a los organismos con los cuales se puede realizar, se presta a una interpretación muy amplia.

Como puede colegirse, las distintas disposiciones establecidas por la ley en estos puntos resultan adecuadas y similares a la regulación que se ha realizado en legislaciones comparadas. Sin embargo, disentimos en un aspecto esencial: los delitos que habilitan la incorporación de la huella en el Registro. Vimos que la norma no hace ninguna distinción ni limitación en cuanto a los delitos que

⁸⁵⁶ Art. 9 ter, Ley n° 8.611 Cotejo de datos e informe: “Cualquier patrón genético de nuevo ingreso será cotejado en la base de datos correspondiente, por el personal debidamente habilitado para tal fin, a efectos de corroborar la existencia eventual de un impacto identificatorio positivo. El Registro deberá efectuar una comparación periódica de los patrones genéticos. De encontrarse alguna compatibilidad, deberá reiterar el análisis del individuo a partir de una nueva extracción de muestra biológica, y en caso de negativa, la obtención compulsiva se obtendrá mediante orden del fiscal o autoridad judicial competente. En caso de persistir dicha compatibilidad deberá elevar un informe a la autoridad fiscal o judicial competente en las actuaciones judiciales donde se ordenó el estudio de ADN que dio ingreso a la muestra comparada.”

justificarían la posibilidad de almacenar datos identificativos, lo cual nos lleva a concluir que la imputación de cualquier hecho delictivo permite su incorporación, como así también la condena por cualquiera de los delitos tipificados en el Código Penal por más leve que sea e, incluso, por delitos de acción privada en los cuales no tiene intervención el Estado⁸⁵⁷. A tal punto ello es así que expresamente se modificó el artículo del CPPMza relativo a las sentencias condenatorias, las cuales deberán disponer la extracción de las muestras para obtener la huella genética digitalizada a fin de incorporarla al Registro⁸⁵⁸. Y esta conservación, en casos de condenados, se mantendrá durante cincuenta años, transcurridos los cuales la huella podrá ser eliminada. Ello significa que se conservará prácticamente durante toda la vida del condenado⁸⁵⁹.

Consideramos que este carácter general e indiscriminado del registro, en tanto se conserva la huella genética, cualquiera sea la naturaleza y gravedad de las infracciones e independientemente de la edad o de su condición de inimputable, por un plazo tan extenso, no sólo resulta desproporcionada y arbitraria sino también cuestionable desde el punto de vista del derecho a la autodeterminación informativa.

La condena por cualquier infracción penal, por leve que sea, significa automáticamente la incorporación de la huella genética en el registro. Piénsese, por ejemplo, en el delito contra la libertad de reunión que tiene prevista una pena de quince días a tres meses de prisión (art.160 CP), el delito de falsa denuncia

⁸⁵⁷ El Código Penal regula como acciones privadas las que nacen de los delitos de calumnias e injurias, violación de secretos, concurrencia desleal, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima sea el cónyuge y las que surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima, según lo determinen las legislaciones procesales provinciales (art.73 CP).

⁸⁵⁸ La Ley modifica el art.415 CPPMza incorporando como último párrafo “Toda condena dispondrá la extracción de muestras biológicas necesarias que permitan obtener la huella genética digitalizada de la persona condenada para su incorporación al Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas y la inscripción de la sentencia en el mismo.”

⁸⁵⁹ Como la norma establece que la obtención de la huella genética se realiza en el momento de la imputación, en el supuesto que la persona ha sido sobreseída o absuelta con sentencia firme, la conservación de la huella genética se mantendrá durante cinco años.

que se castiga con pena de prisión de dos meses a un año o con pena de multa (art.245 CP) o uno de los tipos penales de violación de secretos que sólo se reprime con pena de multa (art.155 CP), la condena por cualquiera de ellos significa que el Estado va a tener almacenada la huella genética durante cincuenta años. En estos casos, la desproporción es evidente porque no existe adecuación entre la gravedad del delito y la injerencia en los derechos fundamentales.

Indudablemente, cuando un individuo resulta condenado por un hecho delictivo grave resulta razonable la inserción de su huella genética en la base de datos, en palabras de Alec Jeffreys, este individuo “[...] le debe a la sociedad estar incluido en esa base de datos para identificarle en caso de que reincida”⁸⁶⁰. Pero entendemos que no se justifica respecto de todo el catálogo de delitos previsto en el Código Penal, especialmente aquellos delitos que ni siquiera tienen prevista una pena privativa de libertad, puesto que dicha circunstancia no guarda un equilibrio justo entre los intereses de la sociedad y del condenado⁸⁶¹.

Amén de ello, si bien es cierto que la huella genética se obtiene de la parte no codificante del ADN, ya hemos visto que a la fecha se desconoce cuál es la función de este ADN no codificante y no puede descartarse que en un futuro se pueda obtener de esa parte otra información que exceda lo meramente identificativo. Como sostuvo el TEDH en el ya citado caso *S. y Marper c. Reino Unido*, [...] *no puede descartarse la posibilidad de que los aspectos de la vida*

⁸⁶⁰ Entrevista realizada a Alec Jeffreys –científico que bautizó el perfil de ADN como huella genética– publicada en *The Guardian* el 15 de abril de 2009, citada por GUILLÉN, Margarita “La mal llamada huella genética. Una metáfora científica frente al uso forense de la prueba de ADN”, *ADN forense: problemas éticos...*, ob.cit., p.77.

⁸⁶¹ Buen ejemplo de esto lo encontramos en la legislación española ya que la LO 10/2007 de 8 de octubre, que regula la base de datos policial de identificadores de ADN expresamente ha limitado el tipo de delitos que justifican la inserción en la base de datos. Así se admite en los delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas y en los casos de delincuencia organizada.

*privada relacionados con la información genética, sean objeto de futuros atentados por nuevas vías que hoy no se pueden prever con precisión*⁸⁶².

Otro aspecto central, del que igualmente disentimos pues consideramos que resulta absolutamente violatorio de los derechos fundamentales, es la regulación sobre la conservación de las muestras biológicas ya que la norma establece que el Registro deberá conservar las muestras para eventuales contraexámenes que pudieran practicarse a futuro, pero no establece ninguna disposición en cuanto a la eliminación de las muestras biológicas, por lo que debemos suponer que se deben conservar el mismo tiempo que la huella digital, es decir, cinco años después que el imputado ha sido absuelto o sobreseído y cincuenta años en caso de condena.

Ninguna justificación resulta aceptable para consentir que el Estado conserve en su poder las muestras biológicas que contienen todo el patrimonio genético de la persona condenada, por un plazo de tiempo tan extenso. Mucho menos resulta justificable la conservación de las mismas por el plazo de cinco años en los casos de que el imputado haya sido absuelto o sobreseído por sentencia firme. La única posibilidad de conservación de las muestras que resulte respetuosa de los derechos fundamentales, es que la misma se prolongue estrictamente sólo por el plazo que dure el proceso penal. En otras palabras, mientras dure el proceso, y a fin de posibilitar que el imputado pueda realizar un contraexamen en ejercicio de su derecho de defensa, el Estado puede conservar la muestra biológica, concluido éste por sentencia firme, deben destruirse las mismas y no conservarse ningún vestigio en el Registro que pueda contener información genética del condenado.

Cualquier plazo que exceda del proceso penal resulta arbitrario y francamente violatorio del derecho a la intimidad y a la autodeterminación

⁸⁶² TEDH Demanda S. y Marper c. Reino Unido..., cit., parr.71.

informativa. Recurriendo nuevamente al TEDH, esta decisión nos dice claramente que *[v]isto el carácter y la cantidad de información personal contenida en las muestras celulares, se ha de considerar que su conservación constituye en sí misma una lesión del derecho al respeto de la vida privada de las personas concernidas. Poco importa que las autoridades extraigan o utilicen sólo una pequeña parte de tal información para la creación de perfiles de ADN y que no se produzca un perjuicio inmediato en un caso concreto*⁸⁶³. Indudablemente, la regulación que ha efectuado el legislador mendocino en este punto resulta violatoria de los derechos fundamentales de las personas sometidas a un proceso penal.

Como puede concluirse, la utilización de registros o bases de datos de ADN constituye una valiosa herramienta en la lucha contra la criminalidad, pero también es una fuente poderosa de conocimiento sobre la información genética de las personas. Por dicha razón, deviene ineludible una adecuada regulación y, fundamentalmente, un estricto control sobre el funcionamiento y la utilización que los órganos estatales realicen de la información allí almacenada en resguardo de los derechos fundamentales de todos, circunstancias éstas que no se observan en la legislación provincial.

4. Prueba de alcoholemia y de otras sustancias estupefacientes

4.1 En el ámbito del proceso penal

Otra medida de investigación corporal de uso habitual en el proceso penal es aquella que permite determinar cuál es el grado de intoxicación con alcohol u otras sustancias estupefacientes que presenta el imputado en el momento de comisión del hecho delictivo. Estos supuestos deben ser encuadrados dentro de

⁸⁶³ TEDH Demanda S. y Marper c. Reino Unido, cit., párr.73.

las intervenciones corporales, pues requieren extraer muestras biológicas para su posterior análisis. Son procedimientos técnicos estandarizados y oficialmente autorizados, que permiten detectar la existencia de estas sustancias en el organismo.

Así De Urbano Castrillo y Torres Morato⁸⁶⁴ consideran que los métodos alcoholímetros permiten determinar si la persona ha ingerido alcohol y medir la cantidad de dicha ingesta, ya sea a través del aliento o con un examen clínico de su sangre. Huertas Martín⁸⁶⁵, al referirse a los aparatos técnicos que permiten estos análisis, distingue entre etilómetro que permite comprobar la tasa de alcoholemia en el aire espirado y alcoholímetro que mide el volumen de alcohol en sangre⁸⁶⁶.

En el caso de sustancias estupefacientes u otras sustancias tóxicas, nos dice Richard González⁸⁶⁷ que si bien existen test salivales estos sólo tienen un valor indiciario y, en caso de resultar positivos, debe realizarse un nuevo examen en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia, toda vez que a la fecha no existe un medio técnico que permita saber de manera confiable cuál ha sido la cantidad consumida.

Ahora bien y, como hemos puesto de resalto, a diferencia del derecho español, en el derecho penal argentino la conducción bajo los efectos del alcohol u otras sustancias estupefacientes no constituye *per se* un ilícito penal, sino que queda en el ámbito de las contravenciones administrativas. Ello implica que para que la conducción en algún estado de intoxicación sea abarcada por el derecho penal es indispensable que se haya producido un resultado dañoso para alguna

⁸⁶⁴ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, TORRES MORATO, Miguel, *La Prueba Ilícita...*, op.cit., p.223.

⁸⁶⁵ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo del proceso...*, op.cit., p.427.

⁸⁶⁶ Se establece una relación entre ambos métodos de dos a uno de tal forma que la tasa de 0,5 gramos en sangre se corresponde con 0,25 miligramos por litro de aire espirado.

⁸⁶⁷ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, “Intervenciones corporales y prueba pericial...”, op.cit., p.415.

persona, ya sea homicidio o lesiones que pueden ser leves, graves o gravísimas. Dicho de otro modo, la conducta punible es haber provocado la muerte o alguna lesión a un tercero, de lo contrario la conducta queda dentro del ámbito administrativo sancionador.

Esto no significa que la intoxicación en la cual se encuentra el imputado no tenga trascendencia pues va a tener distintas consecuencias jurídico penales, pero siempre vinculadas a la existencia de un delito de homicidio o de lesiones. Así, en el caso del homicidio puede significar –según el grado de intoxicación unido a otras circunstancias que deberán probarse en el proceso- que el mismo sea calificado con homicidio simple con dolo eventual⁸⁶⁸, o bien, tipificarse como homicidio culposo agravado⁸⁶⁹. Igualmente, si se trata del delito de lesiones graves o gravísimas también se prevé un agravamiento de la pena por la conducción en estado de intoxicación etílica u otras sustancias tóxicas⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ En este supuesto la pena a imponer va desde los 8 a los 25 años de reclusión o prisión (art. 79 CP).

⁸⁶⁹ Mediante Ley n° 27.347 (publicado en el BO 06/01/17) se incorporó el art. 84 bis al Código Penal regulando todo lo atinente al homicidio imprudente en casos de conducción como un tipo aparte de la figura básica, quedando regulado de la siguiente manera: “Será reprimido con prisión de dos (2) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso por cinco (5) a diez (10) años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte.

La pena será de prisión de tres (3) a seis (6) años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intentase socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriere en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajos los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente o violare la señalización del semáforo o señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis o con culpa temeraria, o cuando fueran más de una las víctimas fatales.”

El art. 106 CP tipifica el delito de abandono de persona seguido de muerte que tiene una escala penal de cinco (5) a quince (15) años de reclusión o prisión. En tanto que el art. 193 bis castiga a quien crea una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas al participar de pruebas de velocidad o destreza con vehículo con motor sin estar debidamente autorizados y en estos supuestos la pena es de seis (6) meses a tres (3) años de prisión e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena.

⁸⁷⁰ La misma Ley n° 27.347 incorporó el art. 94 bis al CP estableciendo una pena de uno (1) a tres años de prisión e inhabilitación especial por dos (2) a cuatro (4) años si se produjeren lesiones graves o gravísimas por conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con automotor. La pena se agrava en los mismos supuestos que los previstos en el segundo párrafo del art. 84 bis transcripto *supra*, estableciéndose la escala penal de dos (2) a cuatro (4) años de prisión.

De tal manera, ante la presunta comisión de un hecho delictivo encuadrable en alguno de los tipos penales mencionados *supra*, se da comienzo a un proceso penal y, por ende, todas las medidas probatorias que se lleven a cabo lo serán bajo la dirección del Ministerio Público Fiscal, quien tiene a su cargo la dirección de la investigación penal preparatoria. Así, rigen para las pruebas de alcoholemia o la detección de sustancias estupefacientes, todos los recaudos previstos para las medidas de investigación corporal. Ello significa que deberá analizarse la procedencia de la medida en función de los criterios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad en el caso concreto, teniendo en cuenta que la misma no implique un riesgo para la salud del imputado.

Sin perjuicio de ello, entendemos que debe darse distinto tratamiento según se trate de la prueba por aire espirado o se determine el grado de alcoholemia por un análisis de sangre. La razón de dicha diferenciación la encontramos en la posible afectación al derecho a la no autoincriminación. Cuando tratamos este derecho fundamental en el Capítulo III sostuvimos que, en resguardo del mismo, el imputado no está obligado a someterse a ninguna prueba que implique un hacer de su parte pues sólo pesa sobre él el deber de soportar aquellas medidas probatorias en las cuales se requiera su colaboración pasiva.

En este sentido, al tratar la jurisprudencia sobre el tema también hicimos referencia a la determinación del grado de alcohol por aire espirado, considerando que el hecho de espirar aire en un aparato es un aporte subjetivo que excede lo que debe considerarse un deber de tolerancia pasiva por requerir, dicha actividad, de la voluntad del imputado.

Dicho de otra manera, la medida practicada con un etilómetro implica una conducta positiva que puede ser considerada como una expresión de voluntad y, por lo tanto, no le es exigible al imputado pues implicaría una afectación a su derecho a no declarar contra sí mismo y no autoincriminarse. Siendo así,

solamente se podrá practicar la misma siempre que aquel preste su consentimiento para llevar a cabo la práctica y no puede admitirse la utilización de la coerción física para que el imputado la realice.

Distinta es la situación si la determinación del grado de intoxicación se realiza por un análisis de sangre pues, en este supuesto, el imputado tiene el deber de tolerar pasivamente la medida de extracción de sangre y será el perito quien determinará la cantidad de alcohol existente. En otras palabras, es posible llevar a cabo la prueba de alcoholemia sin que sea necesario contar con el consentimiento del imputado y, aun contra su voluntad, sin que por ello se considere que se ha violado el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo.

Así lo ha resuelto la jurisprudencia considerando que [...] en cuando a la nulidad del dosaje de sangre basado en el no consentimiento del procesado, se deben hacer algunas observaciones que hacen al fundamento del derecho procesal. El procesado está sujeto a la revisión corporal aun en contra de su voluntad y cuando el examen médico realizado por persona idónea no conlleva un peligro para su persona. En este sentido, no aparece el acto como contrario a la prohibición de prueba⁸⁷¹.

Consideramos, como consecuencia de ello, que es posible incorporar en el proceso penal el dosaje de alcohol practicado al imputado con ocasión de haber sido atendido en un establecimiento hospitalario. En efecto, si a raíz del hecho investigado el imputado sufrió lesiones físicas que requirieron de atención médica, para lo cual fue necesario determinar si el imputado había ingerido alcohol u otra sustancia estupefaciente, el resultado obtenido puede ser solicitado por el órgano judicial competente. En tanto no se requiere el consentimiento de este para su realización, no existe impedimento para requerirlo al centro

⁸⁷¹ CNCCorr., Sala I, “A., C s/recurso de apelación.”, 21/12/90, JA, 1992-III, p.24.

sanitario, máxime cuando razones de urgencia impedirían su realización posterior⁸⁷².

Sentado lo anterior, podemos aseverar que la determinación del alcohol en sangre del imputado constituye una prueba científica que requerirá de la intervención de personal especializado para su práctica. Se puede considerar una injerencia leve en el cuerpo del imputado que, salvo condiciones personales del mismo, no significan ningún riesgo para su salud.

4.2 En el ámbito contravencional – administrativo

La conducción bajo los efectos del alcohol sin que se produzca ningún resultado lesivo no constituye delito en el sistema jurídico argentino, sino que entra dentro del ámbito de las contravenciones o faltas. Nuñez define la contravención como “[...] la infracción a los deberes impuestos a los individuos por la legislación que regula la actividad administrativa estatal”⁸⁷³. Así, por ejemplo, se castigan la inobservancia de las disposiciones sobre materia rural; o aquellas que resguardan el poder de la policía local sobre seguridad, salubridad o moralidad de los vecinos o todo lo vinculado con planeamiento y urbanismo. En otras palabras, implica una desobediencia a las disposiciones de carácter administrativo que regulan las relaciones entre la Administración y los administrados.

⁸⁷² En el ámbito de la Provincia de Mendoza, mediante el Decreto del Poder Ejecutivo n° 949/10 se aprobó un convenio institucional entre el Ministerio Público de la Provincia y el Poder Ejecutivo para la realización de dosajes de alcohol en accidentes de tránsito. De tal forma, producido el accidente de tránsito deben desplazarse los intervinientes a la Oficina Fiscal a fin de realizar la prueba por aire espirado y si supera los límites permitidos deben ser trasladados al Cuerpo Médico Forense a fin de determinar el nivel de alcohol en sangre. Para el caso que los involucrados en el accidente deban ser trasladados a un centro asistencial, el personal médico realizará la extracción de sangre utilizando el kit de elementos provistos por el Cuerpo Médico Forense consistente en un tubo, un sobre y tres obleas con el logo institucional del Poder Judicial para rotular el acta respectiva como así también el tubo y el sobre a fin de ser entregado al personal del Cuerpo Médico Forense. Se pretende así resguardar en todo momento la cadena de custodia de las muestras que deberán ser posteriormente analizadas.

⁸⁷³ NUÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3° edición, Ed. Lerner, Córdoba, 1987, p.48.

La bipartición entre delitos y faltas o contravenciones compete a los poderes que conservan las provincias y que no han delegado en el gobierno nacional. En efecto, la República Argentina se constituye como un Estado Federal con dos órdenes de gobierno: los provinciales con poderes reservados y el gobierno federal con poderes delegados. Todo lo que no haya sido expresamente delegado a la Nación queda bajo la competencia absoluta de las Provincias⁸⁷⁴. En tal sentido, éstas han conservado el poder de legislar sobre materias que no han sido delegadas al Gobierno Federal, entre ellas, pueden dictar leyes sancionatorias en materia municipal, o a todo lo referido a su organización y mantenimiento estatal provincial. En tanto que al Congreso Nacional le compete regular sobre todo lo atinente a los delitos y su régimen jurídico.

De tal forma, concluye Nuñez⁸⁷⁵ que lo que se refiere a ordenanzas municipales y leyes provinciales resulta materia totalmente ajena al Gobierno Federal, en tanto no afectan los poderes delegados a la Nación o a los principios y garantías reconocidos por la Constitución Nacional a todos los habitantes del país. Como consecuencia de esta diferencia cualitativa entre los delitos y las faltas, los ámbitos de uno y otro nunca convergen, es decir, no existe concurso real entre ellos ni la reincidencia de las faltas tiene consecuencia en la responsabilidad penal. En otras palabras, se trata de normas sancionadoras independientes unas de otras.

En el ordenamiento jurídico provincial rige desde el año 1965 el Código de Faltas sancionado por Ley n° 3.365⁸⁷⁶, y es en esta norma donde se sanciona la

⁸⁷⁴ Vid art.121 CN transcripto en nota 8.

⁸⁷⁵ NUÑEZ, Ricardo, "La cuestión de los delitos y contravenciones. Su base constitucional", *Opúsculos de Derecho Penal y Criminología*, n° 6, Ed. Lerner, Córdoba, 1985, p.36.

⁸⁷⁶ Por supuesto que a lo largo de estos años ha ido sufriendo modificaciones en función de las necesidades concretas de sancionar determinadas conductas en el orden contravencional.

conducción en estado de ebriedad⁸⁷⁷. El Decreto Reglamentario n° 734/94 establece el procedimiento para determinar si el conductor se encuentra en estado de ebriedad, considerando que la prueba es positiva, si el grado de impregnación alcohólica es de 0.5 gramos de alcohol en sangre por mil centímetros cúbicos o medida equivalente. En caso que el resultado sea positivo, el examinado tiene derecho a exigir una segunda prueba, en un intervalo no inferior a quince minutos desde la realización de la primera, lapso en el cual no podrá fumar. Si esta segunda práctica da negativo, debe estarse a dichos resultados.

Como puede advertirse, se sanciona la conducción bajo los efectos del alcohol sin que sea necesario que se haya ocasionado un daño pues la norma no hace referencia a ello, sino que la embriaguez se reprime cuando implique una ofensa a las buenas costumbres, la decencia o moleste a las personas. En este tópico no se han generado cuestionamientos de índole constitucional que hayan motivado fallos de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

Asimismo, la Ley Provincial de Tránsito n° 6.082 del año 1994 sanciona como infracción vial el conducir bajo los efectos del alcohol⁸⁷⁸. En función de

⁸⁷⁷ Art. 61 “El que, en lugar público o abierto al público, fuera sorprendido en estado de manifiesta embriaguez ofendiendo las buenas costumbres o la decencia o molestando a las personas, será castigado con arresto de hasta quince (15) días y multa de hasta un mil (1000) pesos conjuntamente.

La pena será aumentada hasta treinta (30) días de arresto y la multa hasta dos mil (2000) pesos si el infractor estuviere conduciendo un vehículo.

La autoridad policial y/o municipal competente podrá, en la forma que lo establezca la reglamentación, someter a una prueba respiratoria destinada a determinar la presencia de alcohol en sangre o en el organismo a toda persona que conduzca o se apreste a conducir un vehículo. Si la prueba respiratoria resulta positiva o indica que dicha persona se encuentra bajo la influencia del alcohol, las autoridades precedentemente mencionadas podrían prohibirle la conducción por el tiempo que fuere necesaria para su recuperación, el que no podrá exceder de tres (3) horas a partir de su constatación. Durante ese término el afectado deberá permanecer bajo vigilancia, para cuyo efecto podrá ser conducido a la unidad policial a menos que se allane a inmovilizar el vehículo por el tiempo fijado o señale a otra persona que bajo su responsabilidad se haga cargo de la conducción durante dicho plazo, con la condición de no tomar parte en ella. La negativa a someterse a la prueba respiratoria traerá aparejada la prohibición para circular con la consiguiente inmovilización del vehículo por un término que no podrá exceder de tres (3) horas.

La medida preventiva no obsta a la persecución y castigo de las infracciones o delitos que haya podido cometer el examinado.

El Poder Ejecutivo podrá dictar la reglamentación que fuera necesaria para la aplicación de esta medida preventiva.” Este artículo fue introducido por Ley modificatoria n° 6.125 de fecha 20/04/1994.

⁸⁷⁸ Art. 57 Ley Provincial de Tránsito: “Está prohibido en la vía pública: a) conducir con impedimentos físicos o psíquicos y en estado de intoxicación alcohólica o por estupefacientes...”.

ello, la conducción en estado de intoxicación alcohólica detectada en un procedimiento vial caerá bajo la órbita de la Ley de Tránsito, debiendo aplicarse sus disposiciones en cuanto al procedimiento y sanción, no estando sujeta a las disposiciones previstas por la legislación procesal. Sólo va a ingresar al campo del derecho penal cuando, como consecuencia de ella, se produzca la muerte o lesiones de terceras personas.

5. Narcoanálisis o sueros de la verdad

Tal como hemos podido advertir, el uso de métodos científicos ha servido para posibilitar la obtención de información del cuerpo del imputado. Sin embargo, en este supuesto en análisis, la utilización de medios químicos se encamina a que sea el propio imputado quien nos brinde esta información. Y ello es así pues consiste en administrarle drogas narcóticas, tales como pentothal sódico, evipán, amytal, entre otras, que tienen como efecto una relajación de la consciencia, de tal forma que, al liberarse de los frenos y las defensas de ésta, las respuestas escapen del autocontrol del imputado. Se parte, pues, de la tesis de que el subconsciente no puede mentir. De ahí también su denominación como “sueros de la verdad”.

Afirma Ortego Pérez⁸⁷⁹ que no pueden considerarse como intervenciones corporales las técnicas de exploración del imputado mediante psicoanálisis, psicometría y narcoanálisis. Ahora bien, si partimos del concepto de Cuello Calón –citado por Gil Hernández-, en cuanto a que el narcoanálisis es “[...] la

Art. 85 Ley Provincial de Tránsito: “1. Se considerarán faltas gravísimas para esta Ley: A) Incurrir en la comisión de conductas prohibidas por el artículo 57 de esta Ley, ocasionando con ello un peligro para la integridad física de las personas y las cosas o causando un daño en las mismas. [...] M) Conducir en estado de intoxicación alcohólica o bajo el efecto de estupefacientes. Queda prohibido conducir cualquier tipo de vehículos con una alcoholemia superior a los 500 miligramos por litro de sangre. Para quienes conduzcan motocicletas o ciclomotores queda prohibido hacerlo con una alcoholemia superior a 200 miligramos por litro de sangre. Para vehículos destinados al transporte de pasajeros, de menores y de carga, queda prohibido hacerlo cualquiera sea la concentración por litro de sangre.”

⁸⁷⁹ ORTEGO PÉREZ, Francisco, “Problemas derivados de las intervenciones corporales...”, op.cit., p.2.

aplicación de sustancias narcóticas como medio de escudriñar y descubrir en los acusados y sospechosos las ideas, pensamientos y recuerdos enterrados en las capas más profundas del psiquismo, y de obtener, de este modo, la confesión de su delito o la prueba de su inocencia,”⁸⁸⁰ es posible incluirla dentro de las medidas de investigación corporal. Coincide Pérez Marín⁸⁸¹ quien considera que al encontrarse el imputado en una situación de semiinconsciencia, es posible mediante el interrogatorio indagar en su psique o subconsciente. Cuestión diferente es la validez de su uso en el ámbito del proceso penal.

Estos métodos no han sido ajenos a controvertidos debates desde sus comienzos en tanto que, como se afirma, implican un atentado contra la dignidad de la persona. Nos dice Jiménez de Asúa⁸⁸² que la utilización de diversas sustancias para procurar objetivos trascendentes y descubrir el secreto de las almas viene desde tiempo remotos. Después del alcohol y las drogas misteriosas se llegó al éter, alcaloides y finalmente los barbitúricos⁸⁸³ como los ya mencionados evipan, amytal y pentothal sódico. En sus comienzos fueron utilizados por los psiquiatras con fines terapéuticos y fue hacia 1932 cuando comenzó a hablarse de las confesiones de delincuentes realizadas en estado de narcosis. Ya, en 1938, varios psiquiatras alemanes afirmaron que era posible obtener confesiones de ciertos acusados mediante estas técnicas.

La posibilidad de utilizar el narcoanálisis en los procesos judiciales tuvo un rechazo generalizado desde aquella época. Así, la Academia Nacional de Medicina de Francia en 1949 sostuvo que no debía ser utilizado en peritajes

⁸⁸⁰ CUELLO CALON, Eugenio, “Los nuevos métodos científicos de investigación criminal y los derechos de la persona”, *Anuario de Derecho Penal*, abril 1949, cit. por GIL HERNÁNDEZ, Ángel, *Intervenciones corporales...*, op.cit., p.83.

⁸⁸¹ PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *Inspecciones, registros...*, op.cit., p.324.

⁸⁸² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1983, Tomo IV, pp.747 y ss.

⁸⁸³ Los barbitúricos son compuestos derivados del ácido barbitúrico. Según el tiempo de su reacción sobre las personas se clasifican en acción lenta, acción intermedia, acción rápida y acción ultrarrápida. Dentro de estos últimos encontramos al pentothal sódico (POVIÑA, Jorge, “Las confesiones penales avoluntarias e involuntarias ante el Derecho constitucional”, *LL*, n° 84, 1956, p.668)

judiciales ni con un fin de diagnóstico ni informativo, porque constituye un atentado a la integridad psíquica al privar al detenido del control de su libre voluntad. En el mismo año, la Unión belga de Derecho Penal condenó unánimemente la obtención por estos métodos de pruebas de culpabilidad⁸⁸⁴. Como puede advertirse, tanto la comunidad médica como la jurídica rechazaron la utilización del narcoanálisis pues, más allá de la fiabilidad o no del método en sí, implican una violación de la personalidad humana en tanto hace perder al sujeto toda reacción voluntaria, menoscabando o anulando su libre arbitrio.

En Argentina, sostiene Maier⁸⁸⁵ que en el mes de julio de 1949 se utilizó el narcoanálisis en un procesado por homicidio, Lisandro Saldívar, el cual fue solicitado por la defensa y con el consentimiento de aquél. La medida fue autorizada por el Juez de la causa y, si bien el cuerpo médico aclaró que el procedimiento había sido utilizado solo con fines de diagnóstico, lo cierto es que se produjeron encendidas reacciones en su contra por considerar que significaba una amenaza a la libertad individual. La Asociación de Abogados de Buenos Aires sostuvo que “[...] es de señalar como un agravio a la personalidad humana el que se inflige al provocar, mediante el empleo de narcóticos, un debilitamiento en el poder de la voluntad o en el contralor de la conciencia, que facilita al interlocutor el acceso a lo más íntimo del ser humano. Que la aceptación de estos medios de investigación de la verdad, en un sistema procesal inquisitivo, que supervalora la prueba de confesión y hace factibles las torturas físicas o morales, puede derivar en un peligroso instrumento de intimidación, del que se ha hecho uso frecuente en los países de régimen totalitario, con propósitos de coacción política”⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho...*, op.cit., p.751 y ss.

⁸⁸⁵ MAIER, Julio, *Derecho procesal...*, op.cit., Tomo I, p.670.

⁸⁸⁶ *Vid* la transcripción de este documento en *Revista de Derecho Penal*, Año 1949, 2º trimestre, 2º sección, p.94.

Coincidentemente, la Sociedad Argentina de Criminología también se manifestó en contra del empleo del pentothal sódico pues su suministro, con o sin la voluntad del imputado, disminuye su libertad mental y psíquica, cualquiera sea su finalidad y sin importar la etapa del proceso en la cual se encuentre. Agregan que “[...] las experimentaciones médicas deben respetarse porque constituyen esfuerzos tendientes al adelanto perseguido por la medicina, pero que los pasos de la ciencia deben detenerse ante los derechos esenciales de la personalidad humana”⁸⁸⁷.

A pesar de tales rotundas afirmaciones, hoy en día subsisten juristas que defienden la utilización del narcoanálisis. En Argentina, Maier considera que no existirían objeciones para su práctica “[...] siempre que lo requiera el propio imputado, con información suficiente sobre sus derechos y asistencia técnica previa obligatoria (deliberación con su defensor), y que el método sea autorizado científicamente y ordinariamente utilizado en el tráfico social, en casos extremos, en los cuales resulte prácticamente imposible obtener la información por otro medio; el acto, sujeto a autorización judicial, debe perseguir como único fin tornar viable la defensa del imputado (la demostración de su inocencia o de una circunstancia favorable a él), que se frustraría de evitarse la aplicación de esa técnica, y, por ello, sólo consiente como resultado una valoración única a favor del imputado, prescindiendo de la que le sea desfavorable.[...] Como se trata de la utilización de métodos técnicos o científicos y, por ende, de la interpretación de sus resultados, el acto se debe calificar como una peritación y no reúne las características de la declaración del imputado (falta de conciencia, de voluntad o utilización de su inconsciente)”⁸⁸⁸.

En prieta síntesis, el autor admite la utilización del narcoanálisis, encuadrándolo en la prueba pericial, siempre que exista consentimiento del

⁸⁸⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho...*, op.cit., p. 758.

⁸⁸⁸ MAIER, Julio, *Derecho Procesal...*, op.cit., Tomo I, p.672.

imputado y el resultado le sea favorable, ya que si no es así el órgano judicial no va a poder valorar su resultado. Entendemos que esta postura de Mair resulta errada, en primer lugar, porque le da el carácter de prueba pericial con una utilización sesgada. Así, si la prueba en sí misma es lícita y válida no se entiende por qué solo podría valorarse cuando beneficia al imputado y no cuando lo perjudica. Indudablemente, el carácter convictivo de las pruebas en el proceso penal no pueden estar sujetas a la voluntad de la parte y nuestro sistema procesal excluye el de las “pruebas legales” como método de valoración de la prueba.

En segundo lugar, le otorga a la voluntad del imputado un valor dirimente, siendo que si el imputado actúa como objeto de prueba nuestra CSJN no requiere su consentimiento. Sin embargo, consideramos que, en el análisis que realiza este autor, se omite un aspecto esencial y es que la utilización de éstas técnicas conduce inexorablemente a la negación de la personalidad. Como bien afirma Huertas Martín⁸⁸⁹ esta situación no sólo afecta al sujeto, sino que repugna a los propios intereses de la justicia. Que la aplicación de la ley se logre a través de métodos que tocan de lleno a la dignidad humana debe rechazarse, porque ello viene a constituir una forma más refinada y sofisticada de la desaparecida tortura medieval.

A pesar de la postura de Maier, lo cierto es que nuestra Carta Magna pertenece a los sistemas personalistas en los cuales el hombre es un fin en sí mismo y no un medio para obtener fines que trascienden del individuo. Se sientan así las bases fundamentales que colocan al imputado con un sujeto procesal incoercible y, dentro de los derechos fundamentales, se reconoce expresamente el derecho a no declarar contra sí mismo.⁸⁹⁰ Como corolario del mismo, las normas procesales regulan todo lo atinente a la declaración del

⁸⁸⁹ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo del proceso...*, p.332.

⁸⁹⁰ En este sentido ha dicho la jurisprudencia que [...] *las garantías protegen al imputado a los efectos de mantener su estado de inocencia, esto es, la no permisión de socavarle sus dichos a través de la violencia o sueros llamados de la verdad, de manera que hasta es posible mentir sin que ello juegue en principio en su contra.* (CNCCorr., Sala I, “A., C.”, 21/12/90, JA, 1992-III, p.24).

imputado que tienen por finalidad justamente respetar este derecho reconocido constitucionalmente⁸⁹¹. Sumado a ello, nuestro CP expresamente establece en el art. 78 que queda comprendido en el término de “violencia” el uso de medios hipnóticos o narcóticos.

En este sentido, afirma Binder⁸⁹² que –conforme surge de nuestro ordenamiento penal-, cuando nos referimos a la violencia debemos entender todo mecanismo que tiende a la anulación de la voluntad de la persona, bien sea mediante la violencia corporal o física, la violencia psicológica o la utilización de medios químicos que produzcan una anulación psíquica de la voluntad. Es por ello que, éstos últimos deben ser considerados como medios violentos que menoscaban la libertad y, por lo tanto, ha de presumirse prohibida su utilización⁸⁹³.

Ésta ha sido la postura asumida por la Corte IDH que ha sostenido la necesidad de excluir todo acto procesal que se haya llevado a cabo mediante [...] *cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona*⁸⁹⁴. No puede entonces consentirse, por respeto a la persona y la inviolabilidad de su consciencia, la utilización de drogas que permitan la manipulación de su psique y anulen su libertad.

⁸⁹¹ Art.71 CPPNación: Métodos prohibidos “En ningún caso se le exigirá al imputado juramento o promesa de decir verdad, ni podrá ser sometido a ninguna clase de fuerza o coacción. Se prohíbe toda medida que afecte la libertad de decisión, voluntad, memoria o capacidad de comprensión del imputado. No se permitirán las preguntas sugestivas o capciosas y las respuestas no serán exigidas perentoriamente.” Art. 273 CPPMza: Libertad de declarar “El imputado podrá declarar o no. En ningún caso se le requerirá bajo juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconveniones tendientes a obtener su confesión.”

⁸⁹² BINDER, Alberto, *Introducción al derecho...*, op.cit., p.193.

⁸⁹³ No resulta un dato menor que la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Colombia el 9 de diciembre de 1985, define en su art. 2 la tortura como “todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

⁸⁹⁴ Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr.166.

Y ello no varía por la circunstancia de que el imputado preste su consentimiento, pues coincidimos con Poviña cuando afirma que para que “[...] la conducta jurídica sea libre y no un remedo grotesco, el individuo deber gozar de libertad de decisión, no sólo en el momento originario, sino también en todas y cada una de las etapas sucesivas, hasta la culminación del resultado previsto por las normas jurídicas de interpretación. En el caso considerado, si bien acepta voluntaria y espontáneamente la narcosis y sus hipotéticas ulterioridades, resulta innegable que llegado el momento de elegir entre confesar o no, carece absolutamente de libertad por la destrucción o disminución de sus barreras mentales. [...] Estando restringido por la narcosis, su libertad no existe y por lo tanto su confesión, aun en el supuesto que fuese verdadera, carece de valor frente a la apreciación constitucional”⁸⁹⁵.

Concuerda Huertas Martín⁸⁹⁶ al considerar que no puede reputarse como válido el consentimiento del imputado que no puede consentir porque ignora el contenido sobre el que se extenderá este supuesto consentimiento y, por lo tanto, carecería de valor jurídico. Como las expresiones vertidas en este estado no son una expresión de su voluntad resultarían, pues, jurídicamente irrelevantes.

El Tribunal Supremo español también se ha decantado por su rechazo aun mediando el consentimiento al considerar que *[e]l imputado no puede invitar a que le torturen sus interrogadores ni a que le inyecten fármacos que le sitúen en una posición de carencia de libertad. En ese instante ha perdido su libertad, su dignidad y la propia grandeza del ser humano. [...] Por eso la doctrina científica, en general, entiende que el narcoanálisis y todas sus manifestaciones, dentro de la criminalística, significan un profundo ataque al conjunto psicofísico de la persona y por interrumpir precisamente la actuación del núcleo duro de la*

⁸⁹⁵ POVIÑA, Jorge, “Las confesiones penales...”, op.cit., p.669.

⁸⁹⁶ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal...*, op.cit., 337.

*personalidad afecta a la libertad de la persona humana y su aplicación con fines de tomar declaraciones es absolutamente inadmisibles sin el consentimiento del sujeto, pero que incluso con su consentimiento un interrogatorio en estado crepuscular no sería una declaración en sentido procesal porque faltarían los presupuestos indispensables para ser tenida en cuenta, como ya se dijo, independientemente de que las respuestas dadas en dicho estado crepuscular ni siquiera corresponden siempre con la verdad objetiva sino con representaciones de la capa profunda de la personalidad*⁸⁹⁷.

De manera tal que la utilización del narcoanálisis en el proceso penal implica un ataque a la libertad y la dignidad humana. La destrucción de la libertad del imputado no puede ser nunca un camino válido para el reconocimiento de su culpabilidad. En este punto, nuestra Constitución Nacional es lo suficientemente clara en el reconocimiento de la dignidad y el respeto de la personalidad de todo individuo, y el Código Penal, junto con las normas procesales, han acogido adecuadamente estos principios rectores. En función de ello y, más allá de alguna aislada posición doctrinaria, la jurisprudencia y la doctrina en general rechazan la posibilidad de que estos métodos tengan algún lugar dentro del proceso penal.

6. Pruebas neurológicas

6.1 El cerebro como objeto de análisis

Después de lo que significó la genética forense en el ámbito del proceso penal, la ciencia nos sigue sorprendiendo al día de hoy con avances que pueden tener incidencia en el proceso. Estos avances los encontramos en la

⁸⁹⁷ STS 282/1991, de 26 de noviembre, FJ 1, (Sala 2ª, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Enrique Ruiz Vadillo.

Neurociencia, cuyo objeto de estudio y conocimiento es el cerebro humano. Afirma el neurólogo y neurocientífico Facundo Manes que ésta “[...] estudia la organización y funcionamiento del sistema nervioso y cómo los diferentes elementos del cerebro interactúan y dan origen a la conducta de los seres humanos”⁸⁹⁸. Agrega el autor que implica el estudio de los fundamentos de nuestra individualidad, es decir, las emociones, la conciencia, la toma de decisiones y nuestras acciones. Por esta razón, el conocimiento excede a los propios neurocientíficos pues tiene incidencia en múltiples áreas porque todo lo hacemos con el cerebro. No exagera entonces Villamarín López⁸⁹⁹ cuando sostiene que el conocimiento del cerebro supone un camino hacia el núcleo del ser humano, en donde se encuentra lo más íntimo de cada uno.

El estudio del cerebro ha preocupado siempre a los investigadores y científicos, pero los grandes avances de las últimas décadas deben atribuirse a las herramientas de alta tecnología que existen en la actualidad. Del estudio anatómico del cerebro pasando, por el análisis de casos de pacientes, hoy la existencia de modernos métodos de neuroimágenes permite desde localizar con gran precisión una lesión cerebral hasta observar la actividad cerebral en vivo. Sánchez Vilanova⁹⁰⁰ sostiene que la neuroimagen estructural que permite determinar lesiones, es una fotografía del cerebro y los métodos más comunes son Tomografía Axial Computarizada o la Resonancia Magnética Nuclear. La neuroimagen funcional, similar a un video del cerebro, es la técnica que permite visualizar la actividad cerebral al llevar a cabo alguna tarea cognitiva como posibilita la Resonancia Magnética Funcional.

Como sostuvimos *supra*, estos nuevos conocimientos empiezan a tener incidencia en el proceso penal y generan expectativas en cuanto a la posibilidad de saber qué conocimiento o ideas existen en la mente del imputado, o poder

⁸⁹⁸ MANES, Facundo, *Usar el cerebro...*, op.cit., p.25.

⁸⁹⁹ VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección de la verdad...*, op.cit., p.13.

⁹⁰⁰ SÁNCHEZ VILANOVA, María, “Detección de mentiras...”, op.cit., p.150.

determinar si miente, o no, cuando decide declarar ante los órganos competentes. Estas aspiraciones no son nuevas en el proceso penal, desde las ordalías o juicios de Dios de la Edad Media hasta la utilización del polígrafo o detector de mentiras, la finalidad ha sido siempre la misma: poder determinar si el sujeto miente o dice la verdad, poder leer su mente más allá de lo que nos exprese verbalmente.

Si bien en los puntos siguientes se van a desarrollar dos métodos presentados en la actualidad con estos fines, consideramos que previo a ello resulta necesario precisar algunos conceptos mínimos sobre la estructura y funcionamiento del cerebro⁹⁰¹.

El cerebro está compuesto por dos hemisferios y el cuerpo calloso que los une. En el interior del cerebro está distribuida la sustancia blanca (compuesta de fibras nerviosas mielinizadas que se encargan de transmitir información de una célula nerviosa a otra) y la sustancia gris (compuesta por las dendritas y cuerpos neuronales) que se encuentra en la corteza y los núcleos neuronales del interior. La corteza cerebral cubre la superficie de cada hemisferio y, para hacerlo, se pliega formando los surcos o cisuras. Las áreas que se encuentran visibles entre los pliegues se llaman giros o circunvoluciones.

Existen tres cisuras principales que dan lugar a la división de los lóbulos cerebrales: cisura de Silvio (o cisura lateral), cisura de Rolando (o surco central) y cisura parieto-occipital. Esta última da lugar a los lóbulos frontales, parietales y temporales y occipitales. A su vez, como el cerebro no es macizo tiene en su interior una serie de espacios intercomunicados entre sí llamados ventrículos, los cuales son dos espacios bien definidos y llenos de líquido cefalorraquídeo que se encuentran en cada uno de los dos hemisferios. El cerebelo es una gran estructura localizada en la fosa craneana posterior, por debajo del lóbulo occipital y

⁹⁰¹ Estos conceptos han sido tomados del libro de Facundo MANES, ya citado.

constituye una parte clave en el sistema de control motor, interviniendo también en procesos cognitivos.

El lóbulo frontal se encuentra en la región anterior del cráneo y resulta crítico para la recuperación de la información almacenada en otras regiones del cerebro, facilitando así las diferentes funciones intelectuales. Juega un rol central en las funciones ejecutivas, es decir, en aquellos procesos que coordinan capacidades cognitivas, emociones y respuestas conductuales frente a diferentes demandas ambientales. Estas habilidades pueden dividirse en dos: las que se refieren a la resolución de problemas, pensamiento abstracto, planificación, estrategias e implementación de acciones, que se denomina metacognitivas, y aquellas responsables de coordinar la cognición y la emoción, es decir, encontrar estrategias socialmente aceptables frente a los impulsos, que se llaman emocionales o motivacionales.

Volviendo a los hemisferios del cerebro, vemos que el hemisferio izquierdo se especializa en el lenguaje y el pensamiento lógico, y posee mayor capacidad de procesar la información en forma secuencial. En tanto que el hemisferio derecho es experto en la percepción visual, el procesamiento espacial, el arte, la creatividad y en el procesamiento holístico de la información y en paralelo. Estos dos hemisferios están en constante comunicación a través del cuerpo calloso que transmite continuamente la información de un hemisferio a otro.

La circunstancia de que cada hemisferio tenga una especialización en la manera de procesar la información, no es óbice para sostener que nuestro cerebro funciona como una red en la que las distintas estructuras se interconectan ampliamente para poder realizar nuestras acciones y albergar todos nuestros pensamientos. La gran mayoría de los estímulos demandan la actuación conjunta de los dos hemisferios.

Con respecto al funcionamiento de los hemisferios, nos dice Manes que estudios recientes sugieren que “[...] existe un área del cerebro que se encarga de monitorear todas las conductas de las distintas redes neuronales y de interpretar cada acción individual para lograr armar una idea unificada de sí mismo. Dicha área se encontraría en el hemisferio izquierdo y fue llamada, justamente, “el intérprete”. Se desconoce aún en qué parte del hemisferio izquierdo se encuentra, pero lo que sí se sabe es lo que hace: *el intérprete* crea historias y creencias para explicar eventos internos y externos y darle a la persona un sentido de unidad. A lo largo de cada día de nuestras vidas, el hemisferio izquierdo toma la información que tiene (percepciones, memorias, acciones y la relación entre ellas) e inventa un *relato* coherente para nuestra conciencia, armando así una narrativa personal. Es decir que nuestra narrativa personal está basada tanto en memorias verdaderas como en aquellas *memorias falsas*, que son el resultado de la interpretación del hemisferio izquierdo sobre los datos que le llegan”⁹⁰².

De estos conceptos aproximativos podemos sacar una primera conclusión: nuestro cerebro no funciona en forma parcializada y un área cerebral puede estar involucrada en múltiples procesos cognitivos. Ello constituye un dato importante a la hora de evaluar la relevancia que pudiera tener la información obtenida a través de las pruebas neurológicas y, fundamentalmente, cuál va a ser el grado de fiabilidad de sus resultados.

Como bien afirma Molina Galicia⁹⁰³, la ciencia y el derecho no pueden seguir caminos separados pero los aportes de la ciencia deben ser evaluados en su real dimensión dentro del proceso penal para que sean realmente herramientas que permita avanzar en la investigación y sanción de hechos delictivos. Analizaremos a continuación las técnicas y procedimientos de las dos pruebas

⁹⁰² MANES, Facundo, *Usar el cerebro...*, op.cit., pp.67 y ss.

⁹⁰³ MOLINA GALICIA, René, “Neurociencia, Neuroética, Derecho y Proceso”, *Neurociencia y proceso judicial*, (Dir. Taruffo, Michele, Nieva Fenoll, Jordi), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, Argentina, 2013, p.63.

neurológicas que han sido presentadas como métodos idóneos para aportar elementos que pueden adquirir trascendencia en la actividad probatoria y, consecuentemente, en el proceso penal⁹⁰⁴.

Por último, consideramos que ambas pruebas constituyen medidas de intervención corporal pues mediante neuroimágenes se pretende escudriñar el cerebro del imputado. Si bien no se inyecta en el imputado ninguna sustancia – como ocurre en el narcoanálisis-, lo cierto es que tienen un mismo objetivo que es ingresar en la esfera más íntima del sujeto que es su cerebro, donde residen sus emociones, la conciencia, los recuerdos, la toma de decisiones, es decir, los factores constituyentes de la individualidad.

6.2 Resonancia Magnética Funcional (fMRI)

Encontrar un método que nos brinde la posibilidad de poder determinar si una persona miente o dice la verdad ha sido un objetivo anhelado durante mucho tiempo, y los avances de la ciencia no han sido ajenos a dicha posibilidad. Dejando de lado los métodos de la Edad Media que perseguían dicho fin a costa de la dignidad y la integridad física del imputado, lo cierto es que a través de distintos estudios biológicos se ha tratado de determinar si la circunstancia de decir la verdad o decir una mentira conlleva reacciones de tipo físico o biológico en la persona. Pensemos en aquellos estudios vinculados con el pulso y la presión cardíaca que podían modificarse cuando mediaba un engaño, como así también la variación en la respiración en caso de decir la verdad.

Como antecedente a la prueba que hoy analizamos podemos situar al polígrafo, que fue el primer aparato que se utilizó para detectar si una persona

⁹⁰⁴ No desconocemos la importancia de la neurociencia en los aspectos vinculados con la imputabilidad y responsabilidad penal del sujeto pasivo del proceso penal pero el ámbito de estudio de tales vinculaciones le corresponde al Derecho Penal.

mentía o decía la verdad basándose en tres funciones fisiológicas, a saber: la presión y el volumen sanguíneo, el sudor y la respiración. De tal forma, mediante un aparato eléctrico lo que se pretende es registrar las modificaciones fisiológicas que puede presentar un sujeto sometido a un interrogatorio a fin de determinar si miente en las respuestas que brinda frente a las preguntas que se le van formulando.

Si bien se lo denominó “detector de mentiras”, afirma Villamarín –citando a Grubin-, que el polígrafo no detecta mentiras ya que su función es “[...] registrar la actividad fisiológica asociada con una excitación en el sistema nervioso autónomo, lo cual puede deberse o no a una mentira. La función del examinador es, por tanto, intentar situar al sujeto que va a ser examinado en un contexto psicológico tal que incremente las posibilidades de que toda excitación a preguntas específicas pueda reputarse como el resultado de respuestas mentirosas”⁹⁰⁵.

En la actualidad, las posibilidades desde la neurociencia avanzan más allá de las meras respuestas fisiológicas y lo que se intenta es poder identificar las zonas cerebrales que están relacionadas con la mentira. En esto consiste justamente la técnica fMRI⁹⁰⁶, que mediante la imagen del cerebro por resonancia magnética estudia las áreas cerebrales que se activan cuando una persona realiza una tarea o recibe un determinado estímulo.

Así nos ilustra Villamarín⁹⁰⁷ que cuando se realiza una actividad se acrecienta el volumen de sangre en las áreas del cerebro activadas por la misma, ello implica un aumento del aporte de oxígeno. Esto supone un incremento de la intensidad de la señal magnética en las áreas cerebrales que han actuado y mediante la resonancia magnética se pueden localizar las mismas. La ventaja de

⁹⁰⁵ VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección de la verdad...*, op.cit., p.33.

⁹⁰⁶ Por sus siglas en inglés *Funcional Magnetic Resonance Imaging*.

⁹⁰⁷ VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección de la verdad...*, op.cit., p.83.

esta técnica es que no es invasiva y analiza la actividad del sistema nervioso central que, como vimos *supra*, es donde se producen los procesos cognitivos. En palabras de Molina Galicia, la misma estudia la estructura del cerebro “[...] que se vale de la resonancia magnética mediante una serie de imanes. Un generador de radiofrecuencia y un detector son acoplados a un ordenador para procesar los datos y transformarlos en imágenes. Mide el flujo sanguíneo en el cerebro detectado gracias al magnetismo de la oxigenación de la sangre”⁹⁰⁸.

De tal forma, se le van presentando al sujeto distintos estímulos con ciertas variaciones, pudiendo estar referidos a actividades diarias, hechos experimentales o incluso la simulación de un delito. La práctica consiste en introducir a la persona en un resonador magnético que funciona como un gran imán, una vez en el interior se le van a realizar distintas preguntas y, en función de las respuestas, se activarán distintas partes de su cerebro que serán detectadas por el resonador y así se podrán ver las imágenes en una pantalla.

Sin embargo, ello nos plantea distintos interrogantes puesto que deberíamos determinar en primer lugar si se utiliza una única zona del cerebro cuando se dice una mentira y, como inmediata consecuencia, cuál es. Molina Galicia⁹⁰⁹ sostiene que determinados estudios han descubierto que un intento de mentir está asociado con las regiones ejecutivas del cerebro, en la corteza prefrontal y cíngula anterior. Pero esta afirmación resulta demasiado imprecisa, más cuando dichas áreas abarcan una gama mucho más amplia de funciones. En este sentido, afirma Manes⁹¹⁰ que los lóbulos frontales son fundamentales para la planificación, la toma de decisiones, la memoria del trabajo y el control del impulso, en tanto que el cíngulo anterior es el área que controla nuestra habilidad para mantener la atención. Asimismo, las estructuras prefrontales que están relacionadas con el mantenimiento de una estrategia, con la inhibición

⁹⁰⁸ MOLINA GALICIA, René, “Neurociencia, Neuroética...”, op.cit., p.68.

⁹⁰⁹ *Ibidem*, p.72.

⁹¹⁰ MANES, Facundo, *Usar el cerebro...*, op.cit., p.221 y ss.

conductual, la conciencia de las emociones, la realización de inferencias sobre las emociones propia y de las otras personas, regulan las estructuras más automáticas del cerebro emocional y la corteza cingulada cumpliría el papel de resolver las tensiones entre los diferentes actores cerebrales de la experiencia emocional, al actuar como mediadores o negociadores de conflictos.

Igualmente nos dice Manes⁹¹¹ que la corteza frontal es idónea para administrar la cognición social y moral porque ayuda controlar las reacciones inmediatas a un estímulo y es fundamental para la previsión de las consecuencias de un determinado comportamiento en el largo plazo. Todo ello nos está dando cuenta que dichas áreas cerebrales cumplen o intervienen en más de una función. Pero eso no es todo porque también resulta importante analizar la forma en que se efectúan las preguntas, ya que según primen las emociones o la razón, su respuesta se va a ver reflejada en diferentes áreas del cerebro⁹¹². Como vemos, no pareciera ser muy certera la vinculación de una zona cerebral con la mentira o la verdad.

Pero más allá de estos cuestionamientos, sobre los que volveremos más adelante, lo cierto es que su práctica en el proceso penal debe serlo conforme a las normas que regulan los medios de prueba. Consideramos que la normativa en la cual se puede encuadrar es la prueba pericial porque requiere no sólo de

⁹¹¹ *Ibidem.*

⁹¹² Resulta interesante ver en <http://facundomanes.com> una prueba que se realiza en el resonador magnético que permite ver que partes del cerebro se activan frente a un dilema moral. El dilema era el mismo: moría una persona y salvaba a varias otras. Pero en uno de los casos sólo requería un razonamiento lógico (se le pregunta si conduciendo un tren advierte la presencia en la vía de cuatro personas y una sola persona en un costado, de forma tal que desviando el tren mata a una persona pero salva a cuatro), en tanto que en el otro cuestionamiento existía una competencia entre áreas racionales y emocionales del cerebro (en este caso, la persona ya no está conduciendo el tren sino sobre un puente junto a otra persona y advierte que la dirección en la cual viene el tren va a matar a cuatro personas, puede evitarlo si empuja del puente la persona que se encuentra a su lado, salvando así a las otras cuatro personas). Así en el primero de los casos se activó el área dorso lateral prefrontal que es la que permite hacer razonamientos lógicos (salvar a cuatro personas y matar a una) y en el segundo caso se activó el área ventromedial que es una zona más marcada por las emociones (en este supuesto, la muerte de la persona dependía del daño directo ocasionado por quien estaba arriba del puente). Esta experiencia permitió concluir que no siempre un mismo tipo de estímulos activaba las mismas áreas del cerebro. Se puede observar en el link indicado, en la parte TV dentro del ciclo Los enigmas del cerebro, la emoción (fecha de visita 27/10/16).

especiales conocimientos técnicos para su realización, sino también personal médico cualificado que deberá analizar las imágenes obtenidas en función de las respuestas dadas por el imputado. En este sentido, afirman Gorgas y Hairabedián⁹¹³ el carácter pericial del método teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento científico a partir del cual los expertos van a extraer conclusiones por lo que excede del mero informe, pues no solamente se va a describir la actividad cerebral, sino que se debe derivar fundadamente si la persona miente. Siendo ello así, se deberán aplicar las normas y reglamentaciones referidas a la prueba pericial, encontrándose por tanto cubierto el requisito de reserva legal o principio de legalidad.

Es importante destacar que esta técnica no ha sido utilizada en ámbitos forenses. Refiere Villamarín⁹¹⁴ que todos los estudios han sido hechos en laboratorio y, por lo tanto, no reflejan circunstancias reales, situaciones éstas que dificultan aún más la posibilidad de dar respuestas certeras en cuanto a sus resultados. Sin perjuicio de ello, y ante la eventualidad de su posible utilización en el proceso, resulta necesario analizar si como medidas de investigación corporal que son, pueden afectar derechos fundamentales. En este punto consideramos que el análisis debe centrarse, por la forma en que debe desarrollarse la medida, en el derecho a no declarar contra sí mismo y no autoincriminarse.

En efecto, hemos visto que el examinado –en este caso el imputado- debe ser introducido en un resonador magnético y responder ante las preguntas que se le formulen. En las pruebas de laboratorio que se realizaron se utilizaron dos tipos de test, el de las preguntas de control y el de preguntas de conocimiento

⁹¹³ GORGAS, María, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “El control científico y tecnológico de la verdad en la declaración del imputado. A propósito del uso de la neuroimagen”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Núm. 3/2007, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, p.430.

⁹¹⁴ VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección de la verdad...*, op.cit., p.85.

culpable. Sostiene Villamarín López⁹¹⁵ que el test de control de preguntas consta de dos tipos de preguntas: las relevantes, que están vinculadas con el delito, y las de control relativas a un hecho similar al investigado. Para poder elaborarlas será necesario que el examinador tenga una entrevista previa con el imputado para obtener información sobre su persona y sobre su versión de lo ocurrido. En el segundo tipo de test, las preguntas están vinculadas con circunstancias del delito en particular.

Ninguna duda cabe que, aun cuando no se requiera una declaración sobre el hecho y las respuestas tengan por objeto determinar si el imputado, miente o dice la verdad en función de las áreas de su cerebro que se activen, lo cierto es que dicha medida excede del mero deber de tolerancia que pesa sobre éste cuando interviene como objeto de prueba. A punto tal ello es así, que se requiere necesariamente la colaboración del imputado tanto para ingresar al resonador como, fundamentalmente, para contestar a las preguntas que se le formulen pues, si el imputado mueve la cabeza o se niega a contestar, la prueba no puede realizarse. Igual conclusión puede predicarse de la entrevista previa con el examinador, el imputado deberá contestar las preguntas que éste le haga a fin de conocer la versión de aquél respecto del hecho investigado.

Como hemos visto, el derecho a no declarar contra sí mismo ni autoincriminarse es un derecho absoluto en el sentido que no se admite ningún tipo de vulneración por parte del Estado, razón por la cual se requiere necesariamente el consentimiento del imputado para poder practicar este tipo de medidas de investigación, y la falta de éste no puede en modo alguno ser suplida por la autorización judicial. En este supuesto, no puede válidamente afirmarse que el imputado actúa como un objeto de prueba en tanto que se requiere su participación activa para poder desarrollar la resonancia.

⁹¹⁵ *Ibidem*, pp.43 y ss.

Sin embargo, a diferencia del narcoanálisis en el que -como ya dijimos- no resulta válido el consentimiento del imputado para su práctica, en el caso de este tipo de métodos entendemos que si el imputado consiente su práctica no cabrían cuestionamientos desde el punto de vista constitucional. Circunstancia distinta es el grado convictivo que tenga el mismo para el órgano judicial competente o incluso cuál puede ser la incidencia que su resultado tenga en la decisión que en última instancia adopte el órgano juzgador, aspecto sobre el cual volveremos más adelante. Dicho en otras palabras, si el imputado libre y voluntariamente, previo asesoramiento de su defensor, consiente en someterse a esta prueba, no podrá alegar que se ha violado su derecho a no declarar contra sí mismo.

Por último, consideramos que aun cuando se requiere el expreso consentimiento del imputado para su práctica, ello no exime al órgano judicial de realizar un análisis sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la medida en el caso concreto, salvo que sea el propio imputado el que requiera su práctica en ejercicio de su derecho de defensa, siempre partiendo de la base que exista personal médico especializado que pueda llevarlo a cabo⁹¹⁶.

6.3 Potencial Evocado Cognitivo (P300)

A diferencia de la prueba fMRI, el método neurológico en estudio no busca establecer si una persona miente o dice la verdad, sino que pretende concretamente determinar el grado de conocimiento que el examinado tiene sobre un hecho determinado, es decir, apela a los recuerdos contenidos en la memoria de la persona⁹¹⁷.

⁹¹⁶ Lo cierto es que ni en Argentina ni en Mendoza se ha utilizado este tipo de técnicas en un proceso penal.

⁹¹⁷ Nos dice VILLAMARÍN LÓPEZ que el creador de esta técnica, Farwell, la llamó *brainfingerprinting*, toma de huellas cerebrales por su similitud con la tradicional actividad que consiste en tomar las huellas dactilares del imputado y compararlas con las encontradas en la escena del crimen. Con este nombre se

En efecto, se ha determinado que las neuronas se encienden electrónicamente formando una red de circuitos electrónicos y, en este caso, mediante una electroencefalografía se mide la actividad eléctrica positiva del cerebro del individuo cuando éste ha sido expuesto a un estímulo que puede ser auditivo o visual. Esta onda se produce trescientos (300) milisegundos después del contacto con el estímulo, por ello se designa P300. El procedimiento consiste en colocar sensores en el cuero cabelludo de la persona para poder medir la respuesta de su cerebro frente a los estímulos que se le presentan, los cuales, como dijimos, pueden consistir en palabras, fotos o frases⁹¹⁸. Las respuestas se miden a través de un programa informático para concluir si la información que se le ha mostrado es o no conocida por la persona.

a. Nociones sobre la memoria

Teniendo en cuenta que esta técnica neurológica se centra en los conocimientos que el imputado conserva en su memoria, resulta necesario hacer unas breves reflexiones sobre la misma. En este aspecto, afirma Manes⁹¹⁹ que cuando hablamos de la memoria nos estamos refiriendo al proceso que nos permite codificar, almacenar y recuperar la información de nuestro cerebro. En el primer supuesto, incorporamos la información y la registramos. Al almacenar, guardamos la información hasta que la necesitemos y, por último, recobramos el recuerdo cuando resulta necesario.

En general se clasifica la memoria en explícita, que se vincula con los actos conscientes e, implícita, cuando no está relacionada con actos conscientes, como

conoce internacionalmente en la doctrina científica (VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección de la verdad...*, op.cit., p.90).

⁹¹⁸ *Ibidem*, pp.89 y ss.

⁹¹⁹ MANES, Facundo, *Usar el cerebro...*, op.cit., pp.125 y ss.

los reflejos condicionados o habilidades motoras que no dependen de un pensamiento consciente, *v. gr.*, comer o manejar un auto. Asimismo, la memoria explícita puede subdividirse en memoria episódica, que se refiere al almacenamiento y recuerdo de experiencias personales ocurridas en un tiempo y un lugar particular, y en memoria semántica, en la cual almacenamos permanentemente conocimientos representativos de hechos o conceptos como también el significado de las palabras⁹²⁰.

Afirma asimismo Manes que, considerando el tiempo que transcurre entre que almacenamos la información y su recuperación, podemos dividir la memoria en memoria de trabajo o inmediata, que la utilizamos para la información que ha sido presentada segundos antes *v.gr.*, el mirar un número de teléfono y retenerlo en la mente para poder marcarlo, memoria a largo plazo, en la cual almacenamos la información para cuando la necesitemos, ésta a su vez se subdivide en memoria diferida, que es la utilizamos para, por ejemplo, retener un número de teléfono y recordarlo media hora después, memoria reciente, para los eventos o información que ha sido presentada varios días antes y memoria remota, para los eventos o la información presentada hace unos años. Por último, la memoria prospectiva, que es para las cosas que pensamos hacer en un futuro tales como ir a una cita médica el mes próximo.

De tal forma, la memoria no es algo unitario, sino que los científicos han determinado que existen sistemas de memorias específicos, distintos y relativamente independientes entre sí, y algunos de ellos tienen estrecha vinculación con nuestras emociones. Tal es el caso de la memoria autobiográfica que tiene la colección de los recuerdos de nuestra historia y las estructuras cerebrales que están involucradas en esta memoria también alimentan circuitos neurales vinculados con las emociones⁹²¹.

⁹²⁰ *Ibidem*

⁹²¹ *Ibidem*, p.137.

Por último, vinculado con la memoria y los recuerdos resulta importante destacar el procedimiento mediante el cual un individuo almacena en su memoria los recuerdos que posee. En este sentido nos explica Manes que “[c]uando uno experimenta algo, el recuerdo se vuelve inestable durante algunas horas, hasta que se fija por la síntesis de proteínas que estabilizan las conexiones sinápticas entre neuronas. La próxima vez que el estímulo recorra esas vías cerebrales, la estabilización de las conexiones permitirá que la memoria se active. Cuando uno tiene un recuerdo almacenado en su cerebro y se expone a un estímulo que se relaciona con aquel evento, va a reactivar el recuerdo y a volverlo inestable nuevamente por un período corto de tiempo, para volver a guardarlo luego y fijarlo nuevamente en un proceso llamado “reconsolidación de la memoria”. La evidencia científica indica que cada vez que recuperamos una memoria de un hecho, ésta se hace inestable permitiendo la incorporación de nueva información. Cuando almacenamos nuevamente esa memoria como una nueva memoria, contiene información adicional al evento original. En otras palabras, muchas veces aquello que nosotros recordamos no es el acontecimiento cual fue en la realidad, sino la forma en que fue recordado la última vez que lo trajimos a la memoria.”⁹²²

Como podemos ver, la memoria no conserva los recuerdos como una fotografía, sino que más bien es un acto creativo porque el recuerdo se reconstruye cada vez que lo evocamos de nuevo. Esta relación compleja entre el hecho y la memoria de una persona tiene, sin duda alguna, incidencia en la técnica neurológica analizada toda vez que el objeto de la misma es, justamente, bucear en la memoria del imputado, a fin de determinar si posee determinados conocimientos sobre el hecho presuntamente delictivo.

⁹²² *Ibidem*, pp.151 y ss.

b. Procedimiento de la prueba P300

Hemos dicho que la finalidad del método P300 es determinar los conocimientos que sobre el hecho investigado puede tener la persona que se somete al examen. De tal forma, se le coloca un casco en la cabeza con una serie de electrodos conectados a un amplificador y debe concentrarse en una pantalla donde se le presentaran una serie de imágenes, sonidos y/o palabras. Sostiene Petisco Rodríguez⁹²³ que deben presentarse tres tipos de estímulos, a saber: los irrelevantes, que no tienen nada que ver con el delito ni con el sujeto, y proporcionan una medida respecto a la información que no conoce; los estímulos sonda o de sondeo⁹²⁴, que contienen información relevante sobre el delito y que sólo puede conocer la persona si ha presenciado el hecho por lo que deben extraerse del informe policial, y, por último, los estímulos diana, *targets* o blancos, que se sabe con certeza que el sujeto conoce ya sea porque se le han informado, o bien porque han aparecido en la prensa o en otros medios de comunicación.

Estos estímulos deben ser presentados alternadamente y han de ser vistos en varias ocasiones a lo largo de la prueba, llegándose a mostrar entre dos mil y tres mil estímulos. Aclara el autor que, como se requiere que el sujeto les preste atención y también para mantener la concentración, se le pide que apriete un botón cada vez que aparece un estímulo. Si el examinado reconoce una imagen o bien le resulta familiar alguna pregunta, desde su cerebro se propagarán en forma prácticamente instantánea a la superficie las ondas P300. Por dicha razón afirman

⁹²³ PETISCO RODRÍGUEZ, José Manuel, “La Neurociencia al servicio de la Seguridad Nacional. La prueba de la P300”, www.ieee.es, (fecha de visita 10/11/2016).

⁹²⁴ También denominados *probes* o pruebas. Vid. VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección de la verdad...*, op.cit., p.91; ANDREU NICUESA, Cristina, VALDIZÁN USÓN, José Ramón, “Potencial Evocado Cognitivo P300 en la investigación pericial (P300-pericial)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 33, enero-abril de 2014, pp.352 y ss.

Andreu Nicuesa y Valdizán Usón⁹²⁵ que, al tratarse de una respuesta cerebral, no es susceptible de manipulación intencional por parte del examinado.

Ahora bien, practicada la prueba refiere Villamarín López⁹²⁶ que los resultados permitirán determinar si el sujeto conoce la información relativa al delito en el supuesto de que la respuesta a los estímulos prueba sean más similares a los estímulos diana o *targets*. En el caso contrario, es decir, cuando las respuestas a las pruebas se aproximen a los estímulos irrelevantes, habrá de colegirse que el sujeto desconoce los datos que sólo pueden conocer los autores del hecho.

Al igual que lo afirmamos para la Resonancia Magnética Funcional, en el supuesto de admitirse en el proceso penal la utilización de la prueba P300, deberá otorgarse a este método el carácter de prueba científica y su práctica debe encuadrarse en las normas relativas a la prueba pericial pues requiere de especiales conocimientos técnicos y personal cualificado para su práctica, amén de ser necesario, indudablemente, la existencia de la aparatología indispensable para llevarlo a cabo.

Sin embargo, el tema central de estas novedosas técnicas es determinar si las mismas pueden afectar a derechos fundamentales del imputado y en qué medida esta afectación resulta razonable y proporcional en el caso concreto. En función de los derechos analizados en el Capítulo III, consideramos que, teniendo en cuenta el ámbito de injerencia de estas medidas de investigación corporal en particular, podemos concentrarnos en el derecho a no declarar contra sí mismo ni autoincriminarse y el derecho a la intimidad.

⁹²⁵ ANDREU NICUESA, Cristina, VALDIZÁN USÓN, José Ramón, “Potencial Evocado...”, op. cit., p. 358.

⁹²⁶ VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección del engaño...*, op.cit., p.92.

Con respecto al primero de ellos, existen opiniones encontradas en cuanto a la posibilidad de considerar esta prueba como una “declaración”. En contra de su asimilación encontramos a Andreu Nicuesa y Valdizán Usón⁹²⁷, quienes afirman que la técnica en estudio no proporciona ninguna información que pueda asemejarse a un testimonio porque no lee la mente ni el pensamiento, sino que se trataría de una prueba pericial en la cual el profesional interpreta la actividad eléctrica del cerebro del imputado ante determinados estímulos. Agregan los autores que, en el desarrollo de la P300, no se requiere respuesta verbal alguna sino únicamente su colaboración pasiva en el registro. En sentido contrario, Libano Beristain⁹²⁸ considera que al presentar mayores analogías con la declaración del imputado no sólo puede colisionar con los mencionados derechos sino incluso extenderlo a un más amplio derecho de defensa y a la presunción de inocencia. A igual conclusión arriba Villamarín López⁹²⁹ al considerar que, si bien el imputado no exterioriza su declaración de la manera tradicional, es decir, oralmente, lo cierto es que por otra vía análoga al interrogatorio se busca la misma finalidad: obtener información que confirme o deje sin valor los datos que tiene la policía o el juez.

Compartimos la posición de éstos últimos autores en tanto que no se puede afirmar que el imputado actúa como simple objeto de prueba soportando pasivamente su práctica. En efecto, resulta imprescindible para desarrollar esta técnica que el imputado preste atención a todos los estímulos que se le presentan, debiendo pulsar un botón cada vez que los ve. Si no presta atención a los estímulos su cerebro no responde, es decir, la onda P300 no aparece y, así la colaboración pasiva a la cual se refieren Andreu Nicuesa y Valdizán Usón dista mucho de ser tal, aquí se requiere la participación activa del imputado. En otras

⁹²⁷ ANDREU NICUESA, Cristina, VALDIZÁN USÓN, José Ramón, “Potencial Evocado Cognitivo...”, op.cit., p.358.

⁹²⁸ LIBANO BERISTAIN, Arantza, “Notas sobre la admisibilidad de la prueba...”, op.cit., p.89.

⁹²⁹ VILLAMARÍN LÓPEZ, María Isabel, *Neurociencia y detección de la verdad...*, op.cit., p.130.

palabras, éste deja de ser una fuente pasiva de los elementos de cargo pues debe cooperar o colaborar en su adquisición.

Consideramos que ésta sola circunstancia ya resulta suficiente para sostener que se vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo. Sin embargo, también debe evaluarse cuál es la información que se obtiene con esta medida de investigación corporal, puesto que no estamos hablando de evidencia puramente biológica sino de los conocimientos que se encuentran en el cerebro del examinado. En palabras de Villamarín López “[...] supone la entrada en su mente y en sus intenciones, deseos o pensamientos”⁹³⁰. Y ésta fue justamente la posición que tuvo el Tribunal Superior de Justicia de Aragón que resolvió declarar la nulidad de la práctica del P300 por considerar que *[...] extraer datos cognitivos que únicamente se hallan en el cerebro del sujeto, debe ser considerada jurídicamente como una declaración, y sólo puede llevarse a cabo con la voluntad del sujeto, pues éste no está obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable*⁹³¹.

Como podemos advertir, la afectación del derecho a no declarar contra sí mismo ni autoincriminarse resulta patente y, en modo alguno, puede admitirse la práctica de esta técnica si no media el consentimiento expreso e informado del imputado. Ello significa que deberá ser debidamente informado de la modalidad de la técnica, de los datos a obtener y de la utilización que se haga de los mismos. Resulta asimismo ineludible que el imputado tenga la posibilidad de poder contar con el asesoramiento de su defensa técnica antes de decidir si se somete o no a la prueba y este consentimiento no puede ser suplido por ninguna decisión jurisdiccional pues se trata de un derecho absoluto que le asiste al imputado.

⁹³⁰ *Ibidem*, p.128.

⁹³¹ Auto del TSJA citado por SÁNCHEZ RUBIO, Ana, “El uso del test P300...”, op.cit., p.14. En este caso el test P300 fue utilizado como medida probatoria en un proceso en trámite. El imputado afirmó no estar de acuerdo con la medida, pero se sometía porque así lo había dispuesto el juez. El Tribunal Superior de Aragón consideró que el consentimiento prestado no había sido válido. En el otro supuesto que se utilizó esta técnica fue en el caso Marta del Castillo, pero aquí ya existía sentencia condenatoria firme por lo que sus resultados en nada podían incidir en la situación procesal de Miguel Carcaño.

Y es por esto que estimamos que la decisión del Tribunal Superior de Aragón resulta absolutamente ajustada a derecho toda vez que el consentimiento prestado por el imputado no reunía los requisitos necesarios para considerarlo válido, pues aquél se sometió a la muestra en virtud de la decisión jurisdiccional.

Hicimos referencia precedentemente también a la posible afectación del derecho a la intimidad e igualmente en este tópico también encontramos posiciones divergentes. Así Villamarín López⁹³² desecha esta posibilidad porque esta técnica no puede detectar procesos de pensamiento y, fundamentalmente, porque la información relevante para la causa ya es conocida por quien prepara y dirige el test. Como consecuencia no habría una afectación especial a la vida privada del examinado.

En una postura contraria se sitúa Libano Beristain⁹³³, por cuanto, al evocar potenciales cognitivos esta técnica implica introducirse en la esfera más honda y personal del sujeto. Efectivamente se está accediendo al lugar donde se encuentran no sólo los recuerdos sino también todos los factores constituyentes de la personalidad de una persona como sus traumas, fobias o miedos. Concuerda Sánchez Rubio⁹³⁴ que, siendo la mente del individuo la esfera más idónea de su intimidad, y al no tener control volitivo sobre sus manifestaciones cerebrales, puede obtenerse información que el sujeto no quiera develar. Plantea la autora la posibilidad de que, junto con la información relacionada con el delito, pueda revelarse información –a partir de los estímulos irrelevantes- que pertenezcan a su esfera íntima y personal que el examinado no quería revelar. De tal forma y, a diferencia de la técnica analizada en el punto anterior, en el caso del P300 lo que se pretende es extraer información y sobre ésta el imputado no tiene ningún control, con lo cual podría decirse que esta manifestación cerebral no se produce

⁹³² VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección de la verdad...*, op.cit., p.133.

⁹³³ LIBANO BERISTAIN, Arantza, “Notas sobre la admisibilidad de la prueba...”, op.cit., p.86.

⁹³⁴ SÁNCHEZ RUBIO, Ana, “El uso del test P300 en el proceso penal...”, op.cit., p.15.

en forma libre ni tampoco tiene la posibilidad de decidir cuál es la información que pretende poner en conocimiento de la autoridad.

Es por ello que estimamos que sólo el consentimiento libre e informado del imputado posibilitaría la práctica de esta técnica neurológica, consentimiento que en modo alguno puede ser suplido por una decisión jurisdiccional. Sin embargo, coincidimos con Gorgás y Hairabedián⁹³⁵ que si el imputado, habiendo sido asesorado por su defensa técnica, acepta libremente su práctica, no puede con posterioridad pretender que se valore únicamente lo que le conviene e impugnar las consecuencias de una técnica que él ya conocía por haberle sido explicadas previamente.

6.4 Fiabilidad y utilización de las pruebas neurológicas en el proceso penal

La irrupción de nuevas tecnologías en el proceso penal genera dudas y cuestionamientos en la doctrina y la jurisprudencia. Así lo ha sido en todo tiempo pasado y también lo será en el futuro. No hace mucho tiempo lo vimos con la llegada de la genética forense y lo cierto es que hoy en día nadie cuestiona la fiabilidad de sus técnicas.

Sin embargo, a diferencia de las distintas medidas de investigación corporal que hemos analizado *supra*, donde la evidencia es biológica y sus resultados contrastables científicamente, en el caso de las pruebas neurológicas vinculadas con la determinación de la veracidad de la declaración o los conocimientos que el imputado tiene sobre el hecho investigado, el resultado puede ser más incierto⁹³⁶.

⁹³⁵ GORGAS, María, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “El control científico y tecnológico...”, p.432.

⁹³⁶ Distinta es la valoración si dichas pruebas se utilizan para determinar, *v.gr.*, una lesión cerebral que podría tener consecuencias sobre el grado de comprensión del imputado de la criminalidad de su conducta

Como hemos visto, el cerebro regula toda nuestra actividad mental que incluye tanto los procesos inconscientes como también nuestros pensamientos, ideas, estados anímicos, información, sentimientos. Nos dice al respecto Manes⁹³⁷ que las emociones son claves para nuestra memoria, para tomar decisiones, etc., es decir, nuestras emociones están involucradas en todo aquello que resulta importante y para ello intervienen distintas estructuras cerebrales, lo cual demuestra la complejidad del funcionamiento del cerebro. Esto nos lleva necesariamente a cuestionarnos si la circunstancia de poder identificar las áreas del cerebro que intervienen en determinados procesos permite obtener conclusiones categóricas.

Cuando analizamos la prueba fMRI vimos que a través de la misma se pretendía concluir si una persona mentía o decía la verdad en función de las partes del cerebro que se activaban cuando el examinado respondía a determinadas preguntas o estímulos. Recurriendo nuevamente a Manes, sostiene el neurocientífico, con respecto a la posibilidad de detectar si una persona está mintiendo, que “[c]abe preguntarse si, cuando observamos un patrón de activación cerebral específico estamos viendo, por ejemplo, las bases neuronales de la mentira o si, por el contrario, estamos presenciando el modo en que el cerebro se activa cuando mentimos. Contrariamente a lo que puede interpretarse, las imágenes cerebrales no nos dicen si una persona está mintiendo o no: más bien, muestran ciertos estados de ánimo, como la ansiedad o el miedo que vienen asociados con la mentira”⁹³⁸. Agrega asimismo el autor que “[n]uestro cerebro no funciona de forma parcializada, no hay una correspondencia entre una tarea, un objeto o un sentimiento y un área cerebral circunscripta y específica. Por el contrario, tal como hemos sostenido, nuestro cerebro opera en redes que integran

pues, en estos supuestos, en la imagen cerebral es posible detectar la lesión, sin perjuicio de la posterior valoración médica sobre la misma.

⁹³⁷ MANES, Facundo, *Usar el cerebro...*, op.cit., p.271.

⁹³⁸ *Ibidem*, p.29.

la información de distintas áreas y que actúan de manera simultánea para poder dar lugar al repertorio de complejísimas conductas que nos caracterizan como especie humana. [...] En consecuencia, un área cerebral puede estar involucrada en múltiples procesos cognitivos”⁹³⁹.

Si esto es así, resulta por demás difícil afirmar que la persona examinada miente o dice la verdad. No resultan, por tanto, desacertadas las conclusiones de Taruffo⁹⁴⁰ cuando sostiene que aun cuando la técnica fMRI pudiera determinar estas zonas cerebrales cuando una persona miente, la mentira consciente implica un acto de voluntad que posiblemente produce cambios cerebrales pero, igualmente decir la verdad, también requiere un acto de voluntad y no se puede excluir que ese acto implique una actividad cerebral específica que puede no ser distinguible de la que se querría relacionar con la mentira. Por otra parte, ¿qué ocurre si la persona miente inconscientemente pensando que lo que dice es verdad? En este caso pareciera que no debería detectarse ninguna actividad cerebral aun cuando, realmente, la persona estuviera mintiendo.

Por otra parte, si recordamos la experiencia sobre el dilema moral al cual hicimos referencia *supra*⁹⁴¹, tampoco podemos sacar conclusiones certeras en función de las áreas del cerebro que supuestamente se activan. En efecto, ello dependerá de la forma en que se haga la pregunta y si la respuesta requiere sólo un razonamiento lógico o si intervienen las emociones, pues ello determinará cuál será el área cerebral que prevalezca.

Más allá de que la prueba de Resonancia Magnética Funcional ha sido utilizada sólo en laboratorio, por lo que sus resultados no han podido ser contrastados, lo cierto es que la posibilidad de determinar la veracidad o

⁹³⁹ *Ibidem*, p.245.

⁹⁴⁰ TARUFFO, Michele, “Proceso y Neurociencia. Aspectos generales”, *Neurociencia y proceso judicial* (Direc. Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp.22 y ss.

⁹⁴¹ *Vid* nota 912.

mendacidad de la declaración del imputado resulta altamente difícil, al menos con los conocimientos neurocientíficos actuales.

No difiere mucho la valoración respecto de la técnica de Potenciales Evocados Cognitivos y aquí, igual que en la técnica anterior, son los propios avances y conocimientos neurocientíficos los que nos hacen dudar respecto de su grado de fiabilidad. Efectivamente, cuanto más se conoce del cerebro humano, mayores son los cuestionamientos que se presentan.

En la prueba P300 lo que se pretende precisar es si el imputado posee el conocimiento de datos relevantes del hecho investigado, y sólo puede tenerlo quien ha intervenido en el mismo. En otras palabras, el objeto es obtener información sobre los recuerdos almacenados en la memoria del examinado. Entonces nos encontramos con la primera dificultad y es que los científicos han concluido que la memoria es reconstructiva, es decir, los recuerdos no permanecen inalterables sino que, entre otros factores, cada vez que evocamos un evento alteramos el recuerdo.

Esta reconsolidación de la memoria de la cual nos habla Manes⁹⁴² significa que cuando uno tiene un recuerdo almacenado en su cerebro y lo expone a un estímulo, lo que sucede es que se reactiva y se vuelve inestable por un corto período de tiempo. Cuando se vuelve a almacenar se hace como una “nueva memoria” que contiene información adicional al evento original. Esto nos permite afirmar que, en realidad, recordamos un acontecimiento no como fue originalmente sino en la forma en la cual fue recordado la última vez. Como ejemplifica el neurocientífico “[...] más que un arcón donde se guardan las

⁹⁴² MANES, Facundo, “Así funciona tu memoria”, <http://facundomanes.com>, p.3. (fecha de visita 30/10/2016).

fotografías de los que nos pasó, la memoria humana parece ser un atril que nos permite garabatear, sobre los trazos del pasado, aquello que imaginamos”⁹⁴³.

Tal conclusión de la neurociencia nos coloca frente a un dilema en cuanto al contenido probatorio del test P300 pues si el recuerdo no es del evento original sino un recuerdo del último recuerdo, el imputado ¿tiene el conocimiento del hecho en su memoria tal cual ocurrió?, o ¿sería posible afirmar que el recuerdo no es del hecho original, sino que se ha ido modificando en función de la evocación del mismo? Estas son las preguntas a las cuales los científicos no han dado respuesta y que, por lo tanto, justifican la resistencia del ingreso de estas técnicas en el proceso penal.

Más aún, pusimos de relieve también estudios científicos que descubrieron la existencia de un área del cerebro en el hemisferio izquierdo –aunque no ha podido precisarse su ubicación-, que monitorea todas las conductas de las redes neurales y que los científicos llamaron “el intérprete” y cuya su función es crear historias y creencias para explicar eventos internos y externos, dándole a la persona un sentido de unidad. De esta forma, la narrativa personal está basada en memorias verdaderas y en memorias falsas y no deja de ser el resultado que el intérprete realiza sobre los datos que le llegan⁹⁴⁴. Todo ello nos lleva a repensar las palabras de Richard González⁹⁴⁵ quien sostiene que incluso cuando halláramos un recuerdo en el cerebro del imputado, ello no significa que ese recuerdo corresponde a un hecho real pues, por diversas razones, podrá ser un recuerdo falso generado por el individuo⁹⁴⁶.

⁹⁴³ *Ibidem*, p.4.

⁹⁴⁴ MANES, Facundo, *Usar el cerebro...*, op.cit., p.67 y ss.

⁹⁴⁵ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, “Admisibilidad, eficacia y valoración de las pruebas neurológicas en el proceso penal”, *Revista Iuris*, 2º enero, 2014, p.40, www.esade.edu, (fecha de visita 30/10/16).

⁹⁴⁶ Manes hace referencia en uno de sus trabajos al estudio de los neurocientíficos Elizabeth Loftus y John Palmer quienes dieron cuenta de que es posible cambiar el recuerdo de los testigos a través de preguntas sugestivas. Si bien no es objeto de esta investigación, no puede negarse la necesidad de utilizar los conocimientos que puede brindar la neurociencia a fin de analizar y valorar los dichos de los testigos en el proceso penal, máxime cuando las testimoniales siguen siendo una prueba central en el proceso.

Como consecuencia de lo analizado, podemos sostener que subsisten muchos interrogantes que impiden afirmar la fiabilidad de estas técnicas para ser utilizadas en el proceso penal o, por lo menos, se impone una valoración cautelosa de sus resultados por parte de los órganos judiciales en el supuesto que se admita su práctica. Quizás sería preferible continuar con las investigaciones científicas antes de permitir su ingreso en el proceso penal pues como asevera Corda, “[...] todavía es demasiado pronto para determinar si el uso cada vez más frecuente de los conocimientos neurocientíficos en el proceso penal, que parece adivinarse, nos llevará a una superación de los actuales límites cognitivos y a un enjuiciamiento más riguroso y exhaustivo o, más bien, comportará la apertura de una peligrosa caja de Pandora”⁹⁴⁷.

Compartimos sin duda tales afirmaciones, no cuestionamos la enorme colaboración que la neurociencia puede aportar al derecho, en general, y al proceso penal, en particular, pero deviene ineludible contar con mayores conocimientos que permitan clarificar el funcionamiento del cerebro para poder establecer la verdadera dimensión de las técnicas neurológicas como elementos de convicción que puedan ser utilizados válidamente por los órganos jurisdiccionales, que son quienes van a resolver en forma definitiva la situación procesal del imputado.

III. Recapitulación

1. Las medidas de investigación corporal engloban una variada cantidad de técnicas que tienen por objeto el cuerpo del imputado y, dada esta variedad,

(MANES, Facundo, “¿Puede el cerebro ser “justo” ante la ley?, <http://facundomanes.com>, p.3 (fecha de visita 30/10/16).

⁹⁴⁷ CORDA, Alessandro, “Neurociencias y Derecho Penal desde el prisma de la dimensión procesal”, *Neurociencia y proceso penal*, (Direc. Taruffo, Michele, Nieva Fenoll, Jordi), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, Argentina, 2013, p.137.

difiere el procedimiento a seguir en cada una de ellas, sin perjuicio que la gran mayoría, por tratarse de prueba científica, pueden regirse por las disposiciones previstas para la prueba pericial.

2. Las extracciones de sangre constituyen medidas de intervención corporal que permiten adquirir conocimientos relevantes para el proceso penal, vinculados tanto con la autoría y participación criminal y que sirven para acreditar la existencia de elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

Su práctica afecta el derecho a la integridad física y a la autodeterminación informativa en función de los datos que se pretenda obtener. Sin perjuicio de ello, la medida va a resultar legítima siempre que se hayan respetado los presupuestos de necesidad, idoneidad, proporcionalidad en sentido estricto y no implique un riesgo para la salud del imputado, requisitos que deberán ser analizados por el órgano judicial que disponga la misma. Asimismo, y dado que se requieren especiales conocimientos médicos para su práctica, la intervención de personal sanitario deviene ineludible, fundamentalmente porque será dicho personal quien pueda poner conocimiento del órgano judicial competente la existencia o inexistencia de riesgos para la salud.

3. La legislación nacional regula las extracciones de sangre o cualquier otra muestra biológica, siendo Fiscal de Instrucción el órgano competente para ordenar su práctica. A falta de consentimiento del imputado, será el Juez de Garantías quien resuelva la cuestión, valorando la necesidad, racionalidad y proporcionalidad de la medida. Una vez que la misma ha sido convalidada, la ley permite el uso de facultades coercitivas en forma estrictamente necesaria para poder llevarla a cabo, receptando así la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal y de los Tribunales inferiores.

4. En el orden provincial, la legislación ha establecido en una sola disposición la inspección corporal y mental, como así también las extracciones de sangre, saliva, piel u otras muestras biológicas para obtener la huella genética del imputado. La extracción es ordenada por el Fiscal de Instrucción, pero no se prevé ninguna intervención del Juez de Garantías en caso que el imputado no preste su consentimiento. Igual que en la normativa nacional, se admite el uso de medios coercitivos.

5. Las exploraciones radiológicas y otros sistemas de imágenes constituyen medidas de intervención corporal que también pueden englobarse dentro de las pruebas científicas pues requieren de personal médico cualificado para su práctica conforme la *lex artis*. Por dicha razón, aun cuando en la legislación argentina no existe ninguna disposición que regule estas técnicas en particular, su inserción en el proceso penal se debe realizar a través de las normas referidas a la prueba pericial.

Si bien se trata de medidas de carácter leve por su mínima injerencia en el cuerpo del imputado, se deben observar los presupuestos requeridos para toda medida de injerencia en los derechos fundamentales. De tal forma, para poder someter al imputado a una exploración radiológica deberán existir datos relevantes que permitan sospechar que éste ha participado en el hecho delictivo y, por tanto, que aquélla resulta el medio idóneo y necesario en el caso concreto por no existir una medida menos gravosa que permita alcanzar el fin propuesto.

Consideramos que este análisis de proporcionalidad debe ser realizado por el órgano judicial competente que disponga su realización, debiendo volcar en una decisión los motivos que la justifican. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido que, por razones de urgencia, cuando existe riesgo para la vida o la salud del imputado, es posible ordenar su práctica y, con posterioridad, plasmar

en la resolución judicial las razones que legitimaron su práctica. No puede obviarse la posición de garante que ostenta el Estado respecto de las personas que se encuentran detenidas.

6. La exposición del imputado a rayos X, u otro sistema similar de imágenes en el marco de un proceso penal, difiere en su tratamiento respecto de aquellos supuestos en los cuales su práctica se realiza en el marco de las funciones de prevención de las fuerzas de seguridad. En estos casos, se trata de medidas rutinarias de control que se realizan aleatoriamente sobre el grupo indeterminado de personas que se encuentran en un lugar o pretenden ingresar a él. Así, podríamos citar, a los controles en aeropuertos, aduanas, zonas militares, centros de detención, estadios de fútbol, centrales nucleares, etc.

Esta actividad tiene un carácter eminentemente administrativo- ejecutivo y tienen una finalidad fundamentalmente preventiva, en aras de garantizar la seguridad de la sociedad en general. Por dicho motivo, la persona podrá desistir de ingresar a un determinado lugar o subirse a un avión si no quiere someterse a este tipo de controles pero no puede negarse a su práctica por resultar la misma arbitraria, salvo que alegue razones de salud que justifique su negativa. Pero fuera de tal caso, la seguridad y el bien común de todos los individuos se encuentra por encima de la voluntad individual.

7. Ahora bien, practicados los controles preventivos, si se determina la existencia de algún hecho presuntamente delictivo, *v.gr.*, el examinado tenía en el interior de su cuerpo sustancias estupefacientes, la jurisprudencia ha admitido acertadamente, a nuestro criterio, que se pueden valorar las pruebas obtenidas en un eventual proceso penal aun cuando al momento de llevar a cabo la práctica no existía una sospecha concreta previa. La postura contraria dejaría inermes a las fuerzas de seguridad, imposibilitando la aplicación de una sanción frente a la comisión de un hecho delictivo.

8. La llegada de la genética al proceso penal ha permitido la identificación de las personas a partir del análisis de los polimorfismos de ácido desoxirribonucleico, es decir, del ADN. Este constituye una larga molécula, en forma de doble hélice, que almacena y transmite toda la información genética, encontrándose en todas las células del organismo de una persona. La información contenida en el ADN permite no sólo identificar al sujeto sino también determinar su origen racial o enfermedades presentes y futuras, es decir, todas las características singulares de un individuo que constituyen su genoma.

9. Dentro del ADN podemos distinguir una parte codificante que contiene toda la información genética y otra parte no codificante que sólo sirve para individualizar a una persona y conocer sobre sus relaciones de parentesco. Por ello, el legislador ha autorizado a utilizar en el proceso penal la parte no codificante del ADN en aras de la protección del derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa. Aun así, no puede perderse de vista que la huella genética dista mucho de la información que aporta la huella dactilar pues ésta sólo permite la identificación en tanto que el perfil genético también facilita la obtención de información sobre el parentesco genético, lo cual significa que parte de la información también es compartida por los familiares directos.

Debemos considerar, asimismo, que para la determinación de la huella genética se requiere tener una muestra biológica del imputado, muestra que contiene toda la información genética. Resulta imprescindible que la legislación sea lo más clara y rigurosa posible para evitar hipotéticos abusos en su utilización, máxime cuando a la fecha la ciencia no conoce todavía todas las funciones que puede cumplir el ADN no codificante o meramente identificativo.

10. Uno de los aspectos esenciales para garantizar la fiabilidad de la información obtenida, y descartar un uso irregular, es respetar la cadena de

custodia en la manipulación de muestras biológicas, ya sea las halladas en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima, así como las obtenidas directamente del imputado. Se trata de un procedimiento que debe seguirse para garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de los vestigios materiales que serán sometidos a estudios y análisis técnicos o científicos con vistas a su posterior incorporación como elementos probatorios en el juicio oral. Ello requiere no sólo la adecuada manipulación de las mismas sino también la debida documentación de esta gestión a fin de conocer todas las personas que tuvieron algún tipo de contacto con las muestras analizadas.

La doctrina y la jurisprudencia en general distinguen varias: extracción o recolección de la prueba, momento de la preservación o embalaje, transporte o traslado a los laboratorios, entrega en los mismos, manipulación en el laboratorio y finalmente, conservación y preservación hasta la finalización del juicio. Esta sucesión de actos se debe desarrollar bajo estrictas normas de seguridad para garantizar la identidad de la muestra y evitar que la misma pueda contaminarse o degradarse, fundamentalmente teniendo en cuenta la fragilidad de las muestras biológicas con respecto a otro tipo de evidencia material.

11. En los análisis de ADN la toma de muestras debe ser bidireccional pues debe realizarse el cotejo de la muestra hallada en el lugar del hecho o el cuerpo de la víctima con la muestra obtenida del imputado. Así nos encontramos con muestras indubitadas, porque se conoce la identidad del donante, atribuida, porque se presume la identidad del donante al haberse extraído la muestra de un objeto perteneciente a un sujeto individualizado y dubitada, porque se desconoce la identidad del donante.

12. Obtenidos los distintos perfiles de las muestras por parte del perito, llega el momento de valorar los resultados. Otorga certeza absoluta la falta de coincidencia entre los perfiles dubitados y los pertenecientes al imputado, es

decir, si no coincide la huella genética del imputado con la obtenida del lugar del hecho o del cuerpo de la víctima, sus conclusiones brindan una seguridad absoluta.

Distinta es la situación si existe coincidencia toda vez que los peritos no informan en términos absolutos sino en términos de probabilidad. La razón de ello deriva de que no es posible cotejar la totalidad del genoma humano sino sólo de los marcadores que contienen el ADN no codificante, lo que da un grado de incertidumbre. Cuanto mayor sea el número de marcadores analizado, menor será la brecha de incertidumbre. Esta circunstancia no exime al perito de la obligación de cuantificar dicha probabilidad mediante un cociente llamado Razón de Máxima Verosimilitud. Este cociente va a medir cuántas veces más probable es haber obtenido esos resultados genéticos si suponemos que el acusado dejó la mancha en comparación al supuesto de que otro individuo de la población tomado al azar haya sido quien la dejó.

13. Consideramos que, a pesar de que se trata de prueba científica que requiere de especiales conocimientos técnicos que no posee el Juez, la valoración de sus resultados en función de los principios de la sana crítica racional resulta ineludible ya que deberá ponderar dicha prueba con el resto del material probatorio incorporado en la causa. No podrá el órgano jurisdiccional refutar el contenido del informe salvo que lo haga con argumentos técnicos o científicos. Sin embargo, deberá determinar el valor probatorio que alcanza dicha prueba y vincularlo con el grado de convicción que pueden arrojar los otros elementos de prueba que se han producido en el juicio oral.

14. En cuanto a su regulación legal, consideramos adecuada y ajustada a los estándares constitucionales la normativa en el orden nacional. No así la legislación provincial que ha reglamentado la huella genética como medio de identificación dentro de las normas referidas a los medios de prueba en el

proceso penal, omitiendo toda consideración a los presupuestos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad que deben primar en una medida que tiene directa injerencia en los derechos fundamentales del imputado.

Esta confusión y desconocimiento legislativo en el ámbito provincial se traslada a la regulación del Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas que, en forma desproporcionada y arbitraria, dispone que debe obtenerse la huella genética de todo imputado o condenado sin importar la gravedad del delito cometido y aunque éste no tenga prevista una pena privativa de la libertad, máxime cuando dicha huella debe ser conservada durante el plazo de cincuenta años en el caso de resultar una sentencia condenatoria.

Reputamos igualmente inconstitucional, por atentar contra el derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa, la conservación de las muestras biológicas por el mismo lapso de tiempo toda vez que las mismas contienen toda la información genética del individuo. Ningún argumento de seguridad justifica que el Estado tenga en su poder dicha información, máxime cuando no existe ningún mecanismo legalmente previsto que permita la destrucción de las muestras biológicas.

15. Las pruebas de alcoholemia y otras sustancias estupefacientes constituyen una medida de intervención corporal que permite determinar el grado de intoxicación que presenta el imputado al momento de cometer el hecho delictivo. Se trata de una injerencia leve en el cuerpo del imputado que no conlleva ningún riesgo para la salud en tanto sea realizado conforme la *lex artis* y por personal sanitario.

Como no resulta un presupuesto de validez el consentimiento del imputado para su práctica, ello permite tanto la posibilidad de practicar directamente la extracción como también valerse de las extracciones practicadas en centros

hospitalarios si, como consecuencia del hecho, el imputado ha debido ser trasladado a alguno de ellos.

La conducción de automotores en estado de intoxicación alcohólica, o bajo los efectos de estupefacientes, no constituyen un delito en tanto no se haya producido un resultado dañoso para terceras personas. En otras palabras, la ebriedad de una persona que conduce un vehículo ingresará en el campo del derecho penal si, como consecuencia de dicha conducción, se ha producido la muerte o lesiones de terceras personas. En estos casos, el grado de intoxicación será una circunstancia agravante de las figuras básicas. Fuera de estos supuestos, será en el ámbito contravencional-administrativo en el cual se podrá sancionar este tipo de conductas y practicar las pruebas de alcoholemia necesarias sin que tenga injerencia el derecho penal.

16. La prueba de narcoanálisis o sueros de la verdad, considerada una medida de intervención corporal, tiene por finalidad obtener del imputado información que resulte útil para el proceso penal, pero la misma se brinda en condiciones que escapan de su control. Es decir, se le administran drogas narcóticas que tienen como efecto una relajación de su conciencia y la liberación de los frenos inhibitorios que permiten indagar en las capas más profundas del imputado.

Estas técnicas han sido consideradas, por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, violatorias de la dignidad del imputado y, aun cuando sea éste quien solicita someterse a las mismas, no puede admitirse su práctica en aras del interés del individuo y del interés general porque conducen a la negación de la personalidad y la justicia no puede valerse de estos medios para obtener información para el proceso.

Descartamos por tanto la posibilidad de su utilización teniendo en cuenta que nuestro sistema constitucional boga expresamente por el respeto de los individuos y la consideración del imputado como un sujeto de derechos. En consonancia con ello, las normas penales condenan expresamente toda utilización de la violencia, entendiéndose por ésta también el uso de medios hipnóticos o narcóticos.

17. El estudio y conocimiento del cerebro humano –ámbito de la neurociencia- también se ha introducido en el campo del derecho. Si bien en un primer momento su injerencia lo fue en el área del derecho penal sustantivo, vinculado a la tipicidad penal y la imputabilidad, hoy en día se trabaja para posibilitar su utilización en el proceso penal, fundamentalmente en el ámbito probatorio. Dos han sido las técnicas utilizadas o conocidas hasta ahora que afectan directamente al sujeto pasivo del proceso y, aunque difieren las técnicas y conclusiones a las cuales permiten arribar, el objeto de análisis es el mismo: el cerebro del imputado.

18. La primera de ellas es la Resonancia Magnética Funcional (fMRI) que pretende identificar las zonas cerebrales que están relacionadas con la mentira. La ciencia ha determinado que, frente a una tarea o un estímulo específico, se activan determinadas áreas del cerebro porque se acrecienta el volumen de sangre en las mismas. La técnica consiste en introducir una persona en un resonador magnético que funciona como un gran imán y, una vez en su interior, hacerle determinadas preguntas vinculadas con el hecho delictivo investigado. Para poder elaborar las preguntas es necesario que el perito tenga una entrevista con el imputado para precisar qué conocimientos tiene del hecho investigado y cuál es su versión sobre el mismo.

En función de las respuestas, se activarán distintas partes del cerebro que van a ser detectadas por el resonador y su imagen podrá apreciarse en una

pantalla. Algunos estudios concluyen que el intento de mentir está asociado con las regiones ejecutivas del cerebro, es decir, la corteza prefrontal y cingulada anterior.

No existe constancia de que se haya utilizado en el marco de un proceso penal pues todos los estudios se han realizado en laboratorio y sobre casos hipotéticos. Pero si eventualmente se admitiese, se trata sin duda de prueba científica que debe ser practicada por expertos, con aparatología adecuada y el perito deberá elaborar el informe con las conclusiones pertinentes. Ello implica que su práctica puede enmarcarse dentro de las normas referidas a la prueba pericial.

19. Consideramos que es una medida que afecta el derecho a no declarar contra sí mismo y no autoincriminarse. En estos supuestos, el imputado no actúa como objeto de prueba, circunstancia en la cual se le impone un deber de tolerancia respecto del accionar de los órganos estatales. Aquí, el examinado debe entrevistarse previamente con el perito, dar su versión de los hechos, introducirse en el resonador magnético y contestar frente a las preguntas que se le formulen, lo cual pone de manifiesto claramente que se requiere la colaboración activa del imputado. Es por ello que entendemos que sólo el consentimiento libre e informado de éste puede habilitar su práctica y dicho consentimiento en modo alguno puede ser suplido por una autorización judicial.

20. La segunda prueba neurológica es el Potencial Evocado Cognitivo (P300) que ya no pretende determinar si el imputado miente sino qué conocimiento tiene sobre el hecho delictivo investigado, pues habrá circunstancias que sólo podrán ser conocidas por quien ha tenido alguna intervención en el mismo. En otras palabras, se apela a los conocimientos o recuerdos que tiene almacenados en su memoria.

Las neuronas se encienden electrónicamente formando una red de circuitos electrónicos cuando el individuo es expuesto a un estímulo auditivo o visual, produciéndose una onda trescientos milisegundos después. Por ello, mediante una encefalografía se mide esta actividad eléctrica positiva del cerebro del examinado y sus respuestas se contabilizan en un programa informático para concluir si la información que se le ha mostrado es o no conocida por éste.

Para poder desarrollar esta prueba, se elaboran tres tipos de estímulos que le serán presentados al imputado. Los estímulos irrelevantes que no tienen nada que ver con el delito, los sonda o pruebas que contienen información relevante del delito que sólo puede conocer quien ha tenido intervención en el hecho y, por último, los estímulos diana o *targets* que se refieren a circunstancias vinculadas con el hecho delictivo que el sujeto conoce porque se le han informado o porque ha tenido conocimiento a través de la prensa u otro medio de comunicación. Colocados el casco con los sensores en la cabeza del imputado, se le irán mostrando alternadamente estos estímulos, los cuales deben ser vistos varias veces a lo largo de la prueba y deberá el imputado apretar un botón cada vez que los vea para mantener su atención y concentración.

Si la respuesta a los estímulos prueba son más similares a los estímulos diana, se concluye que el imputado conoce la información relevante del delito. Caso contrario, esto es, si son más similares a los irrelevantes, se afirma que el sujeto desconoce los datos que solo puede conocer quien ha participado en el hecho delictivo.

21. Dadas las especiales características de esta técnica, consideramos que afecta el derecho a no declarar contra sí mismo y no autoincriminarse como también el derecho a la intimidad. Ello es así porque el imputado no sólo debe colaborar activamente con su práctica sino también y, fundamentalmente, porque supone la entrada en la mente del sujeto a fin de extraer los datos cognitivos que

posea sobre el hecho investigado. Es cierto que no los verbaliza, pero la indagación referida a si conoce o no circunstancias relevantes del delito puede considerarse una declaración. Tratándose de un derecho absoluto del imputado, su práctica sólo podrá realizarse si media su expreso consentimiento informado, siendo necesario que, previo a requerírsele, se le ponga en conocimiento del procedimiento, las conclusiones que se obtienen y que puede contar con el asesoramiento técnico de su defensor.

Igualmente estimamos que la circunstancia que el imputado no posea ningún control sobre la información que se pretende extraer puede constituir una afrenta al derecho a la intimidad, ya que a partir de los estímulos irrelevantes puede arrojar información que pertenezca a su esfera íntima que no desee revelar.

22. A pesar de tratarse de técnicas muy novedosas, lo cierto es que la neurociencia no alcanza a despejar las dudas que se plantean sobre la fiabilidad de las mismas. Y ello es así por cuanto el cerebro no funciona de una manera parcializada que permita precisar que para una actividad, o frente a un objeto, se utiliza un área específica y circunscripta. Amén de ello, una misma zona cerebral puede estar involucrada en múltiples y variados procesos cognitivos, con lo cual saltan a la vista las objeciones que plantea la Resonancia Magnética Funcional que pretende revelar la zona del cerebro que se activa cuando mentimos.

Tampoco se vislumbran mejores respuestas respecto de la técnica de Potencial Evocado Cognitivo toda vez que los científicos han concluido que la memoria es reconstructiva pues los recuerdos no permanecen inalterables, sino que se va alterando el recuerdo cada vez que se lo evoca, dando lugar a lo que se conoce como reconsolidación de la memoria. Igualmente ha de tenerse en cuenta que que la narrativa personal está basada en memorias verdaderas y en memorias falsas y que son el resultado que realiza una parte del cerebro sobre los datos que le llegan.

En consecuencia, aun cuando se admita su utilización en el proceso penal, lo cierto es que con el grado de conocimiento del cerebro que hasta este momento ha alcanzado la neurociencia no es posible sostener la fiabilidad de los resultados obtenidos por las dos pruebas neurocientíficas y ello excluye su utilización en un proceso penal en forma válida para configurar el nivel convictivo que permita al órgano jurisdiccional fundamentar su decisión.

Capítulo VI

EXCLUSIONES PROBATORIAS

I. Introducción

La necesidad de llegar a determinar la verdad dentro del proceso a fin de que el Estado ejercite el *ius puniendi* cuando ello corresponda, requiere llevar a cabo todas aquellas medidas probatorias que van a permitir arribar a una conclusión sobre la existencia del hecho y la eventual responsabilidad del imputado. No resulta superficial tener presente que el descubrimiento de la verdad real es uno de los fines del proceso penal dentro de la concepción continental europea, de la cual somos herederos en el ordenamiento argentino⁹⁴⁸.

Sin embargo, y como ha sido puesto de manifiesto a lo largo de esta investigación, el descubrimiento de la verdad no puede obtenerse a cualquier costo. Así como no es posible sostener que algunos derechos fundamentales son absolutos, tampoco puede afirmarse que el interés social en la represión de los hechos delictivos no amerite ninguna limitación en cuanto a la consecución del mismo. Si, justamente, el proceso penal debe tender a lograr un equilibrio entre los derechos del individuo y el interés de la sociedad, la determinación de una condena debe basarse en pruebas que hayan sido obtenidas lícitamente por los órganos de acusación. La legitimidad de los medios de prueba utilizados se convierte en un requisito indispensable del debido proceso legal en un Estado de

⁹⁴⁸ Teniendo en cuenta las corrientes reformadoras que existen en el país que tienden hacia un sistema adversarial, deberá ser motivo de futuros análisis los fines del proceso penal. Si bien el tema excede el objeto de este estudio, lo cierto es que en dichos sistemas la verdad no ocupa una posición central en el proceso.

Derecho, legitimidad que se extiende no sólo a los elementos probatorios recabados durante el proceso sino también a aquellos que permiten iniciarlo.

En este sentido afirma Rosatti que “[...] si lo que se pretende es garantizar debidamente el proceso judicial, convirtiéndolo en un instrumento cultural, al servicio de la verdad y el respeto a la dignidad humana, será preciso comenzar “antes del proceso”, en la inteligencia de que el “debido proceso legal” no llegará a funcionar nunca como una verdadera garantía constitucional, si no se asegura previamente el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional”⁹⁴⁹.

La preocupación sobre la legitimidad de los elementos probatorios incorporados en el proceso penal no es nueva y fue en el ámbito de la Justicia donde surgieron las primeras manifestaciones de lo que hoy conocemos como regla de exclusión probatoria⁹⁵⁰. En efecto, pioneras decisiones jurisdiccionales plasmaron la necesidad de excluir del proceso aquellas pruebas que se habían obtenido ilícitamente. En Argentina, la CSJN trató por primera vez el tema en el año 1891 en el señero caso de “Charles Hermanos”⁹⁵¹ en el cual nuestro Máximo Tribunal resolvió eliminar, como elemento de prueba del proceso, documentos que habían sido secuestrados en forma ilícita.

Considera Hairabedián⁹⁵² que, a pesar de la elogiada decisión argentina, en rigor de verdad la primera resolución que esboza lineamientos sobre este tópico

⁹⁴⁹ ROSATTI, Horacio, “El Debido Proceso Legal”, *JA*, 1985-II-833.

⁹⁵⁰ Sostiene Guariglia que la distinción entre exclusión probatoria y prohibición probatoria es puramente semántica pues en el primer caso, se define positivamente como deber de excluir del proceso prueba obtenida ilícitamente, en tanto que, en el segundo, se hace referencia negativamente prohibiendo la utilización de dicha prueba. A pesar de ello, el resultado en ambos casos es idéntico: que el juez no valore ese material probatorio. (GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones...*, op.cit., p.19 y ss.). Teniendo en cuenta que la legislación mendocina se ha decantado por la terminología de “exclusión probatoria”, es que así la vamos a utilizar en este Capítulo sin desconocer las diferentes terminologías utilizadas por los autores.

⁹⁵¹ CSJN Fallos 46:36.

⁹⁵² HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2012, p.46 y ss.

lo encontramos en la jurisprudencia estadounidense que inició un largo camino a partir del fallo *Boyd vs. U.S.* en el año 1886⁹⁵³. En el año 1914 se desarrolló con mayor amplitud la regla de la exclusión, invalidándose las pruebas obtenidas con violación de la IV Enmienda en el renombrado caso *Weeks vs. U.S.*⁹⁵⁴

A pesar de la trascendencia del tema, el camino de las exclusiones probatorias en los tribunales no ha sido uniforme y ha estado vinculado a diversos factores que exceden lo meramente jurídico. No sólo las condiciones políticas e históricas existentes han tenido influencia en su desarrollo, sino también circunstancias sociales, tales como el aumento de las tasas delictivas, la necesidad de control del delito, o el aumento del narcotráfico, que han incidido en la consagración jurisprudencial de distintas excepciones a la regla de exclusión probatoria.

Adviértase que, en nuestro país después del emblemático fallo de 1891 pasaron casi cien años hasta que la CSJN volvió a tratar el tema, entendiendo Hairabedián que “[e]se lapso de abandono de la cuestión presenta una significativa coincidencia con el largo período de crisis institucional [...] por medio principalmente de los golpes de Estado, fraudes electorales, proscripciones y prácticas antidemocráticas que puede fijarse desde el quiebre del Estado de derecho que entronizó a Uriburu en la presidencia en 1930 hasta el fin del autodenominado “Proceso de reorganización nacional” terminado en diciembre de 1983”⁹⁵⁵.

⁹⁵³ Caso *Boyd vs. U.S.*, 116 U.S. 616, 1886. En este caso se cuestionó como prueba una factura que el acusado fue obligado a entregar en contra de su voluntad. La Corte entendió que existía una íntima relación entre la IV Enmienda (garantía contra los registros, requisas y secuestros irrazonables) y la V Enmienda (que protege contra la autoincriminación involuntaria). Sin embargo, para que procediera la exclusión resultaba innecesario que se hubieran violado ambas Enmiendas.

⁹⁵⁴ Caso *Weeks vs. U.S.*, 232 U.S. 383, 1914.

⁹⁵⁵ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita...*, op.cit., p.190. Si bien el análisis de las circunstancias históricas excede ampliamente el objeto de estudio, resulta sumamente interesante el seguimiento que hace el autor en la obra citada no sólo de la evolución jurisprudencial argentina vinculada con el contexto social e histórico sino también de lo ocurrido en la jurisprudencia estadounidense, siendo que ésta última ha sido fuente de distintas decisiones jurisprudenciales en diferentes países. Amén de ello, resulta importante para poder vislumbrar a futuro como puede ser

Este pequeño esbozo nos muestra la complejidad de la temática, la cual tendrá cada vez mayor presencia teniendo en cuenta las posibilidades que la ciencia y los avances tecnológicos brindan a los órganos estatales y que pueden significar un detrimento de los derechos fundamentales del sujeto pasivo del proceso penal. A pesar de ello, es importante resaltar que tanto en el orden nacional como en la legislación provincial, la regla de exclusión ha sido plasmada en los ordenamientos procesales como así también todo lo relativo a su extensión y excepciones, temas que desarrollaremos en los puntos siguientes.

II. Delimitación del concepto de prueba ilícita

La regla de exclusión probatoria permite invalidar la prueba que ha sido obtenida ilícitamente, razón por la cual resulta prioritario determinar cuál es el concepto de prueba ilícita⁹⁵⁶. La necesidad de precisar su contenido deviene de la trascendencia de sus efectos en tanto que dicha prueba va a ser excluida, sin posibilidad de ser utilizada por los órganos jurisdiccionales en sus decisiones y, no pocas veces, esta exclusión va a definir la suerte del proceso.

Sin embargo, dicha tarea no resulta sencilla pues son múltiples las posiciones doctrinales referidas al contenido de la prueba ilícita que parten desde un concepto amplio que engloba toda la prueba obtenida irregularmente hasta posturas más restrictivas que clasifican la prueba en función de la norma inobservada en su adquisición.

utilizada la regla y sus excepciones frente a una criminalidad cada vez más organizada y globalizada. Los diferentes atentados terroristas ocurridos en diversos países dan buena cuenta de ello.

⁹⁵⁶ Si bien hemos tomado el término prueba ilícita no es el único utilizado por la doctrina pues también se utilizan otros, como prueba ilícitamente obtenida, prueba prohibida, prueba ilegal o ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada o incluso prueba irregular. En este sentido, por ejemplo, Huertas Martín considera que la terminología adecuada resulta prueba ilegal porque el concepto de ilicitud encierra diferentes implicaciones éticas y morales (HUERTAS MARTÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal...*, op.cit., p.132).

1. Concepción amplia de prueba ilícita

Dentro de esta posición se define a la prueba ilícita en un único concepto que engloba todos los supuestos de ilegalidad. Así lo sostiene Guariglia⁹⁵⁷, quien considera que las normas de adquisición de prueba son normas potestativas de injerencia mediante las cuales el legislador establece un mecanismo específico de afectación de derechos para obtener elementos de prueba que permitan llegar al descubrimiento de la verdad. Como consecuencia de lo anterior, cuando los órganos de persecución infringen las normas que establecen las condiciones de validez del acto, el resultado de esa actividad irregular sólo puede ser la invalidez de la prueba. En otras palabras, para este autor toda prueba obtenida en infracción de cualquier norma del ordenamiento jurídico debe considerarse prueba ilícita y, como consecuencia de ello, debería quedar excluida del acervo probatorio⁹⁵⁸.

Pareciera estar de acuerdo Maier⁹⁵⁹ con la postura de Guariglia por cuanto coincide en que toda aquella actividad estatal de adquisición de prueba que lesiona una regla procesal integra el ámbito de la ilicitud. Sin embargo, decimos que pareciera coincidir, porque Maier admite la posibilidad de que la ley establezca diferentes consecuencias por la irregularidad cometida, opción que no acepta Guariglia que se decanta siempre por la exclusión probatoria, independientemente de la mayor o menor gravedad de la inobservancia ocurrida.

⁹⁵⁷ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones...*, op.cit., p.157.

⁹⁵⁸ Coincide Miranda Estrampes en cuanto a que, también la prueba irregular o defectuosa por haberse infringido la legalidad ordinaria o por haberse practicado sin las formalidades legalmente establecidas para su obtención, no es una categoría distinta de la prueba ilícita, sino que constituye una modalidad de ésta (MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, p.47).

⁹⁵⁹ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, op.cit., Tomo III, p.120 y ss.

A diferencia de Maier, Poviña⁹⁶⁰ coincide en su totalidad con Guariglia pues considera que la Constitución Nacional contempla la garantía del debido proceso legal en su artículo 18 al establecer que “[n]adie puede ser juzgado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, lo que significa que debe llevarse a cabo un proceso previo y legal integrado por acusación, defensa, prueba y sentencia. Ello implica que se deben cumplir todos los requisitos constitucionales que regulan el procedimiento en todas y cada una de las etapas mencionadas *supra*.

En la apreciación de Poviña, para que la prueba sea válida es necesario que la misma haya sido legalmente adquirida, es decir, siguiendo todos los procedimientos y técnicas establecidos por una ley razonable. Si ello no es así, no se podrá hablar de debido proceso legal formado por acusación, prueba, defensa y sentencia porque la prueba no va a poder ser calificada de legal. Por dicha razón, la exclusión probatoria es una derivación necesaria de la vigencia de la garantía prevista por el artículo 18 de la Carta Magna.

Como consecuencia de esta postura, cualquier inobservancia de la ley en la adquisición de la prueba, aun cuando sea de legalidad ordinaria, implica necesariamente la exclusión de la misma porque su valoración significará una violación de la garantía constitucional del debido proceso legal. Entendemos, sin embargo, que esta posición es bastante imprecisa y extensa toda vez que pueden existir defectos formales, es decir, por inobservancia de alguna norma de la legalidad ordinaria en la adquisición de la prueba que no permita sostener que se encuentra afectado el debido proceso legal. Piénsese *v.gr.*, un acta en la cual falte la firma del testigo de actuación que intervino en el acto, se trataría del quebrantamiento de una forma procesal pero que no justifica excluir ese elemento probatorio. En definitiva, resulta desproporcionado considerar que, en este caso, nos encontramos ante una prueba ilegal.

⁹⁶⁰ POVIÑA, Fernando, *Reglas de exclusión probatoria*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013, pp.139 y ss.

Indudablemente, una comprensión tan extensa del concepto de prueba ilícita en la cual se pretenda incluir la inobservancia de todas las normas vinculadas con la adquisición de la prueba, independientemente del tipo de norma de que se trate, atenta contra el justo equilibrio que debe alcanzarse entre los intereses en conflicto, es decir, el interés individual en el respeto de los derechos del imputado y el interés social en la represión y castigo de quienes cometen hechos delictivos. En función de ello, gran parte de la doctrina categoriza la prueba en consideración a las normas afectadas.

2. Concepto restringido de prueba ilícita

El concepto único de prueba ilícita, que incluya cualquier supuesto de irregularidad en la adquisición de la prueba, implica la exclusión de dicho elemento probatorio, aplicándose en forma desproporcionada la consecuencia más gravosa que se prevé dentro del proceso penal.

Resulta, por tanto, razonable analizar los distintos grados de ilicitud y establecer las consecuencias adecuadas. No toda irregularidad tiene la misma gravedad ni puede conllevar la misma sanción. Así, encontramos parte de la doctrina que realiza divisiones tripartitas en tanto que otros, fundamentalmente en la doctrina argentina, efectúan una diferenciación bipartita.

Entre los primeros encontramos a Huertas Martín⁹⁶¹ quien diferencia tres grupos, a saber: *prueba prohibida* en las cuales se incluyen el uso de métodos que atenten contra la dignidad humana, tales como torturas o el uso de narcoanálisis; *prueba ilegal* que se obtiene en violación de derechos o libertades fundamentales y, *prueba irregular* practicada con violación o en ausencia de los

⁹⁶¹ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal...*, op.cit., p.133.

requisitos procesales o principios que rigen la actividad probatoria. Moreno Catena –citado por Eusamio Mazagatos y Sánchez Rubio-⁹⁶² también hace una división tripartita en *prueba irregular* que implica la violación de una norma reglamentaria, *prueba ilícita* cuando se viole alguna norma relativa al procedimiento probatorio o a la ley material durante la práctica de la prueba y *prueba prohibida* que se refiere a la prueba obtenida o practicada vulnerando derechos fundamentales.

Encontramos, asimismo, quienes realizan una categorización bipartita de la prueba según sea que en la adquisición de la prueba se hayan violado derechos y libertades fundamentales o no. Así Gimeno Sendra⁹⁶³ distingue la prueba *ilícita* que infringe cualquier ley ya sea la Fundamental o la legislación ordinaria; en tanto que la prueba *prohibida o inconstitucional* es la que surge como consecuencia de la violación de normas constitucionales que tutelan derechos fundamentales, siendo que dicha violación puede producirse tanto en su adopción como en su ejecución.

Esta distinción bipartita es la que realiza la gran mayoría de doctrina argentina. En efecto, Edwards⁹⁶⁴ hace referencia a la prueba *ilegal* como aquella que se ha logrado por medio del quebrantamiento de garantías constitucionales, bien sea que la prueba en sí misma esté prohibida (torturas o narcoanálisis) o que el procedimiento lo ha sido en violación de garantías constitucionales. Fuera de estos supuestos estaríamos ante prueba irregular. En el mismo sentido se expresa Hairabedián⁹⁶⁵ pues considera prueba *ilícita* la que ha sido obtenida violando garantías constitucionales, o su reglamentación directa, y prueba *irregular* que es

⁹⁶² MORENO CATENA, Victor, *El Proceso Civil*, (Coord. Escribano Mora), Vol. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2001, citado por EUSAMIO MAZAGATOS, Ester, SÁNCHEZ RUBIO, Ana, *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.72 y ss.

⁹⁶³ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal...*, op.cit., p.416.

⁹⁶⁴ EDWARDS, Carlos, *La prueba ilegal en el proceso penal*, Ed. Lerner, Córdoba, pp.9 y ss.

⁹⁶⁵ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita...*, op.cit., p.38.

la que ha violado normas de rango ordinario que regulan la obtención y práctica de la prueba.

Cafferata Nores⁹⁶⁶ distingue entre obtención ilegal e incorporación irregular. El primer supuesto incluye la prueba ilícita, es decir, los datos probatorios que se obtengan en violación de garantías individuales constitucionalmente reconocidas. El segundo, se refiere a aquellos supuestos que se han violado normas procesales referidas a la forma o modalidad legalmente previstas para la producción de una determinada prueba, es decir, la prueba *irregular*. También Peláez Bardales⁹⁶⁷ distingue entre prueba *ilícita* que se obtiene con infracción de derechos reconocidos como fundamentales en la Constitución y prueba *irregular* que implican una violación de normas legales.

Resulta oportuno aclarar que, en el ordenamiento jurídico argentino y en la doctrina, pareciera que se utiliza el término garantías constitucionales como expresión equivalente a derechos fundamentales. Afirma en este sentido Sagüés⁹⁶⁸ que, si bien la Constitución Nacional aparentemente los distingue ya que utiliza ambos términos en distintas ocasiones, la diferenciación no siempre es nítida. Sin embargo, sostiene Coussirat que las garantías constitucionales, desde la óptica del proceso penal, son “[...] todos los medios o remedios en base a los cuales el individuo sometido a la jurisdicción va a poder preservar en la medida compatible con el interés social, la incolumidad de sus derechos a la vida, la libertad, el honor, la propiedad etc”⁹⁶⁹.

⁹⁶⁶ CAFFERATA NORES, José, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *La prueba en el proceso penal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2011, p.20 y ss.

⁹⁶⁷ PELÁEZ BARDALES, José, *La Prueba Penal*, op.cit., p.235 y ss.

⁹⁶⁸ SAGÜÉS, Néstor, *Manual de derecho...*, op.cit., p.525.

⁹⁶⁹ COUSSIRAT, Jorge, “Las garantías de contenido procesal en las Constituciones Provinciales y en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Derecho Público Provincial y Municipal*, (Dir. Dardo Pérez Guilhou, Coord. María Gabriela Ábalos) Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, Vol. II, p.105.

En este sentido y, en función de las previsiones del artículo 18 de la Constitución Nacional⁹⁷⁰, considera Díaz Cantón⁹⁷¹ que los límites constitucionales para la adquisición de la prueba son básicamente dos, a saber: la garantía *nemo tenetur se ipsum accusare*, es decir, la prohibición de coacción para lograr del imputado, prueba que le sea desfavorable, y la protección de la intimidad vinculada con el domicilio, comunicaciones y papeles privados.

Teniendo en cuenta que la CN data de 1853, el ámbito de intimidad diseñado por los constituyentes se encuentra vinculado con las posibilidades de adquisición de prueba conocidos o admitidos en la época. Sin embargo, consideramos, en coincidencia con Díaz Cantón⁹⁷² que, hoy en día haciendo una interpretación adecuada a la realidad actual, debe tornarse operativa la protección de intimidad al cuerpo humano en su dimensión externa e interna. No en vano, la Dra. Argibay, en su voto en el caso “Gualtieri Rugnone de Prieto”, puso de manifiesto que *[...] es difícil concebir algo más privado que el propio cuerpo. [...] En efecto, el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía personal, por lo que este ámbito debe entenderse incluido dentro del concepto de “vida privada” contenido en las normas internacionales citadas y, por consiguiente, compartir, como mínimo, la*

⁹⁷⁰ Art.18 CN: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidas en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”

⁹⁷¹ DÍAZ CANTÓN, Fernando, “Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba”, *Nueva Doctrina Penal*, 1999-A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, pp.334 y ss.

⁹⁷² *Ibidem*

*misma expectativa de reserva que los lugares expresamente mencionados en el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional*⁹⁷³.

Ha sido ésta, igualmente, la posición de otros tribunales del país. Así la CNCCorr sostuvo que [...] *el artículo 18 de la Constitución Nacional contiene todas las garantías a favor de la persona, el baluarte de la libertad individual. En este artículo se encuentran considerados todos los principios que han de servir de base a la legislación para hacer efectiva la libertad personal, la inviolabilidad del hogar, los secretos de la vida privada y un tratamiento humanitario en los juicios y en las cárceles. Si la persona es inviolable y está tan ampliamente protegida por la Constitución es porque ha sido considerada en toda la extensión de sus atributos; así comprende la conciencia, el cuerpo, la propiedad y la residencia u hogar de cada hombre*⁹⁷⁴.

Dicho esto, vemos que el concepto restringido de prueba ilícita establece una clara distinción en función de la calidad de las normas violadas y se reserva la máxima sanción, que es la exclusión probatoria, sólo a aquellos supuestos en los cuales se afectan normas constitucionales que tutelan derechos fundamentales o garantías constitucionales pues, como afirma Del Moral García, “[l]a eficaz tutela preventiva de los derechos fundamentales es un valor preferible frente a la sanción en todo caso y a toda costa de todos los responsables penales. El sacrificio merece la pena”⁹⁷⁵.

La jurisprudencia argentina ha adoptado también esta postura, incluso antes de que la regla de exclusión tuviera consagración normativa. En este sentido, la CNCP resolvió que [...] *debe ser siempre tutelado “el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio”, ya que aquél no es sino el*

⁹⁷³ CSJN Fallos 332:1769.

⁹⁷⁴ CNCCorr, Sala II, “G., C. y otro s/recurso de apelación”, 16/05/89, LL, 1991-B-274.

⁹⁷⁵ DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Reflexiones sobre la Prueba Ilícita”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La prueba en el proceso penal-II, Año 2009-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.73.

*medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia. Tal deber sólo autoriza a prescindir, en materia de enjuiciamiento penal, por ilícita, de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales*⁹⁷⁶.

Igual criterio siguieron distintos tribunales, distinguiendo la prueba ilícita de la prueba irregular. En este sentido, la CNCCorr frente a un allanamiento sin orden judicial resolvió que [...] *no se cuestionan meras equivocaciones intrascendentes del personal policial sino la transgresión de derechos consagrados por la Ley Suprema en el máximo rango, cual es el de la inviolabilidad del domicilio, bastión sagrado de la intimidad de la persona*⁹⁷⁷.

De tal forma, esta distinción realizada por la jurisprudencia, y admitida por gran parte de la doctrina, ha sido receptada en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos que legislan sobre las exclusiones probatorias, limitando el concepto de prueba ilícita a aquella que ha sido obtenida en violación de garantías constitucionales o derechos fundamentales⁹⁷⁸. En los supuestos de prueba irregular, dependerá de la irregularidad de que se trate si puede

⁹⁷⁶ CNCP, Sala III, “K., C. p/ recurso de casación”, 25/04/94.

⁹⁷⁷ CNCCorr, SalaVI, “G.E., J.M. s/recurso de apelación”, 04/08/83.

⁹⁷⁸ También encontramos esta diferenciación en la jurisprudencia comparada. Así la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha resuelto que [...] *se han precisado las consecuencias de una prueba ilícita o una prueba ilegal. Tratándose de la primera, esto es, la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, etcétera, o las que para su realización o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ha de ser necesariamente excluida sin que pueda ser sopesada en manera alguna por el juzgador, ni siquiera tangencialmente. Ahora, respecto de la segunda, cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, esto es el debido proceso probatorio también ha de ser excluida siempre que la formalidad pretermitida sea esencial, pues no cualquier irregularidad acarrea su retiro del acervo probatorio* (Sentencia del 20/05/09 citada en *Revista de Derecho Procesal Penal*, La investigación penal preparatoria-II, Año 2011-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, p.599 y ss). En sentido similar el Tribunal Superior español resolvió que [...] *cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse la sentencia condenatoria. Otra cosa quizá haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada su consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza.* (STS 2943/1990, de 29 de marzo, FJ 2, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Joaquín Delgado García).

encuadrarse en una nulidad absoluta o nulidad relativa que permite la subsanación del acto⁹⁷⁹.

III. Fundamento de las exclusiones probatorias

El nacimiento de la regla de exclusión lo encontramos en la jurisprudencia que, a partir de los principios rectores del proceso que emanan de la Constitución Nacional, marcó el camino a seguir cuando la prueba había sido obtenida en violación de aquéllos. A punto tal es así, que fue bastante más tarde cuando los distintos ordenamientos procesales plasmaron en sus disposiciones la regla ya enunciada por nuestro Máximo Tribunal⁹⁸⁰.

Por dicha razón y, más allá de las elaboraciones que pudiera realizar la doctrina, los fundamentos que justifican la exclusión de la prueba ilícita fueron establecidos por la CSJN en sus decisiones y éstos han sido mantenidos en fallos posteriores con algunas variaciones. Sin perjuicio de ello, coincidimos con Hairabedián⁹⁸¹ en que no existe consenso en la doctrina en torno a determinar cuáles son los fundamentos de las sanciones probatorias, ni tampoco encontramos uniformidad en la jurisprudencia de los distintos países. Adviértase que, aun cuando nuestro Máximo Tribunal ha seguido en varios temas la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, lo cierto es que, en materia

⁹⁷⁹ Tema sobre el que volveremos al analizar la prueba irregular.

⁹⁸⁰ No todos los códigos de procedimientos del país legislan sobre exclusiones probatorias. En el caso de la Provincia de Mendoza fue con la sanción del nuevo CPP del año 1999 que se reguló sobre el tema pues el sistema de enjuiciamiento mixto establecido en el año 1950 no lo estableció. La Provincia de Córdoba, que fue fuente del CPP mendocino, no sólo incluyó las exclusiones probatorias en su legislación procesal, sino que también las reguló en la Constitución de la Provincia. En Mendoza, la Constitución Provincial data del año 1916 y a pesar de los intentos de los distintos gobiernos de turno, no se ha realizado ninguna reforma integral y no hace mención al tema de exclusiones probatorias.

⁹⁸¹ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita...*, op.cit., pp.50 y ss.

de exclusiones probatorias, las razones en las cuales se fundamentan uno y otro no han coincidido⁹⁸².

Como mencionamos al comenzar el Capítulo, el primer caso tratado por la CSJN fue “Charles Hermanos” en el cual se habían obtenido pruebas de la comisión de un hecho delictivo en un allanamiento ilegal pues no contaba con la orden judicial, quebrantando la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio. La Corte Suprema se pronunció por la inadmisibilidad de los medios de prueba obtenidos en base a criterios fundamentalmente de carácter ético. Así sostuvo en referencia a los elementos probatorios incorporados que [...] *siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles*⁹⁸³.

Después de esta decisión, la CSJN no volvió a tratar el tema por considerar que la materia probatoria, procesal y fáctica era ajena al recurso extraordinario federal⁹⁸⁴. Pasados casi cien años, se pronuncia nuevamente en el año 1981 en “Montenegro” en el cual se había obtenido pruebas por medio de torturas,

⁹⁸² El análisis de los distintos fundamentos dados por la doctrina y la jurisprudencia comparada excede ampliamente el objeto de este trabajo, por lo que sólo nos vamos a remitir a los fundamentos dados por la CSJN. Para profundizar el tema, puede consultarse HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ed. Ad Hoc, GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Ed. Del Puerto, POVIÑA, Fernando, *Reglas de exclusión probatoria*, Ed. Astrea, entre otros.

⁹⁸³ CSJN Fallos 46:36.

⁹⁸⁴ La Ley n°48 regula el recurso extraordinario federal, estableciendo el art. 14: “Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1. Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en el nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.
2. Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.
3. Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.”

afirmando que [...] otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito⁹⁸⁵. Como puede advertirse, el Címero Tribunal pone de relieve el comportamiento ético que debe observar el Estado, no pudiendo la administración de justicia obtener beneficios de la comisión de un delito cometido por los funcionarios policiales. Incluso en este fallo descarta la posibilidad de sancionar al investigador que cometió la infracción por considerar que ello resulta insuficiente frente a la violación de garantías constitucionales, afirmando que [...] el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios.

Este principio ético fue reafirmado en el caso “Fiorentino” en el que también se había llevado a cabo un allanamiento sin orden judicial. Amén de este fundamento axiológico, rechaza la posibilidad de que el fin de persecución penal justifique la utilización de cualquier medio al sostener que [...] la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo, y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales⁹⁸⁶.

⁹⁸⁵ CSJN Fallos 303:1938.

⁹⁸⁶ CSJN Fallos 306:1752. Resultan por demás ilustrativas, por su actualidad, las afirmaciones sobre el tema que realiza el Dr. Petracchi en su voto particular sosteniendo que [...] la experiencia demuestra que no es por esa vía espúrea y destructiva que puede mejorarse la seguridad general que sólo florece y medra si se procura el perfeccionamiento profesional de los cuadros policiales, dotándolos de un nivel decoroso de existencia y de los medios modernos de investigación, y más aún, en el plano general, a través de la elevación de las condiciones de vida y del pulimiento de la organización social, al que no es ajeno el suministro eficaz de una correcta educación cívica. La aspiración legítima a que se imponga el valor seguridad se frustra, según lo comprueba hasta el hartazgo la historia argentina, por la vía del autoritarismo, y se vislumbra, en cambio, en las perspectivas que abren las sendas de la libertad.

Como puede advertirse, el fundamento dado por la CSJN es profundamente ético, pues considera que si compete a los jueces sancionar a quienes violen la ley deben dar el ejemplo, cumpliéndola y la condena que dicten no puede tener como basamento la prueba obtenida mediante el quebrantamiento de una garantía constitucional. El servicio de justicia no puede beneficiarse de un hecho ilícito.

Si bien es cierto que el Címero Tribunal ha hecho referencia a un conflicto de intereses entre la sanción por el incumplimiento de la ley y la prohibición de vulnerar los derechos de los individuos, lo cierto es que siempre se ha decantado por éste último, considerando que no pueden quedar en letra muerta las garantías establecidas por la Constitución Nacional. En este sentido, resolvió que [...] *el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad –su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley, y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley- ha sido resuelto dando primacía a este último*⁹⁸⁷. Vuelve a reiterarse en este fallo, pues, el fundamento ético de evitar que la justicia sea beneficiaria de hechos ilícitos.

La doctrina de la CSJN ha sido mantenida hasta la actualidad, resolviendo que [...] *no es posible aprovechar las pruebas obtenidas por vías ilegítimas, así como las que se hubieran originado a partir de aquéllas, ya que de lo contrario se compromete la buena administración de justicia*⁹⁸⁸. Ello pone de manifiesto que más allá de todas las elaboraciones doctrinarias en cuanto a los motivos que dan sustento a la regla de exclusión, para nuestro Máximo Tribunal el fundamento ético sigue siendo la razón principal que justifica que se omita valorar prueba obtenida ilícitamente, evitando así que la administración de justicia saque provecho de sus propias ilicitudes. Concuera Midón que

⁹⁸⁷ CSJN Fallos 310:1847.

⁹⁸⁸ CSJN P.528.XLVI.REX. Este fallo es de fecha 17/09/13, lo cual evidencia que la integración anterior de la CSJN mantuvo la doctrina adoptada en el año 1891 en el caso “Charles Hermanos” ya citado. No ha habido ninguna decisión del Máximo Tribunal sobre el tema después de la incorporación en el año 2016 de los jueces Rossati y Rosenkrantz.

considera que “[...] estamos convencidos que, por esencia, por naturaleza y hasta por necesidad el Derecho tiene en la ética el más firme baluarte que, cual brújula para el navegante, guía su accionar por los mares del mundo. De los contenidos morales que nutren el Derecho se desprenden ideas de justicia, solidaridad, paz, poder, cooperación, seguridad, orden, etcétera, porque es innegable que una ciencia social que abdique de principios elementales de convivencia, como son los que sostienen dichos valores, más que como construcción lógica luce como técnica encaminada a legitimar el uso de la violencia estatal”⁹⁸⁹.

Así las cosas, los cimientos de la regla de exclusión en nuestro ordenamiento se encuentran en un fundamento ético que impide al Estado valerse de pruebas obtenidas en violación de garantías constitucionales, aun cuando ello atente contra el descubrimiento de la verdad real. Como sostiene Carrió “[n]o tengo duda de que la regla de exclusión es un golpe considerable al objetivo de saber qué pasó y quién es el culpable de lo que ha pasado. Pero mientras la Constitución siga queriendo que el domicilio sea inviolable, que no nos veamos obligados a declarar en nuestra contra, que no seamos arrestados sino a partir de ciertos supuestos y demás, no me parece mal que el Estado se autolimita en sus facultades y posibilidades de averiguación de la verdad. La regla de exclusión y la búsqueda de la verdad objetiva son cosas que apuntan a objetivos diferentes. Es mejor que aprendan a tolerarse mutuamente”⁹⁹⁰.

Sin embargo, éste fundamento de la regla de exclusión no sólo determina la extensión de los efectos que puede tener la prueba ilícita, sino que también tiene consecuencias sobre las posibles excepciones a dicha regla en tanto que pueden verse sumamente limitadas.

⁹⁸⁹ MIDÓN, Marcelo, *Pruebas Ilícitas*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, p.80

⁹⁹⁰ CARRIÓ, Alejandro, “Gordon: un caso problemático sobre allanamiento y detención”, *LL*, 1989-B-456.

IV. Exclusiones probatorias en el CPPNación y CPPMza

1. Consagración en las legislaciones procesales

La regla de exclusión probatoria, a pesar de su temprano nacimiento en la jurisprudencia, no tuvo una pronta recepción legislativa aun cuando, desde 1891, fueron varias las provincias argentinas que modificaron sus ordenamientos procesales. Esta circunstancia llevó a la doctrina a sostener que, aunque faltara una regulación legal que determinara las consecuencias de haber obtenido un elemento probatorio en violación de garantías constitucionales, la propia operatividad de éstas, privaba de todo valor a dichos elementos probatorios.

En tal sentido, afirma Poviña⁹⁹¹ que la regla de exclusión puede incluirse en lo que la doctrina ha dado en llamar nulidades virtuales o implícitas toda vez que no tienen una conminación legal expresa, pero son deducidas de la regularidad del sistema⁹⁹². Concuera Cafferata Nores, al sostener que la única forma de evitar que una prueba obtenida en violación de garantías constitucionales surta efectos probatorios es anulando los actos procesales que la contienen aun cuando la nulidad no esté expresamente prevista pues “[...] aunque no hubiera reglamentación expresa, la tutela de las garantías individuales expresamente reconocidas, exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas, sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez. Para eso están las garantías”⁹⁹³.

⁹⁹¹ POVIÑA, Fernando, *Reglas de exclusión...*, op.cit., p.206.

⁹⁹² Binder critica la terminología de nulidades virtuales e implícitas ya que considera que cuando se contraviene la Constitución Nacional se trata de la invalidez más directa posible. Por lo cual esta categorización como nulidad virtual o implícita deviene en innecesaria (BINDER, Alberto, *El incumplimiento de las formas...*, op.cit., p.56, nota 66).

⁹⁹³ CAFFERATA NORES, José, *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1994, pp.136 y ss.

En sentido similar afirma Carrió⁹⁹⁴ que, si la propia Constitución garantiza a todos los habitantes la inviolabilidad del domicilio, que se podrá arrestar en determinadas condiciones, que no se va a ejercer coacción para obligarlo a declarar, etc., lo razonable es suponer que la Constitución no puede permanecer indiferente frente a la violación de dichas garantías, es decir, es la propia Constitución la que impone la exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente. Ésta fue la postura asumida también por la CSJN desde sus primeros pronunciamientos al declarar inadmisibles dichos elementos probatorios, doctrina que fue seguida en general por todos los tribunales inferiores como, por ejemplo, la CNCCorr que resolvió que [...] *la Constitución no quiere que se allane el domicilio sin orden judicial; el acto que viole la prohibición será ilegal y por tanto inválido; y si la Constitución no quiere eso tampoco puede conceder eficacia alguna a la prueba que se obtenga de tal modo, porque entonces ello importaría vaciar de contenido a las garantías de la inviolabilidad del domicilio, lo que es lo mismo que proceder, dentro del marco del proceso, a su lisa y llana supresión. Se afectaría así una de las condiciones esenciales del juicio*⁹⁹⁵.

Sin perjuicio de que algunas decisiones jurisprudenciales admitían la exclusión de la prueba como consecuencia directa de las propias garantías constitucionales, diferentes legislaciones procesales fueron incorporando en sus disposiciones la regla de exclusión probatoria con distintos alcances. Tal fue la situación de la legislación mendocina que la introdujo expresamente con la

⁹⁹⁴ CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales...*, op.cit., p.347 y ss. Díaz Cantón llega a la misma conclusión pues entiende que las restricciones que pudieran imponerse a la actividad probatoria perderían sentido si su inobservancia no provocara la inadmisibilidad de dicha prueba en el proceso o la exclusión de la que ya ha sido incorporada (DÍAZ CANTÓN, Fernando, “Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba”, *Nueva Doctrina Penal*, 1999-A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, p.337).

⁹⁹⁵ CNCCorr, Sala I, “M. De P., T. s/recurso de apelación”, 10/08/84, *LL*, 1984-D-378. En definitiva, esta tesis coincide con la posición que en España surge de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, [a]un careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de “inviolables” (art.10.1. de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. (FJ 4). Con posterioridad la LOPJ 6/1985 de 1 de julio estableció en el art. 1.1. “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

modificación del sistema de enjuiciamiento en el año 1999, estableciendo una reglamentación completa no sólo en cuanto a sus consecuencias y extensión, sino también consagrando la posibilidad de una excepción a la exclusión⁹⁹⁶.

Como puede advertirse de la redacción del artículo, el legislador mendocino adopta un concepto restringido al limitar la prueba ilícita sólo a la que ha sido obtenido en violación de garantías constitucionales, excluyendo de la regla a la prueba irregular que deberá regirse por las disposiciones vinculadas a la nulidad de los actos procesales. En otras palabras, cuando en la adquisición de algún elemento probatorio se haya violado una garantía constitucional, esa prueba no va a poder ser valorada en el proceso, va a perder toda su eficacia probatoria.

Distinta ha sido la regulación establecida en el ordenamiento nacional en tanto que no establece una regla precisa de exclusión probatoria, circunstancia que llama la atención teniendo en cuenta que se trata de una doctrina absolutamente consolidada en la jurisprudencia y que la norma sancionada es bastante reciente⁹⁹⁷. A diferencia de la legislación procesal provincial, se establece en normas dispersas distintas referencias a los elementos probatorios, lo cual atenta contra la claridad y sistematización de la regla de exclusión, por lo menos, en la forma en que fuera tratada por la jurisprudencia. Así encontramos dentro del Título referido a los principios y garantías procesales el artículo 10, que regula lo atinente a la apreciación de la prueba⁹⁹⁸. En el Título que reglamenta la validez de los actos procesales el artículo 122 determina los

⁹⁹⁶ Art.207 CPPMza: Exclusiones Probatorias “Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.”

⁹⁹⁷ Como hicimos referencia si bien se ha suspendido la entrada en vigencia de la ley, la misma fue aprobada y promulgada en el año 2014.

⁹⁹⁸ Art.10 CPPNación: Apreciación de la prueba “Las pruebas serán valoradas por los jueces según sus libres convicciones, observando las reglas de la lógica los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Los elementos de prueba sólo tendrán valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales y de este Código.”

principios generales sobre la invalidez de los actos procesales⁹⁹⁹ y, por último, en el Libro Cuarto, que regula los medios de prueba, el artículo 127 se refiere a la libertad probatoria¹⁰⁰⁰.

De tal forma, es posible concluir del análisis de las normas mencionadas que se establece un concepto extenso de prueba ilícita en tanto que abarca no sólo a las disposiciones de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales, sino también las disposiciones del Código, es decir, la legislación ordinaria. En otras palabras, toda infracción a las normas sobre adquisición y producción de prueba carece de eficacia probatoria y no van a poder ser utilizados para fundar ninguna decisión judicial ni ser presupuesto de la misma, sin importar la jerarquía de la norma infringida.

Nosotros disentimos con dicha regulación. Indudablemente no puede tener el mismo tratamiento una medida probatoria que se ha obtenido en violación de garantías constitucionales que aquella que no ha observado una norma vinculada con alguna formalidad procesal. Coincidimos en este punto con Midón¹⁰⁰¹ en cuanto que la prueba ilícita debe ser una noción más estricta y rigurosa que exige algo más que la simple inobservancia de un precepto legal. Es por ello que consideramos más adecuada la legislación provincial pues la imprecisión del ordenamiento nacional puede dar lugar a interpretaciones arbitrarias y desproporcionadas. Valgan en este sentido las palabras de la CSJN al hacer

⁹⁹⁹ Art.122 CPPNación: Principios generales “No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y en este Código.

Tampoco podrán ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas, que obsten al ejercicio del derecho a la tutela de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del representante del Ministerio Público Fiscal.”

¹⁰⁰⁰ Art.127 CPPNación: Libertad probatoria “Podrán probarse los hechos y circunstancias de interés para la solución concreta del caso, por cualquier medio de prueba, salvo que se encuentren expresamente prohibidos por la ley o restrinjan derechos o garantías constitucionales tuteladas.

Además de los medios de prueba establecidos en este Código se podrán utilizar otros, siempre que no vulneren garantías constitucionales y no obstaculicen el control de la prueba por los demás intervinientes.”

¹⁰⁰¹ MIDÓN, Marcelo, *Pruebas ilícitas*, op.cit., p.31.

referencia a casos de extrema gravedad como lo fue en nuestro país el atentado a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) en el cual murieron ochenta y cinco persona y ciento veinte resultaron lesionadas, considerando que [...] dicha magnitud –obvio es decirlo- no debe ser entendida en modo alguno como salvoconducto para vulnerar los derechos de los imputados. Sin embargo, ello no autoriza a descartar con ligereza parte de las pruebas acumuladas en el legajo, sin que a su respecto se hubiera comprobado violación de garantía constitucional alguna, puesto que, en el caso, la extrema gravedad de los hechos, así como su repercusión y desgraciadas consecuencias, imponen el mayor de los esfuerzos en la recolección de evidencias en pos de arribar a la verdad material¹⁰⁰².

2. Consecuencias y extensión de sus efectos

2.1 Disposiciones normativas

Teniendo presente la regulación que hacen las legislaciones nacional y provincial en lo atinente a las exclusiones probatorias, veremos ahora, cuáles son las consecuencias previstas en la ley cuando se determina que un elemento probatorio ha sido obtenido en violación de garantías constitucionales.

Comenzando por el ordenamiento provincial, el legislador ha determinado que dicha prueba va a carecer de eficacia probatoria. En otras palabras, ese medio de prueba no va a poder ser valorado por el órgano judicial ni va a poder cimentar ninguna decisión jurisdiccional. Este efecto resulta independiente de la normativa referida a las nulidades procesales puesto que la propia ley establece su ineficacia. No resulta inapropiado, por las diferentes consecuencias, conocer cuáles son los efectos que se derivan de uno y otro sistema.

¹⁰⁰² CSJN Fallos 332:1210.

Efectivamente, la exclusión y la nulidad tienen en común que privan de efecto al acto viciado pero ello no significa que deban equipararse. En este sentido, sostienen Cafferata Nores y Hairabedián que la exclusión abarca una mayor cantidad de actos que la nulidad ya que mientras ésta “[...] recae sobre actos procesales, las exclusiones probatorias comprenden no sólo los actos del proceso, sino también los cumplidos fuera del mismo, aun antes de su comienzo y por personas que no son sujetos procesales”¹⁰⁰³. Tal sería el supuesto de la actividad llevada a cabo por los funcionarios policiales, *v.gr.*, en un allanamiento ilegal o, en una medida de investigación corporal, la actividad desarrollada por los médicos.

Asimismo, consideran los autores que la posibilidad de extender los efectos de la ineficacia en los casos de exclusión es mayor que en la sanción de nulidad. Teniendo en cuenta que nuestro sistema procesal establece una concepción legalista y restrictiva de la nulidad¹⁰⁰⁴, sus efectos se van a limitar a aquellos actos que dependan jurídicamente del acto de viciado, es decir, cuando uno sea el presupuesto legal del otro. En cambio, la extensión prevista para las exclusiones probatorias en función de la teoría del fruto del árbol envenenado¹⁰⁰⁵ es mucho mayor toda vez que se extiende a los actos que dependen lógicamente o fácticamente del defectuoso.

Debemos considerar también los efectos que para el proceso acarrea una declaración de nulidad y la exclusión de un elemento probatorio pues, como afirma Chaia¹⁰⁰⁶, en el primer caso la actividad se retrotrae hasta el momento

¹⁰⁰³ CAFFERATA NORES, José, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *La prueba...*, op.cit., pp. 30 y ss.

¹⁰⁰⁴ En el ordenamiento procesal de Mendoza se establece un sistema de nulidad de conminación taxativa, es decir, la ley establece expresamente en qué supuestos corresponde declarar la nulidad. Ello implica que debe ser la norma la que prevea la nulidad, ya sea en forma genérica o específica, caso contrario, se considera que el vicio carece de entidad suficiente para invalidar el acto, valoración que surge exclusivamente de la ley.

¹⁰⁰⁵ Tema que desarrollaremos en el punto siguiente.

¹⁰⁰⁶ CHAIA, Rubén, *La prueba en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p.136.

anterior al acto invalidado, en cambio, la exclusión implica la imposibilidad de valorar esa prueba pero el proceso no vuelve a una etapa anterior. Por eso la exclusión opera hacia el futuro, extirpando los efectos, pero no hacia etapas anteriores.

Teniendo en cuenta ello, podemos sostener que la consecuencia de la exclusión y de la nulidad son similares en cuanto significan la pérdida de eficacia del acto, pero entendemos que la regla de exclusión resguarda en mayor medida los derechos del imputado en tanto se desprende del régimen legalista previsto para las nulidades. Ello no significa que sean sistemas absolutamente desvinculados puesto que, si la prueba ilícita ingresó al proceso y la misma sirvió para fundar en forma dirimente la decisión judicial, ésta será nula por cuanto debió excluir dicho elemento probatorio y no lo hizo.

Ahora bien, no solamente se debe excluir la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales, sino que tampoco puede iniciarse un proceso en base a dichos elementos probatorios. Así lo sostuvo la SCJMza al resolver que *[l]a investigación penal preparatoria sólo puede iniciarse frente a la hipótesis de la comisión de un delito (noticia criminis) puesta en conocimiento del Fiscal en legal forma, por lo que el anoticiamiento no puede obtenerse a través de prueba ilícita. Es decir, el Fiscal puede servirse de cualquier información sobre la posible existencia del delito, siempre que no tenga un origen ilegal, y será ilegal por tornarse ineficaz cuando viole garantías constitucionales*¹⁰⁰⁷.

Dicho esto, corresponde analizar cuál es la suerte del proceso cuando una prueba es obtenida ilícitamente, es decir, constatada la pérdida de la eficacia de dicho elemento probatorio, debe determinarse la incidencia que la exclusión del

¹⁰⁰⁷ SCJMza, LS408-110.

mismo tiene para el proceso¹⁰⁰⁸. En este punto discrepamos con la posición de Pastor que considera que no basta con la simple expulsión del medio probatorio, sino que, la comprobación de la existencia de una prueba ilícita debe conducir, directamente, a “[...] la conclusión anticipada del proceso en beneficio del imputado, a la descalificación de todo el proceso, a la descalificación del Estado para perseguir penalmente en el caso concreto”¹⁰⁰⁹.

En una posición bastante extrema, considera el autor que si no se concluye anticipadamente el proceso siempre va a existir un margen de juego para que el decisionismo judicial justifique la valoración de la prueba o, incluso, mantenga viva, por vía indirecta, su fuerza probatoria a través de la influencia que la misma puede generar en el tribunal de juicio a pesar de haber sido excluida. Acertadamente le contesta Guariglia¹⁰¹⁰, al considerar que la propuesta de Pastor sólo puede ser posible desde el prisma de una completa desconfianza hacia el sistema de justicia penal. No puede conducir a ningún buen resultado basar la dogmática procesal en una lisa y llana presunción de la deshonestidad de los órganos de persecución y justicia penales.

Dejando de lado esta discutible elaboración de Pastor, lo cierto es que la exclusión de prueba ilícita no conlleva necesariamente la culminación del proceso por una sentencia absolutoria. En este punto, deberá determinarse si el resto del material probatorio una vez eliminada la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales, permite alcanzar el grado de certeza para determinar la responsabilidad penal del imputado. Esta ha sido justamente la posición adoptada por la CSJN en diversos pronunciamientos sobre el tema.

¹⁰⁰⁸ No nos referimos en este punto a la extensión de los efectos de la prueba ilícita ni a las posibles excepciones a la exclusión que serán objeto de tratamiento aparte. En el caso planteado, la prueba ilícita ha sido correctamente excluida.

¹⁰⁰⁹ PASTOR, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, pp.564 y ss.

¹⁰¹⁰ GUARIGLIA, Fabricio, Fabricio, *Concepto, fin y alcance...*, op.cit., p.192 y ss.

Así resolvió que [...] *es improcedente el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que, si bien estableció la ilegalidad del allanamiento efectuado sin orden judicial, consideró que la condena se mantenía incólume al sustentarse en otros elementos de prueba legalmente incorporados a la causa, pues el método utilizado es plenamente válido para determinar, en el procedimiento de exclusión probatoria, si suprimido el eslabón viciado subsisten otras pruebas eficaces para sustentar la imputación*¹⁰¹¹. En el mismo sentido, la CNCP dijo que [...] *la regla de exclusión erradica del proceso los medios probatorios logrados mediante la inobservancia de las garantías individuales. Consecuencia de ello, es que el órgano jurisdiccional –en resguardo del debido proceso- no podrá basar su sentencia en prueba viciada debiendo prescindir de ella y sustentar su decisión en las remanentes, que no fueren fruto de la ilegitimidad originaria*¹⁰¹².

De tal manera, la regla de exclusión implica la prohibición de valorar aquel material probatorio obtenido ilícitamente y, como bien afirma Chaia¹⁰¹³, esta circunstancia no sólo debe verse reflejada en el proceso mediante una resolución que así lo disponga, sino que, también, en una instancia posterior que lo complementa, debe producirse un total apartamiento de la prueba y de los actos dictados bajo su influjo, como material de análisis, a la hora de resolver en el caso concreto. Concuera Arazi¹⁰¹⁴ al sostener que, al valorarse la totalidad de la prueba, deberá excluirse la prueba ilícita sin anular el proceso y la decisión que eventualmente se tome, deberá serlo sin tener en consideración ese material probatorio ilícitamente obtenido.

Así, en la legislación provincial la disposición que regula el tema establece un procedimiento suficientemente claro en cuanto a los efectos que produce en el

¹⁰¹¹ CSJN Fallos 330:1497.

¹⁰¹² CNCP, Sala IV, “B., R. s/recurso de casación”, 27/12/99.

¹⁰¹³ CHAIA, Rubén, *La prueba en el proceso...*, op.cit., pp.134 y ss.

¹⁰¹⁴ ARAZI, Roland, “Prueba ilícita y prueba científica. Conceptos generales”, *Prueba Ilícita y Prueba Científica*, (Dir. Roland Arazi), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p.31.

proceso la prueba ilícita. Sin embargo, no podemos llegar a la misma conclusión respecto del ordenamiento nacional pues no solamente contempla un concepto amplio de prueba ilícita, sino que tampoco determina con claridad sus efectos más allá de afirmar que carecen de valor dichos elementos probatorios.

En una primera y rápida respuesta podríamos concluir que el sistema es similar al previsto en la ley mendocina porque priva de eficacia probatoria a los elementos obtenidos en violación de las disposiciones de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales y las propias normas de legislación ordinaria. Pero entendemos que ello no resulta del todo adecuado toda vez que, expresamente, incluye estos supuestos dentro de Título referido a la invalidez de los actos procesales. En otras palabras, el legislador ha incluido dentro del régimen de nulidades lo atinente a la prueba ilícita.

En este régimen, la norma prevé la posibilidad de saneamiento de los defectos procesales¹⁰¹⁵ y la declaración de nulidad en caso de que lo anterior no resulte posible.¹⁰¹⁶ Se trata, pues, de una regulación bastante confusa en tanto que mezcla las situaciones de violación de garantías constitucionales con aquellos defectos formales que derivan de las normas procesales. La única diferencia entre unas y otras es que, en el caso de las primeras, el procedimiento no podrá retrotraerse a etapas anteriores. Afirma Pastor¹⁰¹⁷ que se trata de un régimen bien amplio exclusivamente para las disfunciones de forma que afectan al imputado y

¹⁰¹⁵ Art.123 CPPNación: Saneamiento “Todos los defectos deberán ser inmediatamente saneados, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo el acto omitido, de oficio o a petición del interesado.

Si la invalidez se fundase en la violación de una garantía establecida a favor del imputado, el procedimiento no podrá retrotraerse a etapas anteriores.

Se entenderá que el acto se ha saneado si no obstante la irregularidad, hubiera conseguido su fin respecto de todos los interesados.”

¹⁰¹⁶ Art. 125 CPPNación: Declaración de nulidad “Si no fuera posible sanear un acto ni se tratase de casos de convalidación, el juez deberá declarar su nulidad señalándolo expresamente en la resolución respectiva, de oficio o a petición de parte.

La nulidad de un acto invalida todos los efectos o los actos consecutivos que dependan directamente de éste.”

¹⁰¹⁷ PASTOR, Daniel, *Lineamientos del nuevo Código Procesal...*, op.cit., pp.76 y ss.

que, además, no es necesario para la invalidez del acto que la inobservancia esté expresamente conminada con esa consecuencia.

Si bien esta regulación amplia salva las objeciones que pueden significar un régimen de nulidades legalista y taxativo, no es menos cierto que esta amplitud en la forma de regular las exclusiones probatorias deja lugar a posibles interpretaciones de la jurisprudencia en cada caso en particular, convirtiéndose en una vía peligrosa e insegura. Es por ello que consideramos que la regulación que realiza la legislación provincial sobre las exclusiones probatorias resulta más adecuada y precisa en resguardo de los derechos del imputado pues, como veremos a continuación, también determina la extensión de los efectos de la prueba ilícita y sus posibles excepciones, acotando de tal manera las posibilidades de interpretación judicial.

2.2 Teoría del fruto del árbol envenenado

La extensión de los efectos de la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales también se la debemos a la decisión de los órganos jurisdiccionales. Y también fue la jurisprudencia norteamericana quien elaboró la teoría que hoy conocemos como “fruto del árbol venenoso o árbol envenenado”. Nos dice Salas Calero¹⁰¹⁸ que la misma consiste en excluir no sólo la prueba obtenida como resultado directo de la violación constitucional sino también las pruebas derivadas de esa violación original, aunque sean lícitas en sí misma. En palabras de Pinto “[...] se excluyen aquellas evidencias que son *fruto* de la ilegalidad originaria”¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁸ SALAS CALERO, Luis, “Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatorias”, *Prueba y proceso penal*, (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.481 y ss.

¹⁰¹⁹ PINTO, Ricardo, *La investigación penal y las garantías constitucionales*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2009, p.280.

El origen de la teoría se encuentra en la sentencia del caso *Silverthorne Lumber Co vs. U.S.*, del año 1920 en la cual se rechazó que se abriera un nuevo proceso con base en una prueba que se había obtenido ilegítimamente en un proceso anterior¹⁰²⁰. Sin embargo, fue recién en el año 1939 que se utilizó la expresión “frutos del árbol envenenado” en el caso *Nardone vs. U.S.*¹⁰²¹ considerando que las pruebas que pretendía utilizar el Gobierno no eran independientes de prueba originalmente viciadas y, por lo tanto, no podían ser utilizadas.

En Argentina fue igualmente la jurisprudencia de la Corte Suprema la que precisó la extensión de los efectos de la prueba ilícita sobre prueba que, si bien no presentaba vicio alguno, tenía su origen en aquélla. La primera mención sobre esta teoría la podemos encontrar en el fallo “Montenegro”¹⁰²² aunque no en forma directa. Así, teniendo en cuenta las expresiones utilizadas, podemos decir que el Máximo Tribunal dejó abierta la puerta para receptar posteriormente la doctrina. En efecto, la Corte sostuvo que no correspondía *otorgar valor al resultado de un delito* y que resultaba contrario a la buena administración de justicia pretender *constituirla en beneficiaria de un hecho ilícito*.

Posteriormente, en el caso “Fiorentino”¹⁰²³ vuelve a hacer mención a los frutos de un procedimiento ilegítimo, descartando su validez probatoria pues ello equivaldría a admitir la utilidad de medios ilícitos en la persecución penal. Sin

¹⁰²⁰ Caso *Silverthorne Lumber Co vs. U.S.*, 251 U.S. 385, 1920. En este caso, mientras los imputados estaban retenidos, funcionarios gubernamentales fueron a las oficinas de la compañía y, sin orden judicial, realizaron un registro de todos los libros, papeles y documentos. Los imputados solicitaron la devolución de los documentos y, previo a que se produjera la devolución, les sacaron copias y fotografías. Con éstos se formuló una nueva acusación, pero llegado el caso a la Corte Suprema resolvió que esas copias no podían ser utilizadas porque habían sido obtenidos en virtud de un registro ilegal. Agregó el Alto Tribunal que la obtención ilegal no sólo impedía que la prueba fuera utilizada en la Corte, sino que no podían usarse en absoluto, es decir, en ningún otro proceso ni ante ningún tipo de órgano.

¹⁰²¹ Caso *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 338, 1939.

¹⁰²² CSJN Fallos 303:1938.

¹⁰²³ CSJN Fallos 306:1752.

embargo, fue en “Raydford”¹⁰²⁴ donde el Cívero Tribunal no sólo repudia enérgicamente la posibilidad de utilizar medios de prueba obtenidos ilícitamente, sino que también extiende generosamente sus efectos aplicando la teoría del fruto del árbol envenenado.

Resulta interesante analizar el derrotero del análisis que se realizó en este fallo para concluir con la absolución de todos los implicados. Así lo primero que resolvió la CSJN fue invalidar el secuestro realizado sin orden judicial por considerar que se trató de acto ilegal en tanto que no podía reputarse válida la falta de objeciones presentadas por Raydford toda vez que no entendía el idioma ni contó con un intérprete en el momento en que los funcionarios policiales ingresaron a su domicilio. La Corte resolvió en consecuencia [...] *desechar la legitimidad de la requisita y, por ende, del secuestro que es su resultado.*

Sin embargo, el Tribunal no se detuvo en este aspecto sino que continuó con el análisis de la situación de los dos menores punibles que fueron condenados por el delito de suministro de estupefacientes. Al respecto, la condena de éstos se sustentó en el secuestro de la droga, en la confesión de uno de los menores y en los dichos de Raydford y del otro menor a los funcionarios policiales. Al respecto, la Corte consideró que [...] *descartado el secuestro, los restantes medios podrían aún constituir elementos suficientes para justificar el reproche. Y es en este punto donde corresponde adentrarse, porque debe determinarse en qué medida la ilegitimidad inicial del procedimiento afecta la validez de los actos subsiguientes; hasta qué punto el vicio de origen expande sus efectos nulificantes.*

¹⁰²⁴ CSJN Fallos 308:733. En este caso, Raydford fue interceptado en la vía pública, a escasos metros de su domicilio, por personal policial. El imputado era extranjero y no conocía el idioma nacional. En estas circunstancias, personal policial ingresó con él a su domicilio sin orden judicial y sin que aquél pusiera objeciones a la inspección de su vivienda. Producido el secuestro de los estupefacientes, cuando lo trasladaban a la comisaría, Raydford entregó una tarjeta de la persona que le había vendido la droga. Con ese dato, fueron detenidos dos menores de edad imputables: el que le vendió la droga a Raydford, quien puso en conocimiento de la autoridad quien le suministró la droga y, como consecuencia de los dichos de éste, el menor que le surtió la droga al primero. Así Raydford fue acusado por el delito de tenencia de estupefacientes y los dos menores por suministro.

Continuó el Máximo Tribunal afirmando que [...] *apreciar la proyección de la ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio es función de los jueces, quienes en tal cometido deben valorar las particularidades de cada caso en concreto. Resulta ventajoso para esa finalidad el análisis de la concatenación causal de los actos, mas no sujeta a las leyes de la física sino a las de la lógica, de manera que por esa vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados.* En base a ello concluye la Corte que toda la indagación ha girado desde el comienzo sobre la sustancia secuestrada, de modo que existe un nexo directo entre el secuestro ilegítimo y las manifestaciones de Raydfort y las confesiones de los menores por lo que [...] *no había habido varios cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo su curso.*

De tal forma, la CSJN consideró que todo el proceso estaba contaminado con dicho acto ilícito inicial y resolvió revocar la sentencia y absolver a los tres condenados, extendiendo así los efectos de la regla de exclusión a los medios de prueba inescindiblemente conectados con la prueba obtenida ilícitamente¹⁰²⁵.

Esta línea marcada por la jurisprudencia de la Corte Suprema se mantuvo en fallos posteriores, aunque se establecieron también excepciones, como veremos más adelante. Así resolvió que [...] *la prueba habida en la causa es ineficaz, siempre y cuando su obtención dependa directa y necesariamente de la*

¹⁰²⁵ Refiere Armenta Deu que en la jurisprudencia española la aplicación de la doctrina comenzó con una aplicación generosa que derivó en un efecto pendular hacia diversas excepciones a aquella a través de la doctrina de la conexión de antijuridicidad (ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita...*, op.cit. p.121). Sin perjuicio de esta excepción, valga como muestra la siguiente jurisprudencia citada del Tribunal Supremo en la cual se aplica la doctrina del fruto del árbol envenenado. Así resolvió que [l]a prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya violado un derecho fundamental como a aquellas otras, que habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, (“directa o indirectamente”), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efectos. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1. de la LOPJ) jurídicamente protegidos. (STS 448/1997, de 4 de marzo, FJ 2, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Cándido Conde Pumpido-Tourón).

*violación de una garantía constitucional, o bien cuando sea una consecuencia inmediata de dicha violación. Conforme dicha regla, se debe descalificar la fundamentación que dio sustento a la condena si no se advierte de qué modo pudo la pesquisa llegar hasta la víctima, que reconoció al prevenido, sin transitar por una vía distinta de los probados apremios que sufrió el procesado*¹⁰²⁶.

Al mismo tiempo que la CSJN fue marcando la extensión de los efectos de la regla de exclusión aplicando la teoría del fruto del árbol envenenado, los ordenamientos procesales que receptaron las exclusiones probatorias también acogieron esta teoría. Tal fue el caso de la legislación mendocina que extiende la ineficacia probatoria a todas aquellas pruebas que fueran consecuencia necesaria de ella. Ello implica, como surge de la jurisprudencia citada, que debe existir una conexión lógica que permita determinar si la supresión del eslabón viciado alcanza también al resto de las pruebas incorporadas por derivar directamente de aquél. En otras palabras, la prueba debe ser una consecuencia material del acto ilícito y no una consecuencia meramente casual, contingente.

Como puede colegirse, la finalidad de esta doctrina es evitar que el ilícito rinda frutos puesto que, si sólo se excluyera el acto inválido dejando subsistentes los que éste pudo haber dado lugar, las posibilidades de utilizar prueba ilícita eludiendo los efectos de esta teoría se ampliarían de una manera exponencial. Afirma, en este sentido Laudan¹⁰²⁷, que la respuesta oficial en estos supuestos debe ser prohibir a la acusación poder utilizar estos elementos probatorios en contra del imputado. No desconocemos que en el proceso deben equilibrarse dos intereses fundamentales de la sociedad -la pronta y eficiente ejecución de la ley y prevenir el menoscabo de los derechos individuales por parte de quienes deben resguardar su cumplimiento- y en la búsqueda de este equilibrio adquiere

¹⁰²⁶ CSJN Fallos 310:1847. También Fallos 310:2102, entre otros.

¹⁰²⁷ LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p.254.

trascendencia no sólo la regla de exclusión sino también la teoría del fruto del árbol envenenado.

En el ordenamiento procesal nacional no se ha regulado en forma expresa la exclusión probatoria, sino que se ha establecido la nulidad de la prueba obtenida en violación de los principios y normas de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales y las disposiciones de legalidad ordinaria. De tal forma, al regularse la invalidez de los actos procesales, las reglas de la nulidad determinan que también se invalidaran todos los efectos o los actos consecutivos que dependan directamente del acto anulado. Aun así, consideramos que se debe tratar igualmente de una conexión lógica como lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de la CSJN.

3. Excepciones a la regla de exclusión

3.1 Consideraciones previas

Las consecuencias que derivan de excluir pruebas ilícitas no siempre son las mismas puesto que, como vimos *supra*, deberá analizarse si el resto del material probatorio obtenido legítimamente permite arribar a una sentencia que determine la responsabilidad penal del sujeto sometido a proceso. Sin embargo, también existe la posibilidad de que se llegue al resultado opuesto, es decir, a la absolución del imputado por no existir otro elemento probatorio que no esté viciado por la ilicitud originaria.

A pesar de estas situaciones, encontramos posiciones como las de Guariglia¹⁰²⁸, quien considera que frente a las prohibiciones probatorias no existe

¹⁰²⁸ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de las prohibiciones...*, op.cit., pp.198 y ss.

otra posibilidad que la invalorableidad de dicho elemento probatorio, no admitiendo ninguna excepción que permita valorarlo. Poviña¹⁰²⁹, por otro lado, concuerda con esta posición pues entiende que la regla de exclusión no cuenta con ninguna excepción y que aquéllas que son denominadas así por la doctrina en realidad no son tales por cuanto, por distintas razones, los procedimientos cuestionados no son declarados inválidos, sino que, bien al contrario, son aceptados por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, lo cierto es que, frente a hechos de especial gravedad, la posibilidad de que no se llegue a determinar la responsabilidad penal por aplicación de la regla de exclusión genera reacciones adversas en la sociedad que se ven reflejadas no sólo en las elaboraciones que pueden surgir de la doctrina, sino, fundamentalmente, en las decisiones jurisdiccionales que se resisten a dejar impunes este tipo de hechos¹⁰³⁰. Es así que hemos transitado etapas de mayor protección a los derechos individuales y otras que, contemplando las impunidades que generaban, resultaron sumamente críticas de la regla de exclusión y buscaron atemperar sus efectos.

No nos es posible tratar en profundidad cada una de las excepciones receptadas en la jurisprudencia comparada porque excede el objeto de esta investigación. Por dicha razón, se harán mención de alguna de ellas y se tratarán en los apartados siguientes las excepciones contempladas por la jurisprudencia argentina.

Una de las primeras excepciones que se aceptó en la jurisprudencia norteamericana fue la de la actuación de buena fe de los funcionarios que

¹⁰²⁹ POVIÑA, Fernando, *Regla de exclusión...*, op.cit., pp. 156 y ss.

¹⁰³⁰ Aunado a ello, no debemos olvidar las palabras de Hairabedián referidas a cuanto influyen las situaciones políticas y sociales en el tema. La inseguridad ha sido uno de los disparadores de restricción a las exclusiones probatorias ya sea que la misma provenga de criminalidad común como ocurre en nuestro país o criminalidad organizada como los atentados terroristas ocurridos en Estados Unidos o Europa (HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita...*, op.cit., p.219 y ss.)

actuaron en la recolección de los elementos probatorios. Debemos tener en cuenta que, uno de los fundamentos de la regla de exclusión sostenidos por la Corte Suprema estadounidense, fue el efecto preventivo o disuasorio que tiene dicha sanción en los funcionarios policiales a fin de que éstos no violen derechos constitucionales para conseguir prueba, porque se cierne la amenaza de su invalidación.

Siendo ello así, si el funcionario policial ha actuado de buena fe en la creencia de que su accionar ha sido correcto, el efecto disuasorio o preventivo carece de significado en estos casos. La Corte Suprema consideró entonces que los costes de suprimir la prueba conforme a la regla de exclusión cuando los beneficios eran prácticamente inexistentes, eran demasiado elevados, especialmente, teniendo en cuenta que la policía había actuado en el convencimiento de que se encontraba habilitada para hacerlo. Sin embargo, para aplicar dicha excepción se ha exigido que la creencia de la policía respecto a la corrección de su accionar debe ser objetivamente razonable, no bastando una simple buena fe subjetiva¹⁰³¹.

Otra excepción que surge también de la jurisprudencia norteamericana es la mancha diluida o atenuada que analiza la conexión entre la prueba ilícita y la prueba valorada. Si la conexión no es inmediata, o si ésta no deriva directamente de aquélla, entonces el veneno del proceso irregular se diluye o atenúa y, por lo tanto, la prueba derivada puede ser valorada en el proceso. Así la Corte Suprema en *Wong Sun vs. U.S.*¹⁰³² consideró que debía analizarse si la prueba había sido obtenida en infracción a una garantía constitucional o por otros medios que son

¹⁰³¹ Algunos casos tratados por la Corte Suprema de EEUU son: *León vs. U.S.*, 468 U.S. 897, 1984, *Massachusetts vs. Sheppard*, 468 U.S. 981, 1984, *Illinois vs. Krull*, 480 U.S. 340, 1987, entre otros.

¹⁰³² Caso *Wong Sun vs. U.S.*, 371 U.S. 471, 1963. En este caso oficiales federales habían detenido al imputado sin causa probable. Sin embargo, una vez que fue liberado, volvió a la oficina policial y realizó una confesión. La Corte admitió la confesión porque el imputado había vuelto voluntariamente y ésta medida estaba lo suficientemente atenuada de la medida original ilícita.

atenuados de la ilegalidad originaria, purgándose así la ilicitud. Afirma Pinto¹⁰³³ que, en el caso *Brown vs. Illinois*¹⁰³⁴, la Corte estableció tres factores para considerar que se había atenuado el nexo causal, a saber: el tiempo transcurrido entre la prueba ilícita y la que se quiere excluir, las circunstancias especiales que pudieran presentarse y la finalidad que tuvo en mira el funcionario policial al practicar la medida.

Encontramos asimismo otra excepción propiciada por la doctrina argentina, y utilizada en el derecho continental-europeo, que es el principio de proporcionalidad. Afirman Cafferata Nores y Hairabedián¹⁰³⁵ que para decidir si se aplica la regla de exclusión, se tiene que tener en cuenta la relación de importancia y gravedad que tiene el acto ilegal y las consecuencias negativas que pueden derivarse de considerar dicha actuación como ineficaz. Sostienen los autores que el principio de proporcionalidad se utiliza en la jurisprudencia alemana pero limitado a situaciones inusuales y excepcionales, y siempre que dicha prueba ilícita sea el único camino para proteger otros valores fundamentales y más urgentes.

Esta excepción no ha sido utilizada por la CSJN, pero encuentra en la doctrina varios defensores. Entre ellos, podemos citar a Mongenster quien plantea la necesidad de un esquema normativo basado “[...] en una ponderación que incorpore y le dé peso a factores como el descubrimiento de la verdad, la necesidad de mantener una justicia funcional y eficaz, la existencia de cierta proporcionalidad entre la intensidad de la lesión producida y la gravedad del delito investigado y el conocimiento de la violación por parte del agente

¹⁰³³ PINTO, Ricardo, *La investigación penal y las garantías...*, op.cit., p298.

¹⁰³⁴ Caso *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 1975.

¹⁰³⁵ CAFFERATA NORES, José, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *La Prueba en el proceso...*, op.cit., pp. 35 y ss.

público”¹⁰³⁶. Considera el autor que debe tenerse en cuenta si la severidad del daño causado por el delito investigado es desproporcionadamente superior a la irregularidad cometida por los agentes estatales. Así, ha de imponerse una matización a la regla de exclusión pues deberá hacerse una ponderación entre el derecho a llegar a la verdad procesal y la obligación de acceder a ella a través de caminos legales.

Por último, dentro de la jurisprudencia comparada podemos citar la tesis de conexión de antijuridicidad elaborada por el Tribunal Constitucional español¹⁰³⁷. Según ésta, no basta que haya una conexión causal entre la prueba ilícita y la derivada sino que se requiere, como un plus, la apreciación de una conexión de antijuridicidad que dependerá de la índole y característica de la vulneración originaria del derecho fundamental, del resultado de esa vulneración y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud.

En este sentido, sostiene Planchadell Gargallo¹⁰³⁸ que debe realizarse un doble análisis desde el punto de vista interno y desde una perspectiva externa. En el primero debe analizarse cuál ha sido la lesión del derecho fundamental, la forma en que ésta se ha producido, la gravedad del resultado, cuál ha sido realmente dicho resultado y las posibilidades de que se hubieran podido obtener las pruebas derivadas sin violar el derecho fundamental. Con ello se pretende determinar si el conocimiento obtenido a través de la prueba ilícita ha sido indispensable o determinante para la obtención de la prueba derivada. Desde el punto de vista externo corresponde analizar la necesidad de tutela del derecho

¹⁰³⁶ MORGENSTERN, Federico, “Argumentos a favor de la relativización de la regla de exclusión de prueba ilegal”, *Revista de Derecho Penal*, 2014-8, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, www.abeledoperrot.com, (fecha de visita 25/06/2016).

¹⁰³⁷ Fue utilizada por primera vez en la STC 81/1998, de 2 de abril. Dura crítica realiza Del Moral García afirmando sobre esta doctrina que “[...] he de confesarlo, me resulta artificiosa y a veces ininteligible, me parece muchas veces fruto de un decisionismo poco racional en que –perdónese la crudeza y las ciertas dosis de exageración- exista o no conexión de antijuridicidad parece depender sobre todo del volumen mayor o menor de cocaína que se ha ocupado y de la alarma social despertada.” (DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Reflexiones sobre la prueba...”, op.cit., p.69).

¹⁰³⁸ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La prueba prohibida: Evolución jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014, pp.129 y ss.

fundamental lesionado, es decir, si la aplicación de la excepción puede ser un incentivo para la comisión de otras infracciones. No han faltado críticas a esta doctrina, considerando Armenta Deu que constituye prácticamente la erradicación de la prueba refleja¹⁰³⁹

Sin pretender agotar el tema, hemos esbozado algunas de las excepciones a la regla de exclusión que han sido aceptadas en la jurisprudencia y doctrina comparada pero no así en la jurisprudencia argentina, que ha aplicado contadas excepciones, o en la legislación procesal provincial que, como veremos, sólo admite como excepción el descubrimiento inevitable. Distinta es la situación en la legislación nacional pues al sostener una reglamentación amplia, permite que la jurisprudencia pueda admitir alguna de las excepciones a la regla de exclusión tratadas precedentemente.

3.2 Doctrina de la fuente independiente

Cuando, en general, los autores tratan la doctrina de la fuente independiente, lo hacen incluyéndola dentro de las excepciones a la regla de exclusión probatoria. En otras palabras, consideran que su aplicación es una renuncia a la inadmisibilidad de la prueba ilícita. Sin embargo, en este punto coincidimos con Poviña¹⁰⁴⁰ en que, en rigor de verdad, no constituye una excepción y veremos por qué.

Esta doctrina fue introducida por la Corte Suprema estadounidense en el caso *Silverthorne Lumber Co vs. U.S.*¹⁰⁴¹ que, como ya indicáramos *supra*, rechazó que se abriera un nuevo proceso con base en una prueba que se había obtenido ilegítimamente en un proceso anterior. Sin embargo, agregó, que los

¹⁰³⁹ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita...*, op.cit., pp.123 y ss.

¹⁰⁴⁰ POVIÑA, Fernando, *Regla de exclusión...*, op.cit., p.156.

¹⁰⁴¹ Caso *Silverthorne Lumber Co vs. U.S.*, 251 U.S. 385, 1920, ya citado.

hechos conocidos no eran algo sagrado o inaccesible toda vez que, si el conocimiento se obtenía a través de una fuente independiente que no tuviera conexión con la violación constitucional, dicha evidencia podía ser utilizada como cualquier otro medio de prueba.

Como vemos, en realidad, la fuente independiente se refiere a la existencia de un cauce investigativo distinto a la vía ilícita utilizada, lo cual permite obtener las pruebas cuestionadas mediante un procedimiento lícito. En este caso, Edwards¹⁰⁴² estima que se trata de una fuente autónoma y esta autonomía implica la existencia de otras vías de investigación que permiten obtener esa prueba sobre el hecho investigado. Ello significa que la prueba se ha recabado por dos medios distintos, uno lícito y el otro no.

Es por dicha razón que Guariglia afirma que no se trata en realidad de una excepción a la regla de exclusión ya que “[l]a existencia de una línea de investigación independiente –previa o contemporánea a la acción estatal irregular- y que también conduce a la adquisición del mismo medio de prueba, constituye un modo lícito de obtención de dicha prueba [...] y en consecuencia la prueba es plenamente valorable”¹⁰⁴³.

La doctrina de la fuente independiente ha sido utilizada en reiteradas decisiones de la CSJN. Así, la primera vez que se refirió a ella fue en el caso “Ruiz, Roque” en el cual se había obtenido la confesión del imputado bajo apremios que concluyó con la condena de éste por varios hechos. La Corte revocó la condena de aquellos hechos que habían sido probados a través de la

¹⁰⁴² EDWARDS, Carlos, *La Prueba Ilegal...*, op.cit, p.127.

¹⁰⁴³ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones...*, op.cit., p.163. Piénsese en la posibilidad que la policía realice un allanamiento sin orden para obtener objetos que contengan células del imputado para realizar un examen de ADN y el imputado, el día anterior o ese mismo día, se presenta voluntariamente al laboratorio del Cuerpo Médico Forense a fin de se le extraiga una muestra biológica. Así, la misma prueba -la determinación del ADN- puede obtenerse por dos vías, una lícita y otra no. Basta entonces con utilizar la prueba obtenida lícitamente.

confesión, pero la mantuvo por otros hechos al considerar que [...] *la condena puede sustentarse en otros medios de prueba y constancias del proceso que son independientes de las manifestaciones irregulares, y que han sido obtenidos de manera objetiva y directa*¹⁰⁴⁴.

Este concepto fue reiterado en “Francomano” resolviéndose que [...] *aparece en autos un cauce probatorio inválido que parte de la declaración de Francomano y, en una cadena causal ininterrumpida, pasa por la coimputada Margarita Cristina Palacios, hasta llegar a la captura del recurrente. Tal circunstancia hace aplicable la doctrina [...] según la cual debe excluirse del proceso cualquier medio de prueba obtenido por vías ilegítimas. Esta exclusión también debe extenderse a los elementos de cargo que incriminasen a un tercero cuando aquellos, como ocurre en el caso de autos, se originasen en un cauce de investigación viciado de nulidad [...]. Por otra parte, no existe en la causa una fuente independiente de conocimiento que permita acreditar el cuerpo del delito y la autoría de la acusada, prescindiendo de las pruebas viciadas*¹⁰⁴⁵.

Posteriormente, en “Daray”, el Cívero Tribunal no sólo precisó el concepto, sino que estableció además las circunstancias que debían acontecer para poder sostener que efectivamente nos encontramos ante una fuente independiente. Así resolvió la Corte que los testigos que declararon en la causa lo hicieron [...] *con posterioridad y a raíz de las actuaciones policiales que se iniciaron con la detención de los nombrados, lo que impide considerar su testimonio como prueba independiente a que se refiere la jurisprudencia del tribunal*¹⁰⁴⁶. De tal forma, entendió el Tribunal que no se podía advertir la existencia de un curso de prueba que, con independencia de la detención declarada inválida, permitiera arribar al hallazgo del automóvil que dio sustento al inicio de la causa.

¹⁰⁴⁴ CSJN Fallos 310:1847.

¹⁰⁴⁵ CSJN Fallos 310:2402.

¹⁰⁴⁶ CSJN Fallos 317:1985.

Sin embargo, la CSJN también agregó otras precisiones, afirmando que [...] *no es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiese llevado al mismo resultado probatorio: es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado.* De tal forma, resulta necesario que esa vía de investigación que permita arribar a la prueba en forma lícita exista en la causa y no sea una mera hipótesis del funcionario policial o del órgano acusador.

Por ello es que, en rigor de verdad, no podemos hablar de una excepción a la regla de exclusión probatoria porque el cauce independiente, por el cual se va a obtener el elemento probatorio sin violentar ninguna garantía constitucional, debe existir en la causa. Afirma en este sentido Poviña¹⁰⁴⁷ que el elemento temporal es muy importante y hace a la naturaleza de la misma, toda vez que la fuente independiente debe constar en el expediente.

Esta doctrina ha sido utilizada también en numerosas ocasiones por los tribunales inferiores. En este sentido, la CNCP resolvió que [...] *si ha mediado, en el caso concreto, un cauce de investigación independiente del invalidado, y por el cual se adquirió la prueba cuestionada en este proceso, y el secuestro en este proceso es consecuencia de una requisitoria de instrucción basado en otro de verificación contable previo –a las diligencias anuladas–, no resulta aplicable la teoría del fruto del árbol envenenado sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, con ello, resulta improcedente, por tanto, la exclusión de la prueba cuestionada por la defensa*¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁷ POVIÑA, Fernando, *Regla de exclusión...*, op.cit., p.159.

¹⁰⁴⁸ CNCP, Sala IV, “M., M. s/recurso de casación”, 28/05/07.

Se presenta así, una jurisprudencia consolidada en el derecho argentino, en cuanto a la posibilidad de analizar la existencia de una fuente independiente que permita recabar elementos de convicción autónomos de aquella prueba que debe ser excluida cuando su adquisición lo ha sido en violación de garantías constitucionales. Efectivamente, nos encontramos frente a dos cauces de investigación distintos y diferenciables en cuanto a su legitimidad.

3.3 El descubrimiento inevitable

Nuevamente nos encontramos frente a una excepción a la regla de exclusión que tiene su origen en decisiones jurisprudenciales. Fue en el caso *Nix vs. Williams*¹⁰⁴⁹ donde la Corte Suprema estadounidense admitió la utilización de una prueba que había sido obtenida ilícitamente por considerar que inevitablemente los funcionarios policiales iban a llegar a su descubrimiento por medios lícitos. Considera Planchadell Gargallo que es una excepción teóricamente fácil de entender porque “[...] supone que el nexo causal y la dependencia entre la prueba ilícita y la derivada se rompen cuando los datos o hechos que la prueba derivada aporta hubieran sido descubiertos o se hubiera accedido a ellos de igual forma por vías procesales lícitas”¹⁰⁵⁰.

En efecto, como afirma Pinto¹⁰⁵¹, en este supuesto el Tribunal puede utilizar una prueba, aun cuando su origen sea ilícito, si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente a partir de una fuente independiente lícita. No se requiere que la

¹⁰⁴⁹ Caso *Nix vs. Williams*, 467.U.S.442-443, 1984. En este caso, los funcionarios policiales trasladaron a un sospechoso de homicidio de un Estado a otro. A pesar de que el defensor solicitó que no hablaran con el detenido, los policías lo interrogaron para que dijera donde estaba el cuerpo de la menor asesinada. Éste confesó y dijo donde se encontraba el cadáver. Sin embargo, la Corte admitió la utilización de la prueba, a pesar de su ilegalidad, por considerar que el cuerpo de la víctima iba a ser igualmente encontrado porque los funcionarios policiales estaban haciendo un rastillaje por la zona donde estaba el cadáver que había sido dejado por el detenido.

¹⁰⁵⁰ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La Prueba Prohibida...*, op.cit., p.97.

¹⁰⁵¹ PINTO, Ricardo, *La investigación penal y las garantías...*, op.cit., p.300.

prueba haya sido efectivamente adquirida, basta que exista esa posibilidad, es decir, que sea hipotéticamente factible. Sostiene Miranda Estrampes¹⁰⁵² que dicha excepción dio lugar a resultados disímiles, pues se estableció como factor de restricción, la exigencia a la parte acusadora de demostrar fehacientemente la inevitabilidad del descubrimiento. Coincide Salas Calero¹⁰⁵³ entendiendo que corresponderá al Ministerio Fiscal demostrar que la prueba hubiera sido descubierta igualmente por medios legítimos basándose fundamentalmente en un juicio de probabilidad.

Surge así la diferencia con la excepción de la fuente independiente ya que – tal como fue desarrollado en el apartado anterior-, ésta requiere que exista en la causa una línea de investigación actual y comprobada que permita obtener el mismo resultado que el derivado de una violación de garantías constitucionales. En cambio, en el descubrimiento inevitable basta que la adquisición sea hipotéticamente factible, constituyendo por tanto una verdadera excepción a la regla de exclusión probatoria pues, en este caso, la prueba ilícita va a ser admitida por el tribunal teniendo en cuenta la circunstancia de que hubiera sido igualmente adquirida por medio de una actuación lícita¹⁰⁵⁴.

La legislación procesal mendocina ha receptado esta circunstancia como única excepción a la regla de exclusión probatoria. Así la norma extiende los efectos de la exclusión a “[...] todas las pruebas que, con arreglo a las

¹⁰⁵² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada”, *ED*, 252-704.

¹⁰⁵³ SALAS CALERO, Luis, “Problemas modernos y complejos...”, *op.cit.*, p.485.

¹⁰⁵⁴ Edwards confunde ambas doctrinas, la de fuente independiente y descubrimiento inevitable, considerando que la primera de ellas puede presentar dos alternativas: una de ellas es que basta con la simple posibilidad de lograr esa prueba autónoma a través de una vía diferente a la ilícita y la segunda opción es que deba existir concretamente en la causa una vía independiente distinta de la ilegal que permite obtener la prueba (EDWARDS, Carlos, *La prueba ilegal...*, *op.cit.*, p.128). No compartimos la visión de Edwards, la existencia de una fuente independiente no constituye una excepción a la regla de exclusión probatoria como sí lo es el descubrimiento inevitable pues en la primera, la prueba obtenida ilícitamente no se va a incorporar o, eventualmente, no se va a valorar por la existencia de la prueba lícita; en cambio, en el segundo supuesto si se va a admitir la prueba, aun cuando la misma se haya adquirido violando garantías constitucionales, por entender que la misma hubiera sido igualmente obtenida por medios lícitos.

circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella”¹⁰⁵⁵.

Como puede colegirse, la ley no exige que efectivamente las pruebas se hayan adquirido por medios lícitos independientes de la ilicitud cometida porque ello nos colocaría frente a la doctrina de la fuente independiente. Por el contrario, el legislador ha establecido que es suficiente con dicha eventualidad, es decir, que la posibilidad de adquirir la prueba, sin violar garantías constitucionales, sea factible de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Claramente podemos sostener que se refiere al descubrimiento inevitable.

A pesar de la consagración legislativa no son pocas las críticas que ha recibido esta excepción. Díaz Cantón¹⁰⁵⁶ considera que resulta violatoria del principio *in dubio pro reo* y de estado jurídico de inocencia, del cual goza toda persona mientras una sentencia firme no diga lo contrario. Entiende el autor, al requerirse que el descubrimiento sea hipotéticamente factible pero no seguro, que existe una duda de su eventual hallazgo y que esa duda debe siempre beneficiar al imputado. En sentido similar, Guariglia¹⁰⁵⁷ realiza dos cuestionamientos: el primero, que no queda claro cuál es el grado de probabilidad requerido para fundar la excepción pues se advierte en la jurisprudencia alemana que existe un amplio rango de fórmulas que van desde “alta medida probable” hasta que la “posibilidad no esté lejos”, indeterminación que genera inseguridad jurídica; la segunda objeción se vincula con la naturaleza del curso causal hipotético porque no se ha aclarado suficientemente si debe ser concreta la posibilidad de que los órganos de persecución puedan efectivamente obtener la prueba o puede ser abstracto, es decir, si la posibilidad de obtener la prueba por medios lícitos pudiera ser absolutamente desconocida por aquellos.

¹⁰⁵⁵ Vid art. 207 CPPMza transcripto completo en nota 996.

¹⁰⁵⁶ DÍAZ CANTÓN, Fernando, “Exclusión de la prueba obtenida...”, op.cit., p.342.

¹⁰⁵⁷ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones...*, op.cit., pp.168 y ss.

Coincide en este aspecto Gómez Colomer¹⁰⁵⁸ en tanto que considera que su mayor inconsistencia se encuentra en que la posibilidad del descubrimiento inevitable puede basarse en hipótesis, suposiciones o conjeturas, no en hechos claramente probados, con lo cual no se sabe siempre si este descubrimiento ha sido inevitable o no.

Desde nuestro punto de vista, esta última objeción no resulta acertada, toda vez que si lo que se exige como requisito indispensable es que el descubrimiento sea “inevitable” indudablemente debe tratarse de un curso hipotético concreto. Como sostiene Hairabedián¹⁰⁵⁹ la exigencia de que sea inevitable requiere certeza sobre su ocurrencia futura porque irremediamente se tropezará con él. Si el descubrimiento no es seguro, deja de ser inevitable, y no se cumple el requisito exigido para que esta excepción sea correctamente utilizada. Así lo ha establecido la legislación al requerir que la posibilidad de su obtención lícita se determine en función de las circunstancias del caso concreto, con lo cual debe estar basado en hechos claramente probados.

Esta ha sido también en mayor medida la posición de la jurisprudencia comparada. Eusamio Mazagatos y Sánchez Rubio¹⁰⁶⁰ citan el caso *Feldhacker vs. U.S.*¹⁰⁶¹, en el cual el tribunal de apelaciones consideró que la regla del descubrimiento inevitable no permite especulación alguna acerca de todos los hechos que podrían haber ocurrido para justificar la actuación policial sino lo que efectivamente podía ocurrir.

¹⁰⁵⁸ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, *Prueba y proceso penal, Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado* (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.124.

¹⁰⁵⁹ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita...*, op.cit., p.94.

¹⁰⁶⁰ EUSAMIO MAZAGATOS, Ester, SÁNCHEZ RUBIO, Ana, *La prueba ilícita en la doctrina...*, op.cit., p.174.

¹⁰⁶¹ Caso *Feldhacker vs. U.S.*, 849 U.S.293, 1988. En este caso, la policía revisó el equipaje de un pasajero de un autobús y encontró droga. Si bien el registro era ilegal, se argumentó que el funcionario podría haber llevado a un perro adiestrado que estaba cerca y hubiera detectado la droga.

En similar sentido, el Tribunal Supremo español resolvió que [...] *en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del “descubrimiento inevitable”. En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma Vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína “al por mayor”. Es decir que “inevitablemente” y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada*¹⁰⁶².

En la jurisprudencia argentina, la CSJN no ha utilizado esta excepción directamente, sino de manera tangencial. Así, al resolver sobre las exclusiones probatorias ha dicho que [...] *si bien no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucional, así como las que se hubieran originado a partir de aquéllas, debe tenerse en cuenta la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas. Ello es así, porque una aplicación errónea de la regla de la exclusión puede desviar al proceso de la búsqueda de la verdad y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial*¹⁰⁶³. Si

¹⁰⁶² STS 974/1997, de 4 de julio, FJ 4, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Encontramos sentencias posteriores del Tribunal Supremo que mantienen esta línea trazada afirmando que [...] *se trata por decirlo plásticamente, de una exclusión de la exclusión, en virtud de la cual cuando la prueba obtenida como consecuencia de la violación de algún derecho fundamental, se hubiera obtenido de todos modos por medios lícitos, entonces no resulta razonable su exclusión, porque en cualquier caso se hubiera llegado al mismo descubrimiento por medios lícitos* (STS 737/2009, de 06 de julio, FJ 6, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Joaquín Giménez García.

¹⁰⁶³ CSJN Fallos 325:3118.

bien el Máximo Tribunal hace referencia a la posibilidad de encontrar evidencias por otras vías, lo cierto es que no trata en forma directa la excepción del descubrimiento inevitable.

A pesar de la previsión legislativa y la necesidad de que el descubrimiento sea inevitable, no es menos cierto que se deben extremar las exigencias en cuanto a la demostración de que se trata de una hipótesis concreta, y no que se base en hechos supuestos o abstractos de difícil comprobación. Tampoco puede admitirse que esta excepción se convierta en el camino para eludir los cauces legales que les permitirían obtener los elementos probatorios¹⁰⁶⁴.

Es por ello que consideramos acertada las precisiones del Tribunal Supremo en la sentencia citada *supra*, cuando afirma que la excepción en cuestión [...] *debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de “buena fe”, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a “acelerar” por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente*¹⁰⁶⁵.

De tal manera, las decisiones jurisdiccionales serán, en última instancia, las que precisarán los recaudos necesarios para que la excepción del descubrimiento inevitable, que se encuentra legalmente prevista en el ordenamiento procesal mendocino, no signifique la derogación de la regla de exclusión probatoria, permitiendo a los órganos de persecución penal eludir el cumplimiento de la ley.

¹⁰⁶⁴ Pone, como ejemplo, Hairabedián una sentencia de la Cuarta Cámara del Crimen de la Provincia de Córdoba que admitió el secuestro ilegal de un vehículo sustraído y con la numeración adulterada por considerar que la irregularidad hubiera sido igualmente detectada en un control policial. Como bien sostiene el autor, la previsión del descubrimiento inevitable aparece bastante incierta si se tiene en cuenta que no todo automotor robado es interceptado en un control policial (HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita...*, op.cit., p.95).

¹⁰⁶⁵ STS 974/1997, de 4 de julio, FJ 4, (Sala 2º, Sección 1), Ponente: Excmo. Sr. Dr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

3.4 Admisión de prueba ilícita en beneficio del imputado

La posibilidad de utilizar una prueba obtenida con violación de garantías constitucionales en el proceso penal se encuentra vedada para los órganos de acusación y tampoco puede ser valorada para fundar una sentencia en perjuicio del imputado. Ya hemos visto que, admitir lo contrario, atenta contra la buena administración de justicia pues se la hace beneficiaria de un hecho ilícito y el Estado no puede convalidar prácticas contrarias a la ley.

Sin embargo, el dilema surge cuando dichos elementos probatorios adquiridos por medios ilícitos benefician al imputado, pues debe determinarse si es posible permitirle a éste la posibilidad de usufructuar la prueba así obtenida. En este punto la doctrina es coincidente en afirmar que debe admitirse la posibilidad de utilizar dichos elementos probatorios a favor del imputado a pesar de su origen ilegítimo.

Así Poviña¹⁰⁶⁶ considera que si no se permitiera utilizar la prueba ineficaz en beneficio del titular del derecho que ha sido vulnerado, el orden jurídico incurriría en una contradicción porque el mandato que tiene por finalidad proteger al individuo, poniéndole límites al Estado, habría sido empleado para perjudicarlo. Afirma, incluso, Hairabedián¹⁰⁶⁷ que no estaría afectando el principio ético que debe guiar la actuación estatal porque la valoración no se haría como aprovechamiento y apoyo del Estado en un acto ilícito.

Concuerda Guariglia al sostener que “[...] la concepción de las normas de adquisición de prueba como normas potestativas que fijan las condiciones de validez para la incorporación y valoración de prueba, es tomada como un corolario necesario del desarrollo histórico de las formas procesales como formas

¹⁰⁶⁶ POVIÑA, Fernando, *Regla de exclusión...*, op.cit., p.180.

¹⁰⁶⁷ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita...*, op.cit., p.247.

protectoras. Ambos aspectos son inescindibles para una correcta comprensión de las normas de adquisición de prueba y de las consecuencias de su lesión o inobservancia. Si ello es así, la vulneración de formas jurídicas históricamente concebidas como normas de protección del imputado no podría poner al imputado en una peor posición que en la que estaría si la lesión no hubiera ocurrido”¹⁰⁶⁸.

Gössel¹⁰⁶⁹ participa igualmente de esta idea ya que entiende que la valoración de la prueba se refiere necesariamente a personas determinadas, ello implica que no está prohibida de manera abstracta sino solamente cuando significa una desventaja para un cierto participante del procedimiento que es generalmente el imputado. Sin embargo, Chaia¹⁰⁷⁰ es partidario de ciertos límites pues entiende que no va a poder aprovecharse de dicha prueba ilegal, si la situación por la cual se origina, ha sido provocada o producida de manera voluntaria por el imputado.

Otro límite que analiza este autor es el supuesto en el cual, existiendo más de un sospechoso, la prueba obtenida ilícitamente beneficia a uno, pero perjudica a otros. Así, y partiendo de la premisa de que la valoración probatoria debe realizarse de manera integral, en este caso considera que debe desecharse el uso del elemento ilegal. Discrepa Poviña¹⁰⁷¹ al entender que una respuesta acorde con la garantía del debido proceso legal es separar la utilización que se haga de la prueba ilegal. De tal forma, se podrá utilizar a favor del imputado al cual beneficia, en tanto que el Estado deberá abstenerse de utilizarla en contra del imputado al cual perjudica.

¹⁰⁶⁸ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones...*, op.cit., pp.182 y ss.

¹⁰⁶⁹ GÖSSEL, Karl Heinz, “La prueba ilícita en el proceso penal”, *Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales-I*, Año 2001-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.110.

¹⁰⁷⁰ CHAIA, Rubén, *La prueba en el proceso...*, op.cit., p.138.

¹⁰⁷¹ POVIÑA, Fernando, *Regla de exclusión...*, op.cit., p.180 y ss.

Estamos de acuerdo con Poviña en cuanto no puede descartarse la prueba que beneficia a un imputado aun cuando no pueda utilizarse para obtener la condena del co-imputado, porque las garantías no pueden hacerse valer en contra de su titular. Ni tampoco puede admitirse que habiendo tomado conocimiento el Estado de tales elementos probatorios, no permita su utilización amparado en su propia actividad ilícita.

En el CPPMza no encontramos ninguna disposición expresa en este sentido, pero si ha sido establecida en el ordenamiento procesal nacional¹⁰⁷². En efecto, claramente se establece que la violación de una garantía no puede hacerse valer en perjuicio del imputado, lo cual implica *contrario sensu* que sí podrá utilizarse cuando le sea beneficioso. Afirma en este sentido D'Albora¹⁰⁷³ que el legislador ha regulado lo que en doctrina se denomina efecto *boomerang*, es decir, impedir que las formas protectoras se vuelvan en contra de su supuesto objeto de protección. El imputado podrá hacer valer en el proceso aquella prueba que lo beneficia, aun cuando la misma haya sido obtenida ilícitamente por los órganos de persecución, impidiéndose así una doble vulneración de sus derechos.

Sin perjuicio de que no exista en la legislación vigente ninguna disposición en tal sentido, lo cierto es que la jurisprudencia así lo ha entendido y ha resuelto en consecuencia. Podemos citar en tal sentido, la decisión de la CNCCorr en la cual se dispuso que [...] *de la violación de una garantía fundamental no puede derivarse un perjuicio para el afectado pues, sería tanto como volver a desconocer aquella garantía el aprovechar lo que resulta de su quebrantamiento*¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷² Art.11 CPPNación: In dubio pro imputado “En caso de duda, se estará a lo que sea más favorable para el imputado. La inobservancia de una garantía no se hará valer en su perjuicio. Las normas procesales no tendrán efecto retroactivo, a menos que sea más favorable para el imputado.”

¹⁰⁷³ D'ALBORA, Nicolás, “La necesaria reforma del Código Procesal Penal de la Nación (Una nueva oportunidad para saldar una deuda pendiente)”, *LL*, 2014-F, p.746.

¹⁰⁷⁴ CNCCorr, Sala III, “P., G. s/recurso de apelación”, 6/07/82.

Así, si la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales beneficia al imputado, ésta puede valorarse *in bona parte* evitando así que el Estado siga aprovechándose de una actuación que llevó a cabo al margen de la ley a la cual se encuentra sometido.

V. Algunos supuestos de prueba ilícita y prueba irregular en las medidas de investigación corporal

1. Necesidad de su diferenciación

Como hemos visto no pueden equipararse los efectos que implican para el proceso la incorporación y valoración de una prueba ilícita y una prueba irregular. Por dicha razón resulta de vital importancia determinar los casos que en que nos encontramos frente a una u otra, para evitar una errónea aplicación de las consecuencias que cada una conlleva. Es que como ha dicho la CSJN [...] *una aplicación errónea de la regla de exclusión puede desviar al proceso de la búsqueda de la verdad y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial*¹⁰⁷⁵.

Conforme analizamos *supra*, la regla de exclusión produce la invalidez no sólo de actos procesales sino también de aquellos cumplidos fuera de proceso. Asimismo, sus efectos se extienden a todos los actos que dependan lógicamente o fácticamente de la actividad cumplida ilícitamente. Debe tenerse en cuenta también que la exclusión de una medida probatoria implica la imposibilidad de utilizarla en el proceso, pero éste no se retrotrae a etapas anteriores y, por ello, el Tribunal deberá tomar su decisión sin tenerla en cuenta, basándose en el resto del material probatorio existente.

¹⁰⁷⁵ CSJN Fallos 325:3118.

Sin embargo, en el caso de la prueba irregular, deberá determinarse si la inobservancia procesal puede dar lugar a la declaración de nulidad de acto porque no toda irregularidad implica la invalidez del acto. En tal sentido, es doctrina consolidada de la CSJN que [...] *en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia. Las nulidades por vicios formales exigen, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de defensa en juicio o se traduzca en la restricción a algún otro derecho porque, de otro modo, se estaría respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público*¹⁰⁷⁶.

También ha resuelto nuestro Máximo Tribunal que [...] *no debe confundirse el respeto a los recaudos que tienden a asegurar la protección del ejercicio de una garantía constitucional con la incolumidad de la garantía misma, pues suponer que una hipotética omisión formal –que en el caso no ha afectado la libre determinación del imputado a declarar- pudiera causar la nulidad del acto, implicaría convertir los medios tendientes a proteger el ejercicio de aquella garantía en una garantía en sí misma, con olvido del carácter meramente instrumental que tales medios revisten*¹⁰⁷⁷.

Conforme a esta jurisprudencia, no toda inobservancia de legalidad procesal va a acarrear la nulidad del acto pues deberá afectar un derecho o interés legítimo y causar un gravamen irreparable, en tanto que la nulidad no es un fin en sí misma, sino que tiene por objeto preservar los derechos que asisten a toda persona sometida a un proceso penal. Concuera en este aspecto Binder al

¹⁰⁷⁶ CSJN Fallos 339:480. También Fallos 330:4549, 334:1081, entre otros.

¹⁰⁷⁷ CSJN Fallos 325:1404.

considerar que “[...] la declaración de nulidad debe ser la *ratio final* en la defensa del debido proceso. Mientras éste se cumpla, las formas permanecen subordinadas a los principios porque sólo son garantías del cumplimiento de esos principios. El incumplimiento formal activa una decisión judicial basada en los principios y busca repararlos desde el criterio funcional. [...] el juez debe estar atento sobre la violación de principios que rigen la realización de ese acto y, en su caso, reparar la vigencia de esos principios o privar de efectos al acto”¹⁰⁷⁸. Concluye el autor que la declaración de nulidad siempre responde a un interés y es una respuesta ante una situación de indefensión o ante un acto viciado cuya reparación es imposible.

En las páginas siguientes analizaremos distintos supuestos de prueba ilícita y prueba irregular, diferenciando cada uno de ellos. Asimismo, en el caso de ésta última, deberá considerarse si, a pesar del vicio que puede presentar el acto, corresponde efectivamente la declaración de nulidad¹⁰⁷⁹.

2. Observancia de presupuestos de validez

2.1 Medida de investigación corporal practicada sin orden judicial

Las medidas de investigación corporal implican una afectación de derechos fundamentales, y es por ello que se requiere la intervención del órgano judicial competente que disponga su práctica. Si bien es posible admitir que en medidas de carácter leve, como *v.gr.*, un registro corporal, pueda practicarse sin orden judicial cuando medien razones de urgencia, en la gran mayoría de las medidas de intervención corporal, la debida autorización judicial deviene ineludible.

¹⁰⁷⁸ BINDER, Alberto, *El incumplimiento de las formas...*, op.cit., p.92.

¹⁰⁷⁹ Dejamos de lado el análisis de aquellas medidas obtenidas mediante torturas, tratos inhumanos o degradantes pues consideramos que, más allá de la responsabilidad penal que pudiera corresponder a los autores de las mismas-, se trata de claros supuestos de prueba ilícita, correspondiendo su eliminación del proceso, impidiendo que puedan tener cualquier eficacia probatoria.

No media ninguna razón de urgencia que justifique realizar un examen de ADN o una extracción de sangre que permita establecer si el imputado tiene alguna enfermedad venérea, sin que el órgano judicial haya autorizado su práctica. Incluso en aquellos casos en los que pudiera alegarse peligro en la demora, como los casos de intoxicación alcohólica o que el imputado lleve en su cuerpo sustancias estupefacientes que pueden generar un riesgo para su salud, la debida comunicación al órgano competente para ponerlo en conocimiento de la situación y que disponga de las medidas pertinentes no puede obviarse, sin perjuicio que la decisión escrita sea posteriormente incorporada a la causa.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha sostenido siempre esta posición. Así encontramos decisiones que han resuelto que *[...] tratándose, entonces, de pruebas relacionadas con la determinación del alcohol en sangre que poseía una persona al momento de haber sido cometido un hecho supuestamente delictivo, es evidente que su realización ha de considerarse siempre urgente en un procedimiento penal, por la manera en que se producen los ciclos de absorción, metabolización y catabolización de esta sustancia en el organismo, según se dijo. En consecuencia, cabe concluir que la Policía Judicial está autorizada a proceder directamente, por iniciativa propia, a la realización de estas pruebas (sea vía extracciones de sangre, sea a través de testeos mediante alcoholímetros o de cualquier otro medio de prueba tendiente a lo mismo), sin necesidad de orden expresa, escrita u oral, de la Fiscalía de Instrucción interviniente o de juez competente*¹⁰⁸⁰.

No compartimos esta decisión pues es perfectamente posible, aun en situaciones de urgencia, obtener una orden judicial oral que habilite a los funcionarios policiales a realizar una medida de injerencia corporal en el marco

¹⁰⁸⁰ Cámara Acus. 1° de Córdoba, “M., E., p/ lesiones culposas”, 13/11/07, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La investigación penal preparatoria. Función de las policías-II, Año 2012-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp.313 y ss.

de un proceso penal¹⁰⁸¹, debiendo quedar constancia en las actuaciones de dicha autorización. No parece razonable que se afirme que el domicilio de una persona goza de una protección especial y no puede ser allanado sin orden judicial, y no se tengan los mismos reparos para lo más íntimo de una persona como es su propio cuerpo. En este sentido, la CSJN sostuvo que *[l]a decisión de encuadrar constitucionalmente el derecho de Prieto a oponerse a la extracción compulsiva de sangre dentro de la protección del artículo 18 de la Constitución Nacional tiene una importante consecuencia que debe ser ponderada, pues dicha garantía admite que en ciertos supuestos el Estado pueda interferir en distintos aspectos de la vida privada de una persona. Esta posibilidad está dada por la necesaria intervención de un juez que deberá estimar si la medida es razonable, es decir, si tan grave interferencia en los derechos individuales está justificada en orden a obtener los elementos de juicio imprescindibles para fallar el caso*¹⁰⁸².

En el caso de la Provincia de Mendoza, la competencia judicial se inicia desde el primer momento de la investigación e incluso, en casos de urgencia, la necesaria intervención del Cuerpo Médico Forense requiere la orden, oral o escrita, de la Oficina Fiscal interviniente, razón por la cual ninguna situación justificaría que se realizara una medida de injerencia corporal sin orden judicial y sin que tuviera conocimiento de la misma el Fiscal de Instrucción¹⁰⁸³.

¹⁰⁸¹ Ya vimos que distinta es la competencia de la policía cuando actúa en el ámbito administrativo de prevención ya que aquí las medidas son generalizadas e indiscriminadas en aras de la seguridad nacional.

¹⁰⁸² CSJN Fallos 332:1769, voto de la Dra. Argibay. Si bien se analizaba la posibilidad de someter coactivamente a una extracción sanguínea a la víctima en un caso de apropiación de menores hijos de desaparecidos durante la última dictadura militar, entendemos que esta necesidad de intervención judicial es igualmente predicable cuando la medida alcanza al imputado.

¹⁰⁸³ El CPPMza prevé la actuación de Ayudantes Fiscales quienes actúan bajo la órbita y dirección del Fiscal de Instrucción, se ubican en las Oficinas Fiscales con asiento en las Comisarías. Ante la ocurrencia de un hecho delictivo, los funcionarios policiales deben ponerse en contacto en el primer momento con el Ayudante Fiscal quien impartirá las directivas pertinentes por delegación del Fiscal. Así lo establece el art.34Ibis CPPMza: “Los ayudantes fiscales tienen las siguientes funciones:

- a) Informar al Fiscal de Instrucción de todos los hechos delictivos cometidos en el ámbito de su actuación.
- b) Practicar los actos de investigación que les ordene el Fiscal de Instrucción de conformidad a las normas del Código Procesal Penal, ejecutando y haciendo ejecutar las instrucciones que a ese fin les impartan sus superiores. En caso de urgencia podrán adoptar las medidas cautelares imprescindibles, con arreglo al Código Procesal Penal.

Siendo ello así, consideramos que cualquier medida de investigación corporal practicada sin orden judicial resulta ilícita y, por lo tanto, carece de eficacia probatoria dentro del proceso penal por resultar violatoria de garantías constitucionales. Igualmente, deberá extenderse la ineficacia a todos aquellos elementos probatorios que no podrían haberse alcanzado sin su violación y fueran consecuencia de ella, en aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado. Tales serían las informaciones obtenidas por análisis posteriores realizados sobre las muestras biológicas que fueron adquiridas a través de una intervención corporal.

2.2 Motivación de la resolución judicial

El deber de motivación de las resoluciones implica que el órgano decisor ponga en palabras los motivos que tuvo en cuenta para ordenar la medida de investigación corporal, habiendo realizado el debido análisis de razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto. Este deber resulta evidente en aquellos supuestos como los que nos ocupan, es decir, actuaciones procesales que tienen incidencia en derechos fundamentales.

Cuando analizamos la necesidad de motivación de la decisión judicial en el Capítulo IV, hicimos referencia a que dicha exigencia no sólo tiene fundamento

c) Controlar la observancia de las normas constitucionales y legales relativas a los derechos y garantías de los imputados y de toda otra persona involucrada en la investigación, debiendo informar inmediatamente al Fiscal de Instrucción en caso de que los mismos fuesen vulnerados.

d) Brindar atención e información a los letrados, con arreglo a la ley.

e) Podrán ejercer la acción penal delegada, cumpliendo las instrucciones generales y particulares que les impartan sus superiores, en los siguientes casos:

1. Para realizar determinados actos de investigación en la causa.

2. Par la selección inicial de las causas y su distribución.

3. Actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en cualquier audiencia oral, durante la investigación penal preparatoria o en la etapa del juicio.

4. Actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en debate correccional o de Cámara y en el procedimiento de flagrancia.”.

constitucional en la forma republicana de gobierno -que exige el control de los actos de gobierno-, sino también en resguardo del derecho de defensa del imputado, pues la falta de motivación impide que éste pueda cuestionar la racionalidad de la medida. Afirma, en este sentido Díaz Cantón¹⁰⁸⁴, que la fundamentación constituye la exteriorización que realiza el Juez de la justificación racional de una determinada conclusión. Entiende el autor que, en nuestro ordenamiento jurídico, la falta de motivación se refiere tanto al supuesto en que no exista una expresión de dichos motivos como también cuando falta una justificación racional, aunque se haya explicitado en una decisión.

A pesar de la importancia que reviste la motivación en toda decisión judicial, máxime cuando de ella deriva la afectación de derechos fundamentales, lo cierto es que la CSJN ha considerado que la falta o insuficiente fundamentación constituye una violación de legislación ordinaria, aun cuando tenga incidencia en las garantías constitucionales. Ello significa que podrá declararse la nulidad de la medida dispuesta en función de la normativa vigente, la cual como analizamos *supra*, tiene una influencia distinta en el proceso respecto de las consecuencias derivadas de la exclusión probatoria.

En este sentido, la CSJN hizo una aproximación de esta doctrina resolviendo que *[l]a inviolabilidad del domicilio resguardada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, se concreta a través de la exigencia legal de que las órdenes de allanamiento emanen sólo de los jueces y que las resoluciones que las dispongan deban ser siempre fundadas. Asimismo, el examen de un proceso exige a los jueces valorar la concatenación de los actos de acuerdo con la sana crítica racional y atendiendo a las reglas de la lógica, las que se verían alteradas de anularse un procedimiento por la supuesta falta de fundamentación del auto que ordena un allanamiento cuando, como en el caso, su respaldo está*

¹⁰⁸⁴ DÍAZ CANTÓN, Fernando, “El control judicial de la motivación de la sentencia”, *Los recursos en el procedimiento penal*, (Comp. Maier, Julio), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999, p.59.

*dado o puede encontrarse, en las constancias de la causa anteriores al cuestionado decreto*¹⁰⁸⁵.

Sin embargo, fue en el caso “Minaglia” donde la Corte aborda directamente la cuestión referida a si la obligación de volcar los fundamentos del allanamiento en la decisión judicial es, además de una obligación procesal, una exigencia constitucional derivada de la garantía de la inviolabilidad del domicilio. Y la respuesta del Címero Tribunal fue negativa, considerando que [...] *no existe tal conexión entre el requisito procesal en cuestión y la garantía de la inviolabilidad del domicilio, toda vez que el hecho de que los motivos de un allanamiento consten o no en el acta respectiva (más allá de la eventual infracción procesal) no resulta en modo alguno suficiente para determinar si en un caso concreto ha concurrido o no los casos y justificativos que exige la Constitucional Nacional. Debe tenerse en cuenta, al respecto, que más allá de lo que se haga constar en el auto que dispone el allanamiento, lo que resulta esencial para que un allanamiento se ajuste a las pautas constitucionales es que del expediente (es decir, de las actuaciones públicas referidas a la investigación y sanción de una conducta presuntamente delictiva) surjan los motivos que le dieron sustento. Por ello, el juez o tribunal que debe analizar un caso en el que se cuestione la validez de un allanamiento deberá siempre estudiar los extremos objetivos agregados al expediente, sea que en el auto de allanamiento y en la orden se hayan hecho constar los motivos de acto o no*¹⁰⁸⁶.

Como puede advertirse, la CSJN resuelve claramente que la expresión por escrito de los fundamentos que justifican una orden de allanamiento no constituye una exigencia constitucional sino una exigencia de legislación ordinaria, es decir, del derecho procesal común. De tal forma, será suficiente que

¹⁰⁸⁵ CSJN Fallos 322:3225.

¹⁰⁸⁶ CSJN Fallos 330:3801.

la decisión encuentre debida fundamentación en las constancias anteriores del expediente.

Si bien es cierto que la jurisprudencia comentada se centra en las órdenes de allanamiento para registrar un domicilio, coincidimos con Rolón y Zysman Quirós¹⁰⁸⁷ en que este criterio también resulta extensible a otros ámbitos amparados por la garantía que protege la intimidad para los cuales se requiere orden judicial. Tal sería el supuesto de las injerencias corporales, en cuyo caso, en palabras de la CSJN, bastaría que los motivos se encuentren en el expediente, más allá de su plasmación escrita y, para el supuesto que ello no fuera así, correspondería que se declarara la nulidad del acto por tratarse de una prueba irregular¹⁰⁸⁸. Sin perjuicio de dicha jurisprudencia, advertimos que, teniendo en cuenta las especiales características de las medidas de investigación corporal, resulta difícil considerar que los motivos que las justifiquen, se encuentren en las constancias del expediente.

Ahora bien, tratándose de una prueba irregular, la nulidad de la decisión dependerá de que la misma no sólo afecte a un derecho o libertad, sino que también debe causar un gravamen irreparable. En efecto, como sostuvimos *supra*, la declaración de nulidad no es un fin en sí misma, sino que tiene por objeto preservar todas las garantías contenidas en la Constitución Nacional. Atento a ello, deberá analizarse en cada caso en concreto si corresponde o no la declaración de nulidad o si es posible la subsanación del acto viciado.

¹⁰⁸⁷ ROLÓN, Diego, ZYSMAN QUIRÓS, Diego, “El allanamiento de domicilio y la Corte Suprema. Un estudio a partir de los fallos Ventura y Minaglia”, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, (Direcc. Pitlenik, Leonardo), Tomo 4, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p.109.

¹⁰⁸⁸ Buen ejemplo de ello, lo constituye la decisión de la CSJN de fecha 03/11/15 que revocó una sentencia que había declarado la nulidad de una intervención telefónica en la cual no se había consignado por escrito los fundamentos, considerando el Máximo Tribunal que se había desatendido el precedente “Minaglia” que si bien se refería a la orden de allanamiento, la intervención telefónica requiere similares recaudos constitucionales y por ello resultaba aplicable su doctrina (CSJ “Silva, Pablo Sebastián s/causa 11.405). No se cita por Fallos porque no ha sido incorporado al repertorio.

2.3 Medida de investigación corporal desproporcionada

Uno de los aspectos centrales que determinan la legitimidad de una medida de investigación corporal es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma. En efecto, si bien se permite que el Estado realice una actividad que puede tener injerencia en los derechos fundamentales del imputado, para que la misma sea válida debe disponerse en base a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En este sentido, ha coincidido la doctrina y la jurisprudencia en afirmar que en estos casos corresponde analizar en cada supuesto si la injerencia se encuentra justificada por resultar adecuada para el fin que se pretende alcanzar, no existiendo alternativa menos restrictiva, y, teniendo en cuenta los intereses en juego, es decir que el sacrificio de los intereses individuales que conlleva la misma resulte proporcional con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.

Si bien podemos advertir que el análisis de la proporcionalidad se encuentra estrechamente vinculado con la motivación de la medida porque en ella se consignará el razonamiento judicial, y la falta de motivación generará indudablemente la imposibilidad de su control, lo cierto es que ello no siempre es así. En efecto, como vimos *supra*, es posible que, aunque exista una motivación escrita la misma carezca de fundamentación lógica, afectando de tal modo a la proporcionalidad y razonabilidad de la medida. Igualmente puede ocurrir que la medida se encuentre justificada conforme surge de las constancias de la causa, a pesar de que el órgano judicial no haya realizado una decisión acabadamente fundada.

Afirma Carbone que “[...] toda injerencia sobre los derechos fundamentales deberá legitimarse teniendo en cuenta dos extremos: si es adecuada o

proporcionada al punto que sea nada más y nada menos que eso o todo lo contrario; esa restricción sólo derivará en un menoscabo de tales derechos”¹⁰⁸⁹. Considera, por tanto, el autor que el principio de proporcionalidad surge de manera implícita del artículo 18 de la Constitución Nacional¹⁰⁹⁰, por lo que constituye una garantía constitucional.

Cuando analizamos el presupuesto de proporcionalidad de una injerencia en los derechos fundamentales, sostuvimos que se requiere, en primer lugar, que la medida sea idónea, es decir, que permita objetivamente alcanzar el fin propuesto teniendo en cuenta la existencia de elementos de sospecha sobre el imputado que justifique su práctica, sospecha que debe resultar razonable y que permita sostener, aun de manera probable, la participación del sujeto en el hecho investigado; en segundo lugar, debe analizarse si la misma resulta necesaria en el caso concreto por no existir una medida menos lesiva que permita obtener la información pertinente para el proceso; por último, deviene la necesaria ponderación entre el interés general y los intereses individuales involucrados.

En función de la apreciación de cada uno de tales aspectos, podrá determinarse la legitimidad de la medida, es decir, concluir que la misma se encuentra justificada en el caso concreto. *Contrario sensu*, la falta de alguno de aquéllos torna ilícitos los elementos probatorios obtenidos, tal como ha sido sostenido por la CSJN al resolver que [...] *una orden de registro –domiciliario o, como en este caso, de las comunicaciones telefónicas a los fines de develar su secreto y conocer su contenido- sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable. [...] en el caso, el juez no expresó las razones por las cuales consideró procedente la intervención telefónica dispuesta, tampoco remitió a ningún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha*

¹⁰⁸⁹ CARBONE, Carlos, *Requisitos constitucionales de las intervenciones telefónicas*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p.293.

¹⁰⁹⁰ *Vid* art.18 CN transcripto en nota 970.

*razonable y, por último, ni siquiera obra información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial examinada*¹⁰⁹¹.

En el fallo transcripto, el Máximo Tribunal considera que la intervención telefónica ha sido obtenida en violación de garantías constitucionales y, en aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, también invalida los actos subsiguientes. En efecto, dicha prueba ilícita permitió identificar sospechosos, intervenir otras líneas telefónicas, ordenar allanamientos y la detención, por lo que al no haber varios cauces de investigación, sino uno solo cuya vertiente estaba viciada, dicho vicio contaminó todo el curso del proceso. Si bien estos fallos se refieren a otro tipo de injerencias, su doctrina puede traspolarse a los casos de medidas de investigación corporal.

Como podemos advertir, la CSJN ha determinado que la falta de proporcionalidad de una medida de injerencia en derechos fundamentales implica una violación de garantías constitucionales y, en función de ello, carecen de eficacia probatoria los medios de prueba así obtenidos, ineficacia que se extiende a todos los actos que son su consecuencia.

La jurisprudencia de tribunales inferiores también ha dado tratamiento a la necesidad de que exista proporcionalidad cuando se trata de medidas que afectan a derechos fundamentales. Así la CNCP ha resuelto que *[...] a fin de analizar la validez del acto que ordena la interceptación y escucha de la línea telefónica debe evaluarse en el caso el requisito de la razón suficiente, a cuyo fin debe estimarse que el principio de razonabilidad exige que el “medio” utilizado para alcanzar un “fin válido” guarde proporción y aptitud suficiente con ese fin, o que haya existido una razón valedera para fundar dicho acto de poder*¹⁰⁹².

¹⁰⁹¹ CSJN Fallos 333:1674.

¹⁰⁹² CNCP, Sala IV, “G., G. A. s/recurso de casación”, 11/06/99.

Igualmente, en casos posteriores, ha sostenido que [...] *cuando el juez de instrucción se enfrenta con la posibilidad de ordenar una medida restrictiva de derechos fundamentales, no debe fundar su decisión en la certeza moral de que el sujeto pasivo de aquélla está incurriendo en un delito sino en un cúmulo de circunstancias que demuestren la razonabilidad de la medida*¹⁰⁹³.

De tal forma, para que la medida de injerencia no resulte violatoria de garantías constitucionales que la tornen ilícita, resulta ineludible que la misma aparezca como razonable y proporcionada en el caso en particular. Siendo ello así, hemos de concluir que la falta de proporcionalidad de la medida originaria afectaría a todas las pruebas obtenidas a partir de ella por aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado.

3. Inobservancia de la cadena de custodia

Uno de los aspectos centrales de la prueba científica es justamente asegurar o resguardar la cadena de custodia de las muestras o vestigios obtenidos en el lugar del hecho o del cuerpo de la víctima, como así también de las muestras extraídas del cuerpo del imputado. Como bien afirma Guariglia¹⁰⁹⁴, la cadena de custodia hace a la seguridad y confiabilidad de los medios de prueba porque cada eslabón representa a cada persona que ha manipulado la evidencia, y si la persecución penal pierde el dominio sobre alguno de ellos, el resultado es un eslabón perdido o hueco que quiebra la cadena de custodia.

De ello se colige la importancia de su preservación, puesto que el valor probatorio de los elementos materiales de prueba que se pretendan hacer valer en el juicio estará subordinado a que se haya garantizado la identidad e integridad de

¹⁰⁹³ CNCP, Sala I, “K., P. M. y otros s/recurso de casación”, 11/09/01.

¹⁰⁹⁴ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones...*, op.cit., p.31.

los mismos. Será entonces tarea del Ministerio Público exigir a quienes intervengan en el proceso de recolección y manipulación de muestras, el estricto cumplimiento de la cadena de custodia en tanto que es el órgano acusador quien tiene la responsabilidad probatoria en el proceso. Coincide en este punto Chaia¹⁰⁹⁵ al afirmar que, en un proceso acusatorio, el Fiscal es el primer interesado en preservar los efectos que surjan del material probatorio y que permitan lograr el esclarecimiento de los hechos.

Ahora bien, corresponde determinar cuáles son las consecuencias procesales que derivan del incumplimiento de la cadena de custodia. En otras palabras, qué incidencia tiene en el proceso la comprobación de que los datos probatorios que se pretenden ingresar han sido obtenidos sin observar la cadena de custodia, ya sea en su totalidad o en alguna de sus etapas o tramos. Para poder dar una acabada respuesta a tal interrogante, debemos analizar si dicho incumplimiento supone una violación de garantías constitucionales o si se trata de una afectación de la legalidad ordinaria que puede tornar ineficaz el acto.

Sobre este aspecto, la doctrina en general considera que la inobservancia de la cadena de custodia tornará inservible la evidencia sin que pueda alegarse su ilicitud y su exclusión. En efecto, si la cadena de custodia tiene por objeto asegurar la conservación de los elementos materiales de prueba, su incumplimiento podrá sembrar la duda y restarle valor de plena prueba en el proceso, pero lo cierto es que la obtención de dichos elementos probatorios no lo ha sido mediante la violación de garantías constitucionales que justifique considerarlos pruebas ilícitas.

En tal sentido, afirma Spósito¹⁰⁹⁶ que pueden presentarse todos los requisitos legales para la obtención de la prueba y que pueda plantearse la duda

¹⁰⁹⁵ CHAIA, Rubén, *La prueba en el proceso...*, op.cit., p.727.

¹⁰⁹⁶ SPÓSITO, Carolina, “Cadena de custodia...”, op.cit. p.307.

en cuanto a la conservación del material a peritar. Dicha circunstancia daría lugar a la declaración de nulidad, aunque no siempre pueda acarrearla, para lo cual deberá analizarse cada caso en concreto. Pero, al no tratarse de un proceder ilegítimo de obtención de prueba, no corresponde su exclusión porque no se ha violado ninguna garantía constitucional.

En otras palabras, no puede confundirse la fuerza probatoria de la evidencia con la licitud del mecanismo de obtención de dichos elementos probatorios. En el primer caso, podremos hablar de prueba irregular, en tanto que en el segundo, nos estamos refiriendo a la prueba propiamente ilícita.

Sin embargo, la jurisprudencia no siempre lo ha entendido de ese modo, tal como se aprecia en la decisión de la CNCCorr que, ante una inobservancia de la cadena de custodia, resolvió que *[...] las restricciones impuestas a la actividad probatoria a través de las aludidas reglas de garantía carecerían de sentido si la inobservancia de los preceptos no provocara la inadmisibilidad de incorporar al proceso los elementos de prueba obtenidos ilegítimamente, o bien excluirlos si ya fueron incorporados*¹⁰⁹⁷.

De tal forma, el Tribunal consideró que, al no haberse preservado la cadena de custodia, la fidelidad de ese material probatorio estaba en duda. En razón de ello y, ante una posible contaminación, correspondía excluirlo como elemento de cargo a fin de resguardar la garantía del debido proceso. Esta decisión jurisdiccional no estuvo exenta de críticas por parte de la doctrina. En este sentido, Carrió lamenta la indebida confusión entre nulidad y regla de exclusión pues considera que si “[...] en este caso, con apoyo en la afirmación de algún

¹⁰⁹⁷ CNCCorr, Sala I, “Fiscal s/apelación”, 24/05/12. La inobservancia de la cadena de custodia consistió en no colocar en los puertos de entrada de unas computadoras secuestradas las correspondientes fajas de seguridad cuando fueron remitidas desde sede policial al juzgado luego de haberse practicado los peritajes. Luego se ordenó una nueva pericia informática sobre los mismos ordenadores y esta diligencia se encomendó al Departamento de Computación de la Facultad de Ciencias Exactas de la Universidad de Buenos Aires.

perito, los imputados lograron sembrar en el magistrado dudas de si ciertos correos electrónicos preexistían o no a la diligencia de su incautación, podría admitirse que el “debido proceso” requiere que esa presunta prueba de cargo no reciba igual tratamiento que otras evidencias, atribuidas de manera indudable a los imputados”¹⁰⁹⁸.

Coincidimos con las críticas de Carrió toda vez que las consecuencias de aplicar las reglas de exclusión no son menores. En efecto, la extensión de la exclusión abarcó los correos electrónicos hallados, las pericas practicadas que permitieron su descubrimiento e incluso la posibilidad de extraer testimonios de las constancias del proceso hasta allí instruido, para que otros jueces investigaran otros delitos que podían surgir del material encontrado.

Como vemos, la errónea consideración de estar frente a una prueba ilícita significó un remedio extremo que, en modo alguno, podía vincularse con la violación de alguna garantía constitucional y que justificara tal decisión.

En sentido contrario al fallo comentado, entendemos que la falta de fiabilidad de prueba material por no haberse resguardado debidamente la cadena de custodia implicará, eventualmente y en la medida que corresponda, que pierda o disminuya su valor convictivo. Sin embargo, en tanto y en cuanto la obtención de aquella no lo haya sido en violación de garantías constitucionales, en modo alguno puede catalogarse como prueba ilícita y excluirse del proceso, máxime teniendo en cuenta que dicho efecto se va a extender a todas aquellas medidas probatorias que hayan sido, o que sean, su consecuencia directa, impidiéndose así, como surge del fallo comentado, el debido ejercicio del *ius puniendi*.

¹⁰⁹⁸ CARRIÓ, Alejandro, “Cadena de custodia, actuación policial y regla de exclusión (o matando una hormiga con un obús”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La investigación penal preparatoria. Función de las policías-I, Año 2012-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.37.

4. Posibilidad de repetición del acto de adquisición de prueba

Las medidas de investigación corporal implican, en la gran mayoría de los supuestos, la obtención de muestras biológicas para su posterior análisis o la utilización de determinadas técnicas científicas para explorar el cuerpo del imputado. Siendo ello así, se plantea la posibilidad de reiterar su práctica en el caso concreto¹⁰⁹⁹.

Entendemos que nada impide llevarla a cabo, en la medida en que sea fáctica y jurídicamente posible, porque ya sea que se trate de una prueba ilícita o una prueba irregular, no estamos ante obstáculos procesales que impidan la continuidad del trámite del proceso. Piénsese en la posibilidad de una extracción de sangre para realizar una prueba de ADN sin orden judicial. Es perfectamente posible reiterar esa medida si el órgano judicial, luego de un análisis de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la misma, ordena su realización. Igual afirmación puede predicarse de aquellos supuestos de prueba irregular sobre la que pesa la sanción de nulidad, siempre que sea posible su repetición. Adviértase que expresamente la legislación nacional admite, ya sea de oficio o a petición de parte, el saneamiento de los actos defectuosos antes de que se declare su nulidad, bien sea a través de su rectificación, renovación o cumplimiento válido¹¹⁰⁰.

Por supuesto que esta opción será viable en tanto y en cuanto no se haya llegado a la etapa final del proceso, debiendo concluir el mismo mediante el dictado de una sentencia. En tal caso, deberá distinguirse entre prueba ilícita y prueba irregular para determinar las consecuencias que cada una tendrá sobre el proceso.

¹⁰⁹⁹ Por supuesto que ello dependerá del tipo de medida dispuesta ya que si se trata de la determinación del ADN será factible, pero si la misma consistió en una prueba de alcoholemia, no será posible su repetición.

¹¹⁰⁰ *Vid.* art.123 CPPNación transcripto en nota 1015.

Volviendo a la posibilidad de reiteración de actos procesales defectuosos, vemos que Guariglia¹¹⁰¹ no es partidario de ella sin ciertos límites. Considera que aunque se admitiera dicha posibilidad, debería ser limitada en el tiempo, es decir, haciendo operativo el principio de preclusión, no siendo posible que el proceso se retrotraiga a instancias anteriores porque se tornaría una especie de *absolutio ab instancia* en la cual el imputado circula a través de las distintas fases procesales hasta que el Estado, finalmente, se decida a cumplir con la normativa legal. Buen ejemplo de ello, afirma Guariglia, son los fallos de los tribunales argentinos que, echando mano de la nulidad, reenvían a la etapa de la investigación preliminar casos en los cuales ha existido violación de garantías fundamentales durante la tramitación del proceso.

Si bien en la legislación procesal mendocina no existe ninguna limitación temporal respecto de la posibilidad de retrotraer el proceso como consecuencia de la declaración de nulidad¹¹⁰², en el ordenamiento nacional si se ha optado por limitar el reenvío a instancias anteriores cuando se produce la misma por haberse lesionado garantías del imputado¹¹⁰³. En función de ello, sólo será posible su reiteración siempre que no sea necesario retrotraer el proceso a instancias anteriores.

Como puede advertirse, deberá determinarse en cada supuesto en particular, la viabilidad de reiterar aquellas medidas de investigación corporal según sus

¹¹⁰¹ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones...*, op.cit., p.164, nota 472.

¹¹⁰² Lejos de ello, los supuestos de nulidad absoluta pueden ser declarados, aun de oficio, en cualquier estado y grado del proceso. Se consideran tales la inobservancia de las disposiciones referidas a los sujetos esenciales del proceso que impliquen violación de normas constitucionales o cuando así se establezca expresamente. Así se ha regulado en el art. 198 CPPMza: Conminación genérica “Se entenderá siempre prescripta bajo pena de nulidad la inobservancia de las disposiciones concernientes:

1. Al nombramiento, capacidad y constitución del Tribunal.

2. A la intervención del Ministerio Público en el proceso y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria.

3. A la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece.”

¹¹⁰³ *Vid.* art. 123 CPPNación transcripto en nota 1015. Considera D’Albora que con esta disposición se consagran los principios de progresividad y preclusión a fin de garantizar el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable (D’ALBORA, Nicolás, “La necesaria reforma...”, op.cit., p.3).

posibilidades jurídica y fácticas, siempre y cuando la instancia procesal así lo permita, es decir, antes del dictado de la sentencia que ponga fin al proceso. En esta última etapa, entendemos que corresponde el dictado de la resolución, omitiendo toda valoración de la prueba ilícitamente obtenida.

VI. Recapitulación

1. La legitimidad de los elementos probatorios que permiten fundar una sentencia de condena constituye una de las bases esenciales del Estado de Derecho. La regla de exclusión probatoria permite invalidar y excluir del proceso penal toda prueba obtenida ilícitamente.

2. Una concepción amplia de prueba ilícita incluye toda prueba obtenida en infracción de cualquier norma de adquisición de prueba, sea constitucional o de legalidad ordinaria, correspondiendo en ambos casos su exclusión. Igualmente se considera que, si la prueba no ha sido legalmente adquirida, cumpliendo todos los procedimientos y técnicas establecidos por la ley, no se podrá hablar del debido proceso legal que requiere acusación, prueba, defensa y sentencia, de conformidad con la garantía prevista por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

3. Un concepto restringido de prueba ilícita considera que no toda irregularidad en la adquisición de la prueba implica la exclusión de dicho elemento probatorio, dependiendo de la gravedad de la lesión la sanción que corresponda aplicar. Parte de la doctrina distingue entre prueba prohibida, prueba ilícita y prueba irregular, según sea prueba obtenida por métodos que atenten contra la dignidad humana, que haya sido adquirida en violación de derechos fundamentales o, en el último supuesto, que se haya inobservado una norma reglamentaria.

4. La doctrina argentina que sostiene un concepto restringido distingue entre prueba ilícita y prueba irregular. La primera se refiere a la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales o su reglamentación directa y, en el segundo supuesto, se incluye la que ha violado normas de rango ordinario que regulan la obtención y práctica de la prueba. La misma distinción realiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación, seguida por el resto de la jurisprudencia del país.

5. En función de las garantías constitucionales previstas en la Carta Magna, a los fines de adquisición de la prueba encontramos dos limitaciones, a saber: la garantía *nemo tenetur se ipsum accusare* y la protección de la intimidad vinculada con el domicilio, comunicaciones y papeles privados. Hoy en día, dicha intimidad se ha extendido también al cuerpo humano en su dimensión externa e interna en función de la jurisprudencia de la CSJN y demás tribunales inferiores.

6. El fundamento de las exclusiones probatorias sentado por la jurisprudencia de la CSJN es profundamente ético por considerar que no se puede otorgar valor probatorio al resultado de una actividad delictiva y apoyar sobre ésta una sentencia judicial. Ello comprometería la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria de un hecho ilícito. Efectivamente, no resulta admisible que el Estado pueda sacar provecho de sus propias ilicitudes, aunque la finalidad sea para lograr una rápida y eficiente ejecución de la ley penal.

El basamento normativo de las exclusiones probatorias surge implícitamente de la propia Constitución Nacional, aunque no se encuentren expresamente reguladas en los ordenamientos procesales, tal como ha sido sostenido por la doctrina y la jurisprudencia en general. Admitir eficacia

probatoria a la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales, significaría vaciar de contenido a la propia garantía.

7. La legislación procesal mendocina consagra expresamente la regla de exclusión probatoria considerando que se excluirán del proceso los elementos probatorios obtenidos en violación de garantías constitucionales. Sin embargo, en el ordenamiento nacional no se regula expresamente esta circunstancia y se otorga eficacia probatoria sólo a la prueba obtenida conforme a los principios y normas de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales y del propio Código Procesal. Esta regulación amplia no resulta acorde con la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal.

8. La consecuencia de la regla de exclusión es la ineficacia probatoria de la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales, independientemente de que el acto de obtención se haya cumplido dentro del proceso o antes de su comienzo y por personas que no revistan la calidad de sujetos procesales. Una vez excluida la prueba, el proceso no se retrotrae a ninguna etapa anterior pues su efecto radica en la imposibilidad de valorarla. Asimismo, la suerte del proceso dependerá de la existencia de otros elementos de prueba legalmente incorporados porque, en estos supuestos, puede subsistir la imputación aunque se haya excluido el eslabón probatorio viciado.

9. La teoría del fruto del árbol envenenado determina la extensión de la regla de exclusión pues implica la pérdida del valor probatorio no sólo de la prueba en sí misma ilícita, sino también de todo aquel material probatorio derivado de esa violación original, con independencia de que su posterior adquisición haya sido lícita. Es decir, se extienden los efectos a los medios de prueba inescindiblemente conectados con la prueba obtenida ilícitamente. A fin de determinar dicha extensión, la CSJN ha considerado en diversos fallos, que

tiene que existir entre los actos una concatenación causal sujeta a las leyes de la lógica.

10. El CPPMza regula igualmente la teoría del fruto del árbol envenenado al privar de eficacia probatoria también a las pruebas que fueran consecuencia necesaria de la prueba originariamente ilícita. De esta forma, debe existir una conexión lógica que permita establecer si la supresión de la prueba viciada alcanza también a otras pruebas incorporadas que deriven directamente de ésta.

11. A fin de atemperar los efectos de la regla de exclusión, se han elaborado distintas excepciones en la jurisprudencia comparada, tales como la actuación de buena fe de los funcionarios policiales, la mancha diluida o atenuada y el principio de proporcionalidad que tiene en cuenta la relación de importancia y gravedad entre el acto ilegal y las consecuencias negativas que pueden derivar de considerar ineficaz el elemento probatorio.

12. En la jurisprudencia española surge la tesis de la conexión de antijuridicidad, en la cual no basta una conexión causal entre la prueba ilícita y la derivada, sino que se requiere un plus que dependerá de la índole y característica de la vulneración originaria del derecho fundamental, del resultado de esa vulneración y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud.

13. La jurisprudencia argentina, fundamentalmente la CSJN, ha dado tratamiento a dos excepciones a la regla de exclusión: la fuente independiente y el descubrimiento inevitable.

La fuente independiente no constituye en rigor de verdad una excepción, pues se refiere a la existencia de un cauce investigativo distinto a la vía ilícita utilizada que permite obtener las pruebas cuestionadas mediante un

procedimiento lícito. Esta línea de investigación debe ser previa o contemporánea a la actividad irregular, debiendo constar en el expediente en forma expresa la existencia de la vía lícita que lleva al mismo resultado que el obtenido por la actividad ilícita.

La excepción del descubrimiento inevitable, por su parte, admite la utilización de una prueba ilícita por considerar que inevitablemente se iba a llegar a su descubrimiento por medios lícitos. No se requiere que la prueba haya sido efectivamente adquirida, sino que basta que exista esta posibilidad, si bien debe haber certeza con respecto a la ocurrencia futura. En caso contrario, esto es, si no es seguro que se encontrará igualmente ese elemento probatorio, su descubrimiento deja de ser inevitable.

14. La legislación procesal mendocina recepta expresamente la excepción del descubrimiento inevitable al excluir solamente la prueba derivada que, de acuerdo a las circunstancias del caso, no hubieran podido ser obtenidas sin la violación originaria. En el ordenamiento nacional, al no haberse regulado expresamente la exclusión probatoria, este efecto dependerá de las decisiones jurisprudenciales.

15. La posibilidad de utilizar una prueba obtenida ilícitamente que beneficia al imputado ha sido admitida por la doctrina por considerar que el orden jurídico incurriría en una contradicción frente al mandato constitucional que tiene por objeto proteger al individuo, poniendo límites al Estado. Sin embargo, dicha utilización no sería posible si la situación por la cual se origina la ilegalidad hubiera sido provocada o producida de forma voluntaria por el imputado.

El CPPMza no regula expresamente la posibilidad de la utilización en *bona parte*, a diferencia de la legislación nacional que establece que la violación de

una garantía no puede hacerse valer en perjuicio del imputado, lo cual permite inferir que si podrá utilizarse cuando sea beneficioso para éste.

16. Resulta necesario distinguir los supuestos de prueba ilícita y prueba irregular, ello así por las diferentes consecuencias que acarrea una y otra para el proceso. En la prueba ilícita corresponderá su exclusión, en tanto que la prueba irregular podrá o no ser declarada nula por inobservancia de legalidad procesal, siempre que la misma cause un gravamen irreparable. Así, la nulidad no constituye un fin en sí misma ni se admite su declaración en sólo beneficio de la ley.

17. Toda medida de injerencia en derechos fundamentales requiere la intervención de un órgano judicial que la autorice, situación que resulta aún más patente cuando la misma afecta al cuerpo del imputado. La falta de orden judicial torna ilícita la prueba obtenida por resultar violatoria de garantías constitucionales.

En el sistema procesal mendocino, la intervención judicial se inicia desde el primer momento de la investigación, razón por la cual no existe ninguna situación que justifique la falta de autorización del Fiscal de Instrucción para llevar a cabo una medida de investigación sobre el cuerpo del imputado.

18. La necesidad de intervención judicial se justifica pues será dicho órgano quien analice la razonabilidad de la injerencia dispuesta, expresando los motivos en los cuales ha basado su decisión. Sin embargo, la CSJN ha considerado que la falta o insuficiente motivación de la decisión judicial constituye una violación de legislación ordinaria que no afecta la garantía constitucional siempre que, la debida fundamentación, pueda extraerse de las constancias anteriores a su práctica que surjan del expediente. La motivación de la decisión judicial constituye una exigencia de legislación ordinaria y su

inobservancia da lugar a una prueba irregular con las consecuencias que de ella se derivan.

19. Toda actividad estatal que pueda tener injerencia en los derechos fundamentales del imputado resulta legítima en tanto y en cuanto reúna las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad. Esto implica que para disponer una medida de investigación corporal deberá analizarse si la misma es idónea, necesaria y proporcional en cada caso. La falta de proporcionalidad de la misma torna ilícita la prueba obtenida por constituir una violación de las garantías constitucionales, vicio que se va a extender a todas las pruebas obtenidas como consecuencia de ella.

20. El valor convictivo de una medida de investigación corporal puede verse mermado por no haber resguardado debidamente la cadena de custodia de la evidencia material. Sin embargo, si se han cumplido los requisitos legales para la obtención de la prueba sin haberse afectado ninguna garantía constitucional, la vulneración de la cadena de custodia no puede tornarla ilícita. En función de ello, corresponderá al Tribunal analizar, caso por caso, cuál es la incidencia que el quiebre de la cadena de custodia tendrá en la eficacia que se le va a otorgar a ese elemento probatorio.

21. En los supuestos en que sea fáctica y jurídicamente posible, puede reiterarse una medida de investigación corporal que se haya obtenido en violación de garantías constitucionales, o que al momento de su práctica no se haya observado la legalidad ordinaria. Ello dependerá de la etapa procesal en la que se disponga la exclusión o la nulidad de la medida dispuesta, pues en la instancia conclusiva, deberá el Tribunal dictar sentencia debiendo determinar, según se trate de una prueba ilícita o irregular, las consecuencias que cada una tendrá sobre el proceso.

CONCLUSIÓN FINAL

A lo largo de estas páginas hemos analizado un aspecto central del proceso penal, la determinación y utilización de medios de prueba que permitirán legitimar el dictado de una sentencia en un Estado de Derecho. La posibilidad del Estado de ejercitar el *ius puniendi* se encuentra atada a la actividad que los órganos de persecución desarrollen para obtener elementos probatorios que permitan determinar la responsabilidad penal de la persona sometida al proceso.

Los límites en la búsqueda de tales evidencias no siempre han sido claros, la historia da buena cuenta de ello. La utilización del imputado como objeto del proceso sometido a todo tipo de torturas y tormentos debe ser una muestra constante de lo que como sociedad no nos podemos permitir. La posibilidad de que el imputado se convierta en fuente de prueba debe partir siempre de la consideración de que merece absoluto respeto a su dignidad y, que su condición en el proceso, es de un sujeto de derechos con todas las connotaciones que conlleva.

El avance científico de los tiempos actuales ha implicado para el proceso penal lo que podríamos señalar como una “revolución probatoria”. Dejando de lado las épocas oscuras del medioevo, pasamos de contar con limitados elementos probatorios -centrados fundamentalmente en la declaración testimonial- a un enorme abanico de conocimientos que nos brinda la ciencia, sobre todo, la ciencia médica.

Hoy en día es posible, a través de la extracción de pequeñas muestras biológicas, determinar las sustancias que ha consumido el imputado o concluir si

adolesce de algún tipo de enfermedad. La aparatología moderna nos posibilita inspeccionar el interior del cuerpo de una persona con tanta precisión que permite averiguar no sólo si contiene algún elemento oculto en su interior, sino también especificar las lesiones que tiene o si el cuerpo ha sufrido algún tipo de manipulación.

Cuando irrumpió la genética forense en el proceso penal, pensamos que el límite estaría dado por elaborar la huella genética de una persona a partir del ADN no codificante en resguardo al derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa del imputado. Lo cierto es que, aún hoy, no se conocen en su totalidad las funciones de esta parte no codificante del ADN y, lo que resulta más sorprendente, ya se está hablando de la posibilidad de realizar retratos a partir del análisis del ADN contenido en una pequeña muestra biológica. Pero no nos detenemos aquí puesto que, a través de la neurociencia, nos encontramos frente a la posibilidad de examinar el cerebro del imputado. Podríamos decir, en un sentido figurado, que se nos permite ingresar en su cerebro con el objeto de obtener información sobre sus ideas, pensamientos y conocimientos.

Como podemos ver, las posibilidades que las ciencias y la tecnología brindan al proceso penal en su afán de búsqueda de la verdad y la determinación de las eventuales responsabilidades penales son enormes en la actualidad e impredecibles en el futuro. La velocidad en los descubrimientos científicos implica que éstos avanzan con significativas zancadas si las comparamos con los lentos pasos con los cuales evoluciona la ciencia jurídica.

Ello nos lleva a la primera reflexión: los hombres de derecho no podemos estar distraídos frente a las herramientas que nos brinda la ciencia, en cuanto a la posibilidad de obtener elementos probatorios del cuerpo del imputado. Y esta necesaria atención no sólo deriva de una visión interesada y utilitaria para el

proceso sino, principal y esencialmente, para resguardar la necesaria protección de los derechos fundamentales de todos. La utilización de la ciencia en el ámbito forense siempre debe encontrar un límite infranqueable que es la dignidad de la persona que se encuentra sometida a la persecución penal.

Resulta éste un aspecto fundamental porque nadie reniega de los aportes que pueden llegar desde la medicina o las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías para el descubrimiento y sanción de hechos delictivos. Al contrario, estos avances han significado muchas veces la diferencia entre la determinación de la responsabilidad penal o la impunidad con la consecuente afectación del interés social en la pronta ejecución de la ley. Sin embargo, estas colaboraciones no pueden ingresar al proceso sin un adecuado análisis desde el punto de vista ético y jurídico para no caer en el error de que el fin justifica la utilización de cualquier medio. Baste como ejemplo la posibilidad de echar mano a los sueros de la verdad o narcoanálisis para obtener elementos de prueba provechosos para el descubrimiento de la verdad.

Como puede advertirse, la tensión entre lo que la ciencia puede hacer y lo que el derecho permite hacer en materia probatoria es constante. Es por ello que se requiere un enfoque interdisciplinario que permita avanzar responsablemente en beneficio de todos, lo cual nos conduce a la segunda reflexión: la necesidad de una adecuada legislación, pues la realidad ha superado la previsión normativa.

En este punto, el legislador mendocino –a diferencia del nacional-, está en deuda pues las reformas introducidas en materia de injerencias corporales, lejos de haber realizado una regulación clara y respetuosa de los derechos fundamentales, ha sido deficiente y desproporcionada. La importante confusión entre medios de prueba y medios de identificación del imputado se ha visto reflejada en las disposiciones del ordenamiento procesal. Poco queda por decir que no se haya dicho del Registro Provincial de Huella Genética, es de esperar

que próximas reformas introduzcan algo de racionalidad en la legislación vigente.

La siguiente reflexión está dirigida a quienes tienen en sus manos la administración de justicia: el equilibrio necesario entre la utilización de las nuevas herramientas que nos llegan desde las ciencias y las tecnologías para obtener prueba del cuerpo del imputado y el resguardo de sus derechos requiere de la intervención y medida de los órganos judiciales. Como bien afirmaba Alberdi en su obra “[...] la ley, la Constitución, el gobierno, son palabras vacías si no se reducen a hechos por la mano del juez que, en último resultado, es quien los hace ser realidad o mentira”¹¹⁰⁴.

Podemos concluir, entonces, que debemos mirar hacia el futuro y sacar el máximo provecho de los avances científicos en la actividad probatoria que los órganos estatales lleven adelante en el ejercicio del *ius puniendi*, pero manteniendo vivo el recuerdo del pasado para no olvidar cuáles son los límites que no debemos pasar. Esperamos que este trabajo contribuya a ello.

¹¹⁰⁴ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1920, p.97.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

- Fallos 46:36
- Fallos 255:18
- Fallos 288:240
- Fallos 288:325
- Fallos 299:265
- Fallos 300:894
- Fallos 303:1938
- Fallos 306:1752
- Fallos 306:2:1892
- Fallos 307:1094
- Fallos 307:1430
- Fallos 307:2262
- Fallos 308:733
- Fallos 308:2668
- Fallos 310:1847
- Fallos 310:2102
- Fallos 310:2402
- Fallos 311:1565
- Fallos 312:318
- Fallos 312:496
- Fallos 313:1113
- Fallos 314:424
- Fallos 316:479
- Fallos 317:1985

-Fallos 318:2518
-Fallos 320:1717
-Fallos 320:1891
-Fallos 321:3555
-Fallos 322:3225
-Fallos 323:3239
-Fallos 325:1404
-Fallos 325:2485
-Fallos 325:3118
-Fallos 326:3758
-Fallos 327:3753
-Fallos 328:797
-Fallos 329:5239.
-Fallos 329:5596
-Fallos 329:5832
-Fallos 330:1497
-Fallos 330:3801
-Fallos 330:4549
-Fallos 331:525
-Fallos 331:2109
-Fallos 332:1210
-Fallos 332:1716
-Fallos 332:1769
-Fallos 332:2397
-Fallos 333:405
-Fallos 333:1674
-Fallos 334:1081
-Fallos 347:721

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL

- Sala I, “K., P. M. s/recurso de casación”, Sentencia de 11 de septiembre de 2001.
- Sala I, “S., V. A. y otros s/recurso de casación”, Sentencia de 18 de noviembre de 2003.
- Sala II, “J. de S., K. P. s/recurso de casación”, Sentencia de 21 de septiembre de 1999.
- Sala II, “C., G. R. s/recurso de casación”, Sentencia de 05 de octubre de 1999.
- Sala II, “B. E., C s/recurso de casación”, Sentencia de 14 de mayo de 2004.
- Sala II, “D., G. s/recurso de casación”, Sentencia de 30 de noviembre de 2004.
- Sala II, “N. H. y otro”, Sentencia de 02 de junio de 2011.
- Sala II, “D., E. R. s/recurso de casación”, Sentencia de 25 de noviembre de 2011.
- Sala III, “K., C. s/recurso de casación”, Sentencia de 25 de abril de 1994.
- Sala III, “T. s/recurso de casación”, Sentencia de 12 de julio de 1999.
- Sala III, “S. s/recurso de casación”, Sentencia de 18 de febrero de 2000.
- Sala III, “T.I., A. s/recurso de casación”, Sentencia de 27 marzo de 2000.
- Sala III, “T.C., O. s/recurso de casación”, Sentencia de 24 de abril de 2000.
- Sala III, “S.M., J. s/recurso de casación”, Sentencia de 31 de mayo de 2006.
- Sala IV, “G., G. A. s/recurso de casación”, Sentencia de 11 de junio de 1999.
- Sala IV, “B., R. s/recurso de casación”, Sentencia de 27 de diciembre de 1999.
- Sala IV, “M., M. s/recurso de casación”, Sentencia de 28 de mayo de 2007.
- Sala IV, “P., H.D. s/recurso de casación”, Sentencia de 08 de julio de 2011.

OTROS TRIBUNALES NACIONALES

-CNCCorr., Sala I, “M. De P., T. s/recurso de apelación”, de 10 de agosto de 1984.

-CNCCorr., Sala I, “A., C. s/extracción de sangre”, de 21 de diciembre de 1990.

-CNCCorr., Sala I, “Fiscal s/recurso de apelación”, 24 de mayo de 2012.

-CNCCorr., Sala II, “G., C. y otros s/recurso de apelación”, de 16 de mayo de 1989.

-CNCCorr., Sala III, “P., G. s/recurso de apelación”, de 06 de julio de 1982

-CNCCorr., Sala VI, “G. E., J.M. s/recurso de apelación”, 04 de agosto de 1983.

-CNCCorr., Sala VII, “R. S., A. s/recurso de apelación”, 01 de octubre de 1996.

-CNCCorr., Sala VII, “G., V., s/recurso de apelación”, 09 de abril de 2008.

-CNCCorr., Sala VII, “F. R., s/extracción de sangre”, de 09 de noviembre de 2010.

-SCJMza LS 381-87.

-SCJMza LS 408-110.

-SCJMza LS 416-008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Casos contenciosos

-Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988.

- Caso Loaysa Tamayo vs. Perú, Sentencia de 17 de septiembre de 1997.
- Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.
- Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006.
- Caso Penal Castro vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.
- Caso Buenos Alves vs. Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2007.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñíguez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007.
- Caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela, Sentencia de 05 de agosto de 2008.
- Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 06 de agosto de 2008.
- Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2009.
- Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009.
- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
- Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, Sentencia de 26 de agosto de 2011.
- Caso Familia Barrios vs. Venezuela, Sentencia de 24 de noviembre de 2011.
- Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Sentencia de 29 de noviembre de 2011.
- Caso García Ramírez y familiares vs. Guatemala, Sentencia de 29 de noviembre de 2012.

Opiniones consultivas

- OC 6/86, de 09 de mayo
- OC 8/87, de 30 de enero

-OC 16/99, de 01 de octubre

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

-Informe 38/96, Argentina, de 15 de octubre

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

-Demanda Irlanda c. Reino Unido, Sentencia de 18 de enero de 1978.

-Demanda Campbell y Cosans c. Reino Unido, Sentencia de 25 de febrero de 1982.

-Demanda Tomas c. Francia, Sentencia de 27 de agosto de 1992.

-Demanda Funke c. Francia, Sentencia de 25 de febrero de 1993.

-Demanda Murray c. Reino Unido, Sentencia de 08 de febrero de 1996.

-Demanda Saunders c. Reino Unido, Sentencia de 17 de diciembre de 1996.

-Demanda Ascoy c. Turquía, Sentencia de 18 de diciembre de 1996.

-Demanda Y.F. c. Turquía, Sentencia de 22 de julio de 2003.

-Demanda S. y Mayer c. Reino Unido, Sentencia de 04 de diciembre de 2004.

-Demanda Nada c. Suiza, Sentencia de 12 de septiembre de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

-STC 114/1984, de 29 de noviembre

-STC 44/1985, de 22 de marzo

-STC 53/1985, de 11 de abril

-STC 107/1985, de 07 de octubre

- STC 98/1986, de 10 de julio
- STC 159/1986, de 16 de diciembre
- STC 22/1988, de 18 de febrero
- STC 137/1988, de 07 de julio
- STC 37/1989, de 15 de febrero
- STC 135/1989, de 19 de julio
- STC 120/1990, de 27 de junio
- STC 137/1990, de 19 de julio
- STC 154/1990, de 15 de octubre
- STC 181/1990, de 15 de noviembre
- STC 186/1990, de 15 de noviembre
- STC 282/1991, de 26 de noviembre
- STC 140/1991, de 20 de junio
- STC 10/1992, de 16 de enero
- STC 57/1994, de 28 de febrero
- STC 103/1995, de 04 de octubre
- STC 197/1995, de 21 de diciembre
- STC 35/1996, de 11 de marzo
- STC 207/1996, de 16 de diciembre
- STC 161/1997, de 02 de octubre
- STC 234/1997, de 18 de diciembre
- STC 91/2000, de 30 de marzo
- STC 299/2000, de 30 de noviembre
- STC 25/2005, de 14 de febrero
- STC 104/2006, de 03 de abril
- STC 206/2007, de 24 de septiembre
- STC 171/2013, de 07 de octubre
- STC 14/2014, de 30 de enero

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

- STS 2125/1991, de 15 de enero
- STS 446/1996, de 11 de mayo
- STS 448/1997, de 04 de marzo
- STS 974/1997, de 04 de julio
- STS 607/1997, de 03 de noviembre
- STS 432/2001, de 16 de marzo
- STS 803/2003, de 04 de junio
- STS 1579/2005, de 22 de diciembre
- STS 298/2008, de 26 de mayo
- STS 707/2008, de 30 de octubre
- STS 277/2009, de 13 de abril
- STS 677/2009, de 16 de junio
- STS 737/2009, de 06 de julio
- STS 151/2010, de 22 de febrero
- STS 383/2010, de 05 de mayo
- STS 768/2010, de 15 de septiembre
- STS 827/2011, de 15 de febrero

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS

- Caso Boyd vs. U. S., 116 U.S. 616, 1886.
- Caso Weeks vs. U. S., 232 U.S. 383, 1914.
- Caso Silverthorne Lumber Co vs. U.S., 251 U.S. 385, 1920.
- Caso Holt vs. U. S., 231 U.S., 1920.
- Caso Nardone vs. U.S., 308 U.S. 338, 1939
- Caso Rochin vs. California, 342 U.S. 165, 1952.

- Caso Wong Sun vs. U.S., 371 U.S. 471, 1963.
- Caso Schmerber vs. California, 348 U.S. 757, 1966.
- Caso Brown vs. Illinois, 422 U.S. 590, 1975.
- Caso Nix vs. Williamns, 467 U.S. 442, 1984.
- Caso Feldhacker vs. U.S., 849 U.S. 293, 1988.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-822/2005, de 10 de agosto.

BIBLIOGRAFÍA

-ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1920.

-ALBRECHT, Peter-Alexis, “Coordenadas de una legalidad penal en el Estado de Derecho: Principio de la proporcionalidad, Principio de la legalidad, Principio de la oficialidad”, traducción de Dirk Stima, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, La investigación penal preparatoria. Función de las policías- II, Año 2012-2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

-ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, *La prueba de ADN en el proceso penal*, Ed. Comares, Granada, 2008.

—“La prueba por marcadores de ADN”, <https://www.fiscal.es>.

-ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, www.biblio.juridicas.unam.mx.

-ANDREU NICUESA, Cristina, VALDIZÁN USÓN, José Ramón, “Potencial Evocado Cognitivo P300 en la investigación pericial (P300-pericial)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso*, núm. 33, enero-abril de 2014.

-ARAZI, Roland, “Prueba ilícita y prueba científica. Conceptos generales”, *Prueba ilícita y prueba científica* (Dir. Roland Arazi), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

-ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparativo)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

— *Lecciones de Derecho procesal penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

— *Sistemas procesales penales, La justicia penal en Europa y América*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

-AROCENA, Gustavo, “La protección del imputado frente a injerencias indebidas en su ámbito privado”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La injerencia en los derechos fundamentales del imputado-II, Año 2006-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

— “La valoración de la prueba (Con especial referencia a la reconstrucción del hecho, las pericias y las interpretaciones)”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La prueba en el proceso penal – I, Año 2009-1, Ed. Rubizal-Culzoni, Santa Fe.

-AZAOLA CALDERÓN, Luis, “Las intervenciones corporales, un análisis comparativo entre México y España”, www.fldm.edu.mx.

-BADENI, Gregorio *Instituciones de Derecho Constitucional*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, Tomo I.

-BALCARCE, Fabián, *Análisis penal procesal*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.

-BASTERRA, Marcela, “¿Es constitucional la prueba de ADN en el proceso penal? Registro de violadores y derecho a la intimidad”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La prueba en el proceso penal-I, Año 2009-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

-BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Traducción Juan Antonio de la Casas, Ed. Proa XXI, Buenos Aires, 2004.

-BELTRÁN MONTOLIU, Ana, “Comentario sobre la sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano: Maryland v. King de 3 de junio de 2013”, en *La prueba de ADN en el proceso penal*, (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

-BERGEL, Salvador, “Información genética y derecho”, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, (Coords. María Casado y Margarita Guillén), Observatori de Bioètica i Diret, Universidad de Barcelona, 2014.

-BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1996, Tomo I.

— *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ed. Ediar, 1995, Buenos Aires, Tomo VI.

-BINDER, Alberto, *El incumplimiento de las formas procesales*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

— *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

-BLOCH, Ivana, HOCKL, María Cecilia, “La extracción compulsiva de sangre según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, (Comp. Gabriel Ignacio Anitua y Mariano Gaitán), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012.

-BOHÓRQUEZ MONSALVE, Viviana, AGUIRRE ROMÁN, Javier, “Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Sur*, Vol.6, n°.11, diciembre 2009, p.59, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24903.pdf>

-BONGIOVANNI SERVERA, José Gabriel, *La prueba de ADN en el proceso penal. Análisis del artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación y su discusión parlamentaria*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012.

-CABRERA CARO, Leticia, “Autonomía y dignidad: la titularidad de los derechos”, en *Anuario de Derecho Humanos*. Nueva Época, Vol.3, (2002).

-CAFFERATA NORES, José, *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1994.

— *Proceso penal y derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

-CAFFERATA NORES, José, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *La Prueba en el Proceso Penal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

-CAFFERATA NORES, José, TARDITI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, Tomo 1.

-CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los Jueces escrito por un Abogado*, Traducción de la Tercera edición italiana de Firenze publicada por Le Monnier, Traducción de Ayerra Redín, Santiago Sentís Melendo y Conrado Finzi, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997.

-CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006.

-CARBONE, Carlos, *La prueba penal ante la coerción del imputado*, Ed. Nova Tesis, Buenos Aires, 2007.

— *Requisitos constitucionales de las intervenciones telefónicas*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

-CARRACEDO, Ángel, “ADN: La genética forense y sus aplicaciones en investigación criminal”, *La prueba de ADN en el proceso penal* (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

-CARRACEDO, Ángel, PRIETO, Lourdes, “Valoración de la prueba genética”, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, (Coords. María Casado y Margarita Guillén), Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, 2014.

-CARRIÓ, Alejandro, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

— “Cadena de custodia, actuación policial y regla de exclusión (o matando una hormiga con un obús”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La investigación penal preparatoria. Función de las policías-I, Año 2012-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

-CARUSO FONTÁN, Viviana, “Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y Derecho a la Intimidad Genética”, www.dialnet.unirioja.es.

-CASADO, María, “Reflexiones bioético-jurídicas sobre el uso de muestras, perfiles, datos y bancos de ADN”, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos* (Coord. María Casado y Margarita Guillén), Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, 2014.

-CASAL, Jesús María, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*, (Ed. Steiner Christian y Uribe Patricia), Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Ed. Plural, Bolivia, 2014.

-CASTILLEJO MANZANAREZ, Raquel, “La prueba pericial de los análisis de ADN”, *Problemas actuales de la justicia penal*, (Dir. Nicolás González-Cuellar Serrano, Coords. Ágatha Sanz Hermida y Juan Carlos Ortiz Pradillo), Ed. Colex, Madrid, 2013.

-CAYUSO, Susana, “La prueba compulsiva de sangre y los derechos y garantías constitucionales. Confrontación o armonía”, *LL*, 2003-F.

-CHAIA, Rubén, *La prueba en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013.

-CHIERI, Primarosa, BASÍLICO, Ricardo, *El ADN en criminalística*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2014.

-CHIERI, Primarosa, ZANNONI, Eduardo, *Prueba del ADN*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999.

-CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ediar, Córdoba, 1962, Tomo II.

— *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ediar, Córdoba, 1963, Tomo III.

— *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ediar, Córdoba, 1969, Tomo V.

-CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “¿Listado de delitos en relación con las bases de datos identificadores de ADN? Significado y alcance de la prueba de ADN en el proceso penal, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos* (Coord. María Casado y Margarita Guillén, Margarita), Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, 2014.

-CORDA, Alessandro, “Neurociencias y Derecho Penal desde el prisma de la dimensión procesal”, *Neurociencia y proceso penal*, (Direc. Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

-CÓRDOBA, Gabriela, “Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba. Obtención de ADN y nemo tenetur”, *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, (Comps. Gabriel Ignacio Anitua y Mariano Gaitán), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012.

-COUSSIRAT, Jorge A., *Código Procesal comentado de la Provincia de Mendoza* (Dir. Jorge Coussirat), Ed. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2013, Tomo I.

— “Las garantías de contenido procesal en las Constituciones Provinciales y en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Derecho Público Provincial y Municipal*, Volumen II, (Dir. Dardo Pérez Guilhou, Coord. María Gabriela Ábalos), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

— “El Ministerio Público en la República Argentina”, *Derecho Público Provincial y Municipal*, Volumen III, (Dir. Dardo Pérez Guilhou, Coord. María Gabriela Ábalos), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007.

-COUSSIRAT, Jorge, PEÑALOZA, Fernando, GUAJARDO, Laura y QUIROGA, M. Paula, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2008, Tomo 1.

- D'ALBORA, Nicolás, “La necesaria reforma del Código Procesal Penal de la Nación (Una nueva oportunidad para saldar una deuda pendiente)”, *LL*, 2014-F.
- D'ALESSIO, José, “Privacidad e impunidad”, <http://www.palermo.edu>.
- DE ASIS ROIG, Rafael, “Sobre los límites de los derechos”, *Revista Derechos y Libertades*, nº3, año II (1994), <http://e-archivo.uc3m.es>.
- DE HOYOS SANCHO, Monserrat, “Estudio crítico de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de los requisitos y garantías en la toma de muestras de ADN del sospechoso”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 36, Enero-Junio 2012, Universidad de Deusto, Bilbao.
- DE LA RÚA, Fernando, *Proceso y Justicia*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1980.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Reflexiones sobre la Prueba Ilícita”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La prueba en el proceso penal – II, Año 2009-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- DE LUCA, Javier Augusto, “Notas sobre la cláusula contra la autoincriminación coaccionada”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año V, nº 9 B, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.
- “El cuerpo y la prueba,” en *Revista de Derecho Procesal Penal*, La injerencia en los derechos fundamentales del imputado-III, Año 2007-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- “Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y garantías constitucionales”, *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos* (Comp. Gabriel Ignacio Anitua y Mariano Gaitán), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012.
- DE PAOLIS, María Liliana, *Código Procesal Penal comentado de la Provincia de Mendoza*, (Coord. Jorge Coussirat), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, Tomo II.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, TORRES MORATO, Miguel Ángel, *La Prueba Ilícita Penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012.
- DÍAZ CANTÓN, Fernando, “El control judicial de la motivación de la sentencia”, *Los recursos en el procedimiento penal*, (Comp. Julio Maier), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999.

— “Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba”, *Nueva Doctrina Penal*, 1999-A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

-DONNA, Edgardo, *Derecho Penal- Parte General*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, Tomo I.

-DOTÚ I GURI, María del Mar, *Los derechos fundamentales, Derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*, Ed. Bosch, España, 2013.

-DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, Ed. Bosch, España, 2014.

-EDWARDS, Carlos, *Garantías constitucionales en materia penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.

—*La prueba ilegal en el proceso penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 2000.

-EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, Tomo I.

-ESCUDERO, José, FLORES, Sandra, PERASSI, Mauro, *Cadena de custodia de los elementos probatorios en el proceso penal*, Ed. Instituto Técnico Superior Juan Vucetich, Mendoza.

-ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Ed. Trivium, Madrid, 1999.

— *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Ed. Comares, Granada, 2000.

— “La protección de los datos de ADN en la Unión Europea y en España”, *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, (Dir. María José Cabezudo Bajo), Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

-EUSAMIO MAZAGATOS, Ester, SÁNCHEZ RUBIO, Ana, *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

-EYMERICO, Nicolao, *Manual de Inquisidores para uso de las Inquisiciones de España y Portugal, o Compendio de la obra intitulada Directorio de*

Inquisidores, Inquisidor general de Aragón, traducida por Don J. Marchena, Francia, 1821.

-FALCONE, Roberto, *Las garantías del imputado frente a la persecución penal estatal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2007.

-FARFÁN ESPUNY, María José, “Recogida de muestras biológicas y obtención del perfil de ADN en el laboratorio forense”, *Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, (Dir. María José Cabezudo Bajo), Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

-FAVAROTO, Ricardo, “El derecho a negarse a cooperar con la acusación”, *Garantías penales en Argentina España y sus sistemas de integración regional*, (Dir. Nicolás García Rivas y Marceo Riquert), Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011.

-FELDMAN, Gustavo, *El Pacto de San José de Costa Rica*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997.

-FERNÁNDEZ ACEBO, María Dolores, *Las intervenciones corporales en el Ordenamiento Jurídico Español*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

-FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón- Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2006.

— *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Ed. Trotta, 7ª ed., Madrid, 2010.

-FERRERYRA de DE LA RÚA, Angelina, BELLA, Gabriela María, “Prueba Científica, examen de ADN y otros análogos. Inspección corporal” *Prueba ilícita y prueba científica* (Dir. Roland Arazi), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

-FIGARI, Rubén, “Sobre la ley 26.879 de Registro Nacional de Datos Genéticos para los delitos contra la integridad sexual”, www.rubenfigari.com.ar.

-FLEMING, Ariel, LÓPEZ VIÑALS, Pablo, *Garantías del imputado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

-FRANANO, Victoria, *Código Procesal Penal comentado de la Provincia de Mendoza*, (Coord. Jorge Coussirat), Ed. La Ley, Mendoza, 2012, Tomo II.

-FRÍAS MARTÍNEZ, Emilio, “ADN y privacidad en el proceso penal”, *Diario La Ley* n° 8159, Sección Doctrina, 30 de septiembre de 2013, Año XXXIV.

-GAITÁN, Mariano, “La legitimidad de las pruebas genéticas sin consentimiento de la víctima según los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos* (Comp. Gabriel Ignacio Anitua y Mariano Gaitán), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012.

-GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, “La dignidad humana: núcleo duro de los Derechos Humanos” <http://www.unla.mx>.

-GARCÍA, Luis, “Dime quién eres, pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para identificación de personas. Los claroscuros del caso “Tumbeiro””, *LL*, 2003-A.

—“El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”, en *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal*, (Comps. Florencia Plazas y Luciano Hazan), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2015.

-GARIBALDI, Gustavo, *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito, Su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.

-GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Prueba científica. Un mapa de retos”, *Estándares de prueba y prueba científica*, (Ed. Carmen Vázquez) Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

-GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.

-GIL HERNÁNDEZ, Ángel *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Ed. Colex, Madrid, 1995.

—“La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal”, *Revista Actualidad Penal*, 1996-2, España.

-GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2013.

-GODOY BERROCAL, María Elena, “Cadena de custodia de los elementos materiales de prueba en la etapa de la investigación penal”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La investigación penal preparatoria-I, Año 2011-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

-GÓMEZ AMIGO, Luis, “La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN (1)”, *Diario La Ley*, N° 8324, Sección doctrina, 3 de junio de 2014. Año XXXV.

— “Seminario interdisciplinar Fuentes de Prueba y Nuevas Formas de Criminalidad”, Universidad de Almería, 2001.

-GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal adversarial- Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio*, Ed. Ubijus, México, 2012.

— “Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada; el análisis de ADN”, *La prueba de ADN en el proceso penal* (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

— “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, *Prueba y proceso penal, Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado* (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

-GÓMEZ URSO, Juan Facundo, *Manual de actuación para la policía judicial, de investigaciones, de seguridad, fuerzas municipales e instructores judiciales*, Ed. Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2013.

-GONZÁLEZ CHARVAY, Adrián, *La protección constitucional de la intimidad*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2012.

-GONZÁLEZ, Joaquín V, *Manual de la Constitución Argentina*, Ed. Estrada, Buenos Aires, 1959.

-GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis, “Reflexiones sobre el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-06 (2015), <http://criminet.ugr.es>.

-GORGAS, María, HAIKABEDIÁN, Maximiliano, “El control científico y tecnológico de la verdad en la declaración del imputado. A propósito del uso de la neuroimagen”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Núm. 3/2007, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires.

-GÖSSEL, Karl Heinz, *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, Obras completas, Tomo I, Colección Autores de Derecho Penal, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

— “La prueba ilícita en el proceso penal”, *Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales* –I, Año 2001-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

-GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

-GUILLÉN, Margarita, “La mal llamada huella genética. Una metáfora científica frente al uso forense de la prueba de ADN”, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos* (Coords. María Casado y Margarita Guillén), Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, 2014.

-GULLCO, Hernán, “¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?”, en *Doctrina Penal*, Año 12, N° 45/48, Ed. Depalma, Buenos Aires.

-GUZMÁN FLUJA, Vicente, “La anticipación y aseguramiento de la prueba penal”, *Prueba y proceso penal, Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado* (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

-HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Requisas y otras inspecciones corporales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012.

— *Novedades sobre la prueba judicial*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2008.

— *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2012.

-HAMMERSCHMIDT, Denise, *Identificación genética, discriminación y criminalidad*, Ed. Juruá, Lisboa, 2014.

-HERRERA BRAVO, Rodolfo, “Los registros de ADN y los derechos constitucionales: ¿Cómo esquilar sin despellejar?”, <http://www.alfaredi.org/sites/default/articles/files/herrera.pdf>.

-HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1999.

-IBAÑEZ RIVAS, Juana María, *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario*, (Ed. Christian Steiner y Patricia Uribe), Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Ed. Plural, Bolivia, 2014.

-IGLESIAS CANGLE, Inés, *Investigación sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Ed. Colex, Madrid, 2003.

-IRIARTE, Luis, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Dir. Daniel Sabsay, Coord. Pablo Manili), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, Tomo 1.

-IUD, Alan, “El análisis de ADN en el proceso penal”, *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal* (Comps. Florencia Plazas y Luciano Hazan), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2015.

-JAUCHEN, Eduardo, *Derechos del imputado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

— “Derecho del imputado y su defensor a interrogar testigos y peritos de cargo y descargo”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La defensa penal-I, Año 2010-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

— “La cadena de custodia”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La investigación penal preparatoria-I, Año 2011- 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

-JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1983, Tomo IV.

-LABRADA RUBIO, Valle, “La dignidad del hombre y el ejercicio de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, volumen 11, 2000, Universidad Complutense de Madrid, <http://revistas.ucm.es>.

-LANGER, Máximo, “La requisita personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

-LAREU HUIBOBRO, Victoria, “Nuevos poliformismos de ADN: predicción del origen biogeográfico y características físicas”, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos* (Coords. María Casado y Margarita Guillén), Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, 2014.

-LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

-LIBANO BERISTAIN, Arantza, “Notas sobre la admisibilidad de la prueba neurofisiológica (P300) en el proceso penal español”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 40, Enero-Junio 2014, Universidad de Deusto, Bilbao.

-LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, Tomo III.

-LÓPEZ ORTEGA, Juan José, “La tutela de la intimidad genética en la investigación penal. A propósito de la STC 199/2013 y de la SAP Sevilla 650/2013”, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos* (Coords. María Casado y Margarita Guillén), Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, 2014.

-LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, “Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN”, www.dialnet.unirioja.es.

-MAGARIÑOS, Héctor, “La detención de personas sin orden escrita de autoridad competente y la Constitución Nacional”, *LL*, 1999-D.

-MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, Tomo I.

— *Derecho Procesal Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, Tomo II.

— *Derecho Procesal Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2011, Tomo III.

— *La Ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, Vol. II.

— “*Nemo tenetur* e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad”, *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, (Comp. Gabriel Ignacio Anitua y Mariano Gaitán), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012.

-MALGAR, Daniel, *El proceso penal y las garantías constitucionales*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.

-MANES, Facundo, *Usar el cerebro, conocer nuestra mente para vivir mejor*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2015.

— “Así funciona tu memoria”, <http://facundomanes.com>.

— “¿Puede el cerebro ser “justo” ante la ley?”, <http://facundomanes.com>.

-MARCA MATUTE, Javier, “Inspección ocular, Levantamiento de cadáver y Reconstrucción de los hechos. La intervención del imputado en la adquisición de la fuente probatoria”, en *Estudios sobre Prueba Penal, Volumen II* (Dir. Xavier Lluçh y Manuel Richard González), Ed. La Ley, España, 2011.

-MARFANY, Gemma, “La huella genérica o perfil genético: muestras biológicas de origen humano y protección de datos personales.”, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, (Coords. María Casado y Margarita Guillén), Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, 2014.

-MARTÍN PASTOR, José, “Avances jurisprudenciales y legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal”, *Investigación, Genética y Derecho* (Coord. Carmen Salcedo Beltrán), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

— “Sobre los registros, las inspecciones y las intervenciones corporales, en la jurisprudencia constitucional y en nuestra legislación procesal”, *La salud: intimidad y libertades informativas* (Dir. Carmen Tomás-Valente Lanuza), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

-MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, “La configuración constitucional del derecho a la intimidad”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto de Bartolomé de las Casas, núm. 3, año II, 1994, <http://e-archivo.uc3m.es>.

-MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

-MIDÓN, Marcelo, *Pruebas ilícitas*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

-MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999.

— “La regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada”, *ED*, 252-704.

-MONTERO LA RUBIA, Francisco, “Las Intervenciones Corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, www.mjusticia.gob.es.

-MOLINA GALICIA, René, “Neurociencia, Neuroética, Derecho y Proceso”, *Neurociencia y proceso judicial*, (Dir. Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2015.

-MORENO CATENA, Víctor, “Los elementos probatorios obtenidos con la afección de derechos fundamentales durante la investigación penal”, *Prueba y proceso penal, Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado* (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

-MORENO VERDEJO, Jaime, “Algunos problemas de la identificación penal a través de la prueba pericial de ADN: ámbito, asistencia letrada y empleo de la fuerza”, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos* (Coords. María Casado y Margarita Guillén), Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, 2014.

-MORGENSTERN, Federico, “Argumentos a favor de la relativización de la regla de exclusión de prueba ilegal”, *Revista de Derecho Penal*, 2014-8, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, www.abeledoperrot.com.

-MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

-NASH, Carlos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario* (Ed. Christian Steiner y Patricia Uribe), Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Ed. Plural, Bolivia, 2014.

-NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

-NUÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3º edición, Ed. Lerner, Córdoba, 1987.

— “La cuestión de los delitos y contravenciones. Su base constitucional”, *Opúsculos de Derecho Penal y Criminología*, Ed. Lerner, Córdoba, 1983.

-OJEA QUINTANA, Tomás, “El privilegio contra la autoincriminación: reflexiones acerca de dos sistemas distintos de procedimiento criminal (adversarial y no adversarial)”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año V, Número 9-B, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

-ORTEGO PÉREZ, Francisco, “Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal (En particular, las exploraciones

radiológicas y su valoración probatoria)”, *Diario La Ley* N° 6049, Sección Doctrina, 28 de junio de 2004, Año XXV.

-OHMAN, Natalia, “¿Es necesaria la orden judicial ante la extracción compulsiva de sangre?”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La intervención penal preparatoria. Función de las policías-II, Año 2012-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

-PASCUAL LAGUNAS, Eulalia, *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch Editor, Barcelona, 2009.

-PASTOR, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.

— *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Análisis crítico*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

-PELÁEZ BARDALES, José, *La Prueba Penal*, Ed. Grijley, Lima, 2014.

-PEÑALOZA, Fernando, *Código Procesal Penal comentado de la Provincia de Mendoza*, (Coord. Jorge Coussirat), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, Tomo I.

-PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Nuevas tecnologías y libertad probatoria en el proceso penal”, *Nueva Doctrina Penal*, 2009/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

-PÉREZ MARIN, María Ángeles, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2008.

— “El ADN como método de identificación en el proceso penal”, *Revista Do Ministério Público*, Sindicato Dos Magistrados do Ministério Público, Portugal, n°132, octubre - diciembre 2012.

-PETISCO RODRÍGUEZ, José Manuel, “La Neurociencia al servicio de la Seguridad Nacional. La Prueba de la P300”, www.ieee.es

-PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Ed. Bosch, Barcelona, 2012.

-PINTO, Ricardo, *La investigación penal y las garantías constitucionales*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2009.

-PIÑOL SALA, Nuria, “La obligación del Estado de restituir la identidad a las víctimas de desaparición forzada”, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de*

Justicia de la Nación (Dir. Leonardo Pitlevnik), núm. 8, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

-PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La prueba prohibida: Evolución jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014.

-POVIÑA, Fernando, *Reglas de exclusión probatoria*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013.

-POVIÑA, Jorge, “Las confesiones penales avoluntarias e involuntarias ante el Derecho constitucional”, *LL*, n° 84.

-QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel Ángel, CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, Tomo I.

-QUIROGA, María Paula, “¿Tiene el Ministerio Público Fiscal facultades para disponer medidas de coerción personal sobre el imputado?”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal-III, Año 2008-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

-RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constitucionales Argentinas*, Ed. Peuser, 1937, Buenos Aires, Tomo IV.

-REVIRIEGO PICÓN, Fernando, “Las intervenciones corporales”, presentado en el XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España *La tutela judicial de los derechos fundamentales*, Escuela Judicial, Barcelona, 21 y 22 de febrero de 2012. <https://n-1.cc/file/view/1910941/las-intervenciones-corporales-fernando-reviriego-picon>.

-RICCONO, Rafaella, “La investigación en un sistema adversarial. Cadena de custodia y levantamiento de rastros”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La investigación penal preparatoria-II, Año 2011-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

-RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Análisis Crítico de las Instituciones Fundamentales del Proceso Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.

— “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal”, en *Estudios sobre Prueba Penal, Volumen II*, (Dir: Xavier Lluch y Manuel Richard González), Ed. La Ley, España, 2011.

— “Admisibilidad, eficacia y valoración de las pruebas neurológicas en el proceso penal”, *Revista Iuris*, 2° enero, 2014, www.esade.edu.

-RIQUERT, Marcelo Alfredo, “La solicitud de intervenciones corporales en el marco de la Investigación Penal Preparatoria”, <http://riquert-procesopenal.blogspot.com.ar>.

-RODRÍGUEZ MESA, María José, “La protección internacional frente a la tortura. Especial referencia a su concepto.”, *Revista de Derecho Penal*, Derecho Penal Internacional, Número extraordinario, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.

-RODRÍGUEZ, Gabriela, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario* (Ed. Christian Steiner y Patricia Uribe), Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Ed. Plural, Bolivia, 2014.

-ROJAS, Ricardo, GARCÍA, Luis M., “Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad”, en *Doctrina Penal*, Año 14, N° 53/54, Ed. Depalma, Buenos Aires.

-ROMEO CASANOBA, Carlos, ROMEO MALANDA, Sergio, *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

-ROMEO COLOMA, Aurelia María, *La intimidad privada: problemática jurídica*, Colección Scientia Iurídica, Madrid, 2008.

-ROLÓN, Diego, ZYSMAN QUIRÓS, Diego, “El allanamiento de domicilio y la Corte Suprema. Un estudio a partir de los fallos Ventura y Minaglia”, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, (Dir. Leonardo Pitlevnik), Tomo 4, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

-ROSATTI, Horacio, “El Debido Proceso Legal”, *JA*, 1985-II-833.

-ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

-RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo, “Intervenciones corporales en el Código de Procedimiento Penal del 2004, análisis de la Sentencia C-822 del 2005 de la Corte Constitucional Colombiana”, *Revista Universitas*, Bogotá (Colombia) n° 114, julio-diciembre 2007.

-RUIZ, Victoria, “El derecho a no autoincriminarse en fallos del Tribunal Europeo de Derecho Humanos”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IX, Número 15, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2003.

-RUSSO, Rocío, “La obtención de material genético en el marco de la investigación de delitos de desaparición forzada de personas. Análisis del artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación”, *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos* (Comp. Juan Gabriel Anitua y Mariano Gaitán), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012.

-SÁEZ CAPEL, José, *Estudio preliminar De los delitos y de las penas* de Cesare Beccaria, Ed. Proa XXI, Buenos Aires, 2004.

-SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Manual de derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012.

— “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, *JA* 1994-IV.

-SALAS CALERO, Luis, “Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatoria”, *Prueba y proceso penal, Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado* (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

-SALOM ESCRIBÁ, Juan Salvador, “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, *La prueba de ADN en el proceso penal* (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

-SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel, “El Principio de proporcionalidad en el Derecho penal”, *Diario La Ley*, 1994, tomo 4.

-SÁNCHEZ RUBIO, Ana, “El uso del Test P300 en el proceso penal español: algunos aspectos controvertidos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-04 (2016), <http://criminet.ugr.es>.

-SÁNCHEZ VILANOVA, María, “Detección de mentiras: reflexiones desde la Neuroética”, *Ius et Scientia*, Vol.2, nº1, 2016, www.institucional.us.es.

-SOLETO MUÑOZ, Helena, *La identificación del imputado: Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

-SORONDO, Juan Carlos, “El imputado como objeto de prueba en el proceso penal”, *LL*, 2002-F.

-SOTO RODRÍGUEZ, María Lourdes, “Las intervenciones corporales y vulneración de derechos fundamentales”, *Diario La Ley* N° 8392, Sección Doctrina, 6 de Octubre de 2014, Año XXXV.

-SPOLANSKY, Norberto, “Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, Falso Testimonio y Culpabilidad”, *LL*, 140-1970.

-SPÓSITO, Carolina, “Cadena de custodia. Efectos jurídicos de su afectación”, *Revista de Derecho Procesal Penal*. La investigación penal preparatoria. Función de las policías – II, Año 2012-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

-SUÁREZ ESPINO, María Lidia, *El derecho a la intimidad genética*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

-TAPIA, Juan Francisco, “Intervenciones corporales en el proceso penal”, www.pensamientopenal.com.ar.

— “Extracciones hemáticas compulsivas: en búsqueda de una molécula contra la impunidad,” *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos* (Comp. Gabriel Ignacio Anitua y Mariano Gaitán), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012.

-TARUFFO, Michele, “Proceso y Neurociencia. Aspectos generales”, *Neurociencia y proceso judicial* (Dir. Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

-TORO LUCENA, Óscar Augusto, “Intervenciones corporales y derechos fundamentales: límites”, *Criterio Jurídico Garantista*, Año 2, N° 3, Julio-Diciembre de 2010.

-TORRES, Sergio, GOLDBERG, Marcelo, MEJUTO, Juan, YADAROLA, Pablo, *La protección de las garantías constitucionales en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013.

-UICICH, Rodolfo, *Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidad*, Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1999.

-VARELA AGRELO, José, “El cuerpo humano como medio de prueba: en especial, las intervenciones corporales”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm.1772, abril, 1996, www.mjjusticia.gob.es.

-VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Lerner, Córdoba, Argentina, 1981, Tomo I.

— *Derecho Procesal Penal*, Ed. Marcos Lerner, 3ª edición actualizada, Córdoba, Argentina, 1986, Tomo II.

— *El Ministerio Público en la provincia de Buenos Aires*, editado por la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1975.

-VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

-VISMARA, Santiago, “Extracción compulsiva de sangre y búsqueda de la verdad. Los derechos a la intimidad y a la identidad”, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (Dir. Leonardo Pitlevnik), núm. 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

-ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, “El impacto de la prueba de ADN en los derechos fundamentales (1)”, *Diario La Ley*, N° 8283, Sección Doctrina, 1 de abril de 2014, Año XXXV.