



**UNIVERSIDAD DE CIENCIAS  
EMPRESARIALES Y SOCIALES**

***Los medios de prueba invasivos del cuerpo humano y su  
incidencia en el proceso penal de un Estado de Derecho.\****

***Por Elizabeth Aguilar Barria.***

\* Este trabajo es una ampliación de la ponencia leída y discutida en el Seminario desarrollado dentro del Proyecto de Investigación "Bases para la elaboración de un nuevo Código Procesal Penal para la provincia de Tierra del Fuego" (UCES-UTN, Sede Río Grande, Facultad de Derecho). Asimismo se corresponde con la investigación preliminar llevada a cabo en el marco del tema seleccionado para la elaboración de la tesis exigida en la Maestría de Derecho Procesal de la Facultad Nacional de Rosario, dirigida por el Dr. Eugenio Sarrabayrouse.

## I. NOCIÓN INTRODUCTORIA

El derecho penal liberal, a través de un procedimiento, adecuado al Estado constitucional y democrático de derecho, ha sujetado la imposición de una pena al respeto de elementales garantías y derechos del ser humano. Es allí, en el procedimiento dónde adquiere especial relevancia “la prueba” como medio idóneo para la reconstrucción del suceso y la elaboración de la hipótesis acusatoria.

Por lo tanto resulta imprescindible arribar, mediante el procedimiento, a la determinación de lo ocurrido, para habilitar así una posterior imposición de pena por parte del órgano jurisdiccional, constituyendo ese proceso previo una condición *sine qua non* para la válida aplicación de una condena.

Así el derecho procesal penal comprende la conjunción de dos intereses, por un lado el interés del Estado de descubrir y reprimir los delitos; por el otro, el interés del imputado o de terceros en hacer valer los derechos que reconoce la Constitución, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y demás leyes vigentes. En tal directriz Claus Roxin<sup>1</sup> refirió que *“Todo Derecho Procesal Penal legalmente instituido se enfrenta a la necesidad de armonizar, por un lado, el interés en la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales”*.

En este contexto, las intervenciones corporales, entendidas como todo acto de coerción o injerencia física sobre el cuerpo de una persona, por el cual se le extrae de él determinados elementos, en orden a efectuar sobre ellos determinados análisis periciales tendientes a averiguar circunstancias fácticas del hecho punible o la participación en él del

---

<sup>1</sup> ROXIN Claus, *La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal Alemán*, trad. María del Carmen García Cantizano [en línea] [fecha de consulta: 18 de abril de 2010]. Disponible en [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA\\_PENAL\\_DOCS/Numero\\_6/115-127.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_6/115-127.pdf), p. 1.

imputado, cobran radical importancia, pues el Estado de Derecho se edifica sobre el principio de la dignidad humana y abriga entre sus fines primordiales la efectividad de los derechos constitucionales.

Justamente, es éste el contexto en el cual aquéllas deben ser analizadas, ya que su utilización en ocasiones puede vulnerar algunos de ellos.

Ciertamente, eso sucede cuando se requiere —para la comprobación del delito— incidir sobre el cuerpo de las personas involucradas en el proceso penal (imputado, víctimas o terceros) sin atender a su voluntad; afectando no sólo derechos fundamentales (vgr. derecho a la dignidad, a la integridad física y moral y prohibición de los tratos inhumanos o degradantes, a la libertad, a la intimidad personal, etc.) sino además uno de los principios indiscutidos en el proceso penal, el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Sobre la base de lo enunciado, nace la controversia consistente en dilucidar si el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales tienen carácter absoluto y deben primar sobre el interés del Estado y la sociedad en la persecución y castigo del delito, o si, por el contrario, debe prevalecer este último interés sobre aquéllos.

A ello se añade el problema respecto a los criterios de admisión de tales intervenciones corporales como medio probatorio, el cual no ha sido resuelto aún ni doctrinaria ni jurisprudencialmente.

La ausencia de previsión legal específica sobre el tema no ha impedido la utilización de estas medidas. Esta falta de regulación por parte del legislador origina, a nuestro criterio, una aplicación de la ley procesal penal por analogía *in malam partem*, contraria al principio de legalidad.

En razón a la diversidad de interrogantes que se suscitan sobre el tema, el presente trabajo se centrará en analizar los principales centros de discusión sobre la viabilidad de las intervenciones corporales como medio probatorio, atendiendo a la situación particular del imputado. Además se enunciarán los lineamientos procesales vigentes en el

ámbito del derecho internacional y comparado, para luego continuar con el ordenamiento local. Para concluir, se precisarán los parámetros normativos a observar –conforme a la doctrina- ante una eventual regulación normativa de este medio de prueba.

## **II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES**

La intervención corporal es todo acto de coerción o injerencia física sobre el cuerpo de una persona (imputado, víctima o tercero) mediante lo cual se le extrae de él determinados elementos, en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendientes a averiguar circunstancias fácticas del hecho punible o la participación en él del imputado. En consecuencia, este amplio concepto enunciado resulta comprensivo de diversas actuaciones con distinto contenido invasivo como por ejemplo: extracción de sangre, obtención de saliva, corte de cabello, examen de la cavidad vaginal o anal, extracción de orina, etc.

Hablamos entonces de medidas restrictivas de determinados derechos fundamentales, instauradas como medios de investigación o de adquisición de fuentes de prueba que tienen por objeto el cuerpo de las personas siendo su fin sustancial la persecución de delitos.

## **III. EL SISTEMA PROCESAL PENAL Y EL ESTADO DE DERECHO**

El paradigma de proceso penal diseñado por la Constitución Nacional se adecua al de raíz acusatoria, modelo ratificado y enriquecido por la legislación internacional incorporada (art. 75 inc. 22, CN) que establece (y diferencia) la “acusación” por un lado, y el “examen” de un tribunal independiente e imparcial por otro, reconociendo expresamente el principio de inocencia y garantizando la defensa del imputado en condiciones de plena igualdad con la acusación (art. 8, nº 1 y 2 de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos; arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre)<sup>2</sup>.

Consecuentemente, el método de averiguación del hecho ilícito que deviene de tal paradigma se presenta como el que mejor respeta las limitaciones jurídicas para la obtención de la convicción del juzgador, dado que esencialmente procura —al decir de Ferrajoli<sup>3</sup>— que la verdad surja de “*la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa*”, siendo la prueba la que confirma o desvirtúa una hipótesis. A su vez, determina que la meta del proceso penal en el descubrimiento de la verdad deba estar subordinada —en su obtención— al respeto irrestricto de la dignidad de la persona humana, dejando en el pasado la coacción penal aplicada en nombre de la búsqueda de la verdad a toda costa o a cualquier precio, carácter propio del sistema inquisitivo.

Ante ello, el tema de las intervenciones corporales como diligencias de investigación dentro del proceso penal posee singular trascendencia, y aún más, en un sistema procesal que pretende ser respetuoso del Estado constitucional de Derecho; ya que exige en materia probatoria, la observancia de los derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental a fin de salvaguardar su plena efectividad.

Surge de esta concepción de Estado una dualidad de intereses, concretamente, entre el interés de hacer justicia por parte del Estado y el de respetar los derechos fundamentales del imputado, víctima o tercero en el debido proceso penal. De modo que, la comprobación de la verdad de la hipótesis acusatoria no podrá ser obtenida por elementos probatorios ilegítimos, arbitrarios o prohibidos sino a través de aquellos legalmente reconocidos.

---

<sup>2</sup> CAFFERATA NORES José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3ª ed. 1º reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005, p. 59.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta 7ma Ed. Madrid, 2005.

Recogiendo el pensamiento de Ambos Kai<sup>4</sup> se dirá que la tensa relación entre el interés en una administración de justicia funcional y eficaz en que se cumpla el fin de esclarecer hechos delictivos por una parte, y la garantía de los derechos fundamentales del imputado por otra, lleva a complejas decisiones de ponderación, que pocas veces dejan completamente satisfechas a ambas partes – a la persecución penal y a la defensa –. Esta tensa relación también se puede describir por medio de la antítesis entre justicia material (realización de la pretensión penal), y garantía del debido proceso (aseguramiento de los derechos del imputado). Traducido a la terminología de la moderna teoría de los fines de la pena (en sentido funcionalista), se puede hablar del dilema de una doble función estabilizadora de la norma: el Estado debe estabilizar no solo las normas jurídico penales a través de una persecución penal efectiva, sino también, en el mismo plano, los derechos fundamentales de los imputados por medio del reconocimiento y ante todo la aplicación de prohibiciones de utilización de prueba en caso de violaciones de los derechos del individuo.

Así surge, la prohibición de valorar en un proceso penal determinados medios de pruebas de los hechos que se juzgan, cuando estas pruebas se han obtenido mediante violación de derechos humanos fundamentales, lo que está, pues, íntima y paralelamente vinculado a la proscripción de la tortura. La eterna tensión entre la tarea de investigar y, en su caso, castigar el delito, y la de respetar los derechos fundamentales del acusado, se acentúa cuando no hay, como en el caso de la tortura, una prohibición absoluta, sino una relativa que depende del cumplimiento de determinados requisitos fijados legalmente, o de las diversas circunstancias concurrentes en cada caso que deben ser ponderadas por el juzgador<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> AMBOS Kai. *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán -fundamentación teórica y sistematización* [en línea] [fecha de consulta: 18 de abril de 2010]. Disponible en [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op\\_20090714\\_01.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20090714_01.pdf)

<sup>5</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal* [en línea] [fecha de consulta: 9 de julio de 2010]. Disponible en: [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA\\_PENAL\\_DOCS/Numero\\_14/96-124.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_14/96-124.pdf), p. 98.

De Aragón<sup>6</sup> sostiene que el equilibrio que debe existir entre la tutela de los derechos individuales y el interés público que reclama la investigación y juzgamiento de los hechos delictivos, se ve favorecido cuando los parámetros para juzgar los casos particulares gozan por un lado, de la elasticidad necesaria para comprender cabalmente el alcance de las normas, que son cada vez más abarcativas, y por el otro, de la precisión para delimitar conceptualmente el bien que se ha pretendido proteger. Cuando estamos ante un derecho individual, y de particular trascendencia en relación a la libertad de las personas como es el de la vida privada, los errores o excesos cometidos por la autoridad encargada de investigar hechos ilícitos supera el mero interés individual y atenta contra el sistema. Pero igual de perniciosas pueden ser las interpretaciones que no capten adecuadamente los verdaderos alcances del amparo normativo, truncando esfuerzos investigativos, porque al hacerlo están atentando contra los fines del proceso "como instrumento de garantía de las libertades públicas".

#### **IV. POSICIONES EN TORNO A LA ADMISIBILIDAD DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES**

Como ya se anticipó, las intervenciones corporales pueden, en ciertos casos, convertirse en mecanismos a través de los cuales se vulneran garantías fundamentales consagradas, tanto en la Constitución Nacional como el sistema internacional de los derechos humanos que goza de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Desde esta perspectiva, es claro que las medidas de intervención corporal, de acuerdo a su modalidad e intensidad pueden provocar la afectación de aquellas garantías, lo cual evidencia dos extremos antagónicos y una postura ecléctica.

##### **a) Los derechos fundamentales como barrera infranqueable**

---

<sup>6</sup> DE ARAGÓN ERNESTO, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Adquisición de la Prueba y Delimitación del Derecho a la Intimidad*, [en línea] [fecha de consulta: 30 de junio de 2010]. Disponible en : [http://www.actualidadjuridica.com.ar/olrdoctrina\\_viewlist.php?cmd=resetall](http://www.actualidadjuridica.com.ar/olrdoctrina_viewlist.php?cmd=resetall)

Por un lado, hay quienes afirman que los derechos fundamentales antemencionados podrían erigirse como una barrera infranqueable ante las posibles actuaciones del Estado en ejercicio de su poder punitivo.

En respaldo a ello, la regla de exclusión probatoria<sup>7</sup> torna invalorable todo elemento de juicio incorporado al proceso que sea obtenido en violación de garantías constitucionales. Así pues, se reconoce el efecto propio de las normas fundamentales originadas en el interés por brindar protección a un bien frente a la amenaza de su privación. La ilicitud sustancial en la obtención de elementos probatorios repercute directamente sobre su eficacia procesal al impedir que actos cumplidos en transgresión a aquellas garantías, constituyan una fuente de valoración para el juzgador<sup>8</sup>.

La regla citada ha sido receptada expresamente en distintos ordenamientos, esto es por ejemplo, en el art. 162 del nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe, el art. 212 del Código Procesal Penal de Buenos Aires, como además en la Constitución Provincial de Tierra del Fuego en su art. 36. Asimismo, el Código Procesal Penal de la provincia de Chubut al tratar sobre la legalidad de la prueba en el artículo 26 establece *“Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al juicio del modo que autoriza este Código. No tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas, engaño o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito, sin importar que haya sido obtenida por particulares o por funcionarios públicos”*.

Siguiendo esta idea si sostiene también que si una norma u

---

<sup>7</sup> La regla citada ha sido receptada expresamente en distintos ordenamientos nacionales, esto es por ejemplo, en el art. 162 del nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe, el art. 212 del Código Procesal Penal de Buenos Aires, el art. 26 del Código Procesal Penal de Chubut, la Constitución Provincial de Tierra del Fuego en su art. 36, entre otros.

<sup>8</sup> DE ARAGÓN ERNESTO, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Adquisición de la Prueba y Delimitación del Derecho a la Intimidad*, [en línea] [fecha de consulta: 30 de junio de 2010]. Disponible en : [http://www.actualidadjuridica.com.ar/olddoctrina\\_viewlist.php?cmd=resetall](http://www.actualidadjuridica.com.ar/olddoctrina_viewlist.php?cmd=resetall)

orden judicial obliga a dar una muestra de sangre sería inconstitucional, por atentar contra la libertad que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional, del que emerge la prohibición de obtener prueba en su contra.

Chocano Nuñez<sup>9</sup> entiende que la actividad probatoria tiene como límite los Derechos Fundamentales y en efecto deben respetarse principalmente los siguientes derechos humanos: 1. Derecho a la Vida; 2. Derecho a la Integridad Física y psíquica; 3. Derecho a la igualdad; 4. Derecho a la libertad; 5. Derecho a la intimidad; 6. Inviolabilidad de domicilio; 7. Derecho a conocer los cargos y las pruebas en su contra; 8. Derecho a probar y Contraprobar; 9. Prohibición de la autoincriminación forzada. Afirma entonces, que en el caso de que se produzca una colisión entre la prueba y los Derechos Humanos, debe preferirse los derechos humanos aún cuando esto suponga la posibilidad de que un imputado culpable deba ser puesto en libertad y absuelto. En ese sentido los Principios probatorios, deben garantizar, en la sociedad democrática, el respeto a los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos tutelan fundamentalmente la prueba personal. La prueba material es tutelada en la medida en que esté en relación con los derechos de una persona determinada. Por oposición al sistema inquisitorial, que tiene como principios la prueba legal y tasada, el proceso humanista, tiene como principio la libertad objetiva y subjetiva de la prueba, con el único límite de los derechos humanos. En tal directriz acentúa el autor, que ningún medio de prueba debe pasar el filtro o barrera de control de los Derechos Fundamentales en la etapa de declaración de admisibilidad, pero si por error o por hechos sobrevivientes se produjera la adquisición de la prueba, todavía existe la posibilidad de controlarse la legitimidad del medio de prueba o de la prueba en etapa de valoración de la misma.

---

<sup>9</sup> CHOCANO NUÑEZ, Percy. *Los derechos humanos como límite a la actividad probatoria*. Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales [en línea] [fecha de consulta: 1 de julio de 2010]. Disponible en <http://www.academiadederecho.org>

b) Interés del Estado en la persecución y represión de los delitos

En oposición a lo mencionado, y sustentado en que los derechos fundamentales antedichos no tienen carácter absoluto, se encuentran quienes sostienen la exigencia de un mínimo de tolerancia en pos al interés de averiguar la verdad.

En tal sentido, Claus Roxin<sup>10</sup> ha dicho en relación al procesado que *“no tiene que colaborar con las autoridades encargadas de la investigación mediante un comportamiento activo, pero sí debe soportar injerencias corporales que pueden contribuir definitivamente al reconocimiento de su culpabilidad. De allí que concluya que “en la medida en que se impone al procesado una obligación de tolerar, claramente se antepone el interés en averiguar la verdad...”*.

Continuando con tal pensamiento señala D'Albora<sup>11</sup> que se admiten en general aquellas prácticas que afectan en forma leve la integridad corporal como la extracción de sangre o de piel cuando son realizadas por personas habilitadas y con el límite de no poner en peligro la salud. Precisamente, esta la línea de pensamiento concibe al imputado como objeto de prueba, y por tal podrá ser obligado a la realización de la intervención corporal, entendiendo así que nada tiene que ver con la prohibición de declarar en su contra ni con el principio de inviolabilidad de defensa en juicio, que prohíben solo forzarlo a efectuar manifestaciones, explicaciones<sup>12</sup>.

c) Admisibilidad: previsión legal o en resguardo de intereses

---

<sup>10</sup> ROXIN Claus, *La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal Alemán*, trad. María del Carmen García Cantizano [en línea] [fecha de consulta: 18 de abril de 2010]. Disponible en [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA\\_PENAL\\_DOCS/Numero\\_6/115-127.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_6/115-127.pdf), p. 120.

<sup>11</sup> Código Procesal Penal de la Nación. Ley 23.984", Abeledo-Perrot, Bs.As., 3º edición, 1997, pág. 323.

<sup>12</sup> CARBONE Carlos, Medidas coercitivas “en cuerpo y alma” del imputado frente a la prueba ante la prohibición de autoincriminación. En Donna Edgardo, Dir., *Revista de Derecho Procesal Penal: La injerencia en los derechos fundamentales del imputado II*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2006, p. 215 y ss.

A ello se suma una postura ecléctica la cual admite la obtención de prueba por medio de la utilización corpórea contra de la voluntad de la persona bajo una expresa previsión legal, se afirma además, que el Estado podría imponer la realización de tales actos en resguardo de ciertos intereses o bienes fundamentales de la Nación, pero nunca por la sanción de un delito o en base a la exigencia de encontrar la verdad<sup>13</sup>.

## V. DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

En el proceso penal las reglas de prueba vienen a cumplir una *función de garantía*: permiten elaborar un complejo sistema de *límites a la búsqueda de información indiscriminada* por parte de quienes promueven la investigación estatal de un acontecimiento histórico susceptible de constituir delito. Uno de los límites a la averiguación de la verdad lo configura el derecho del imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo, a declararse culpable o a ser testigo contra sí mismo. La consagración del *nemo tenetur se ipsum accusare* exige la referencia al proceso inquisitivo, en el cual, como consecuencia de la institución de la averiguación de la verdad histórica como meta absoluta del procedimiento, *la obtención de la confesión se convirtió en el fin principal de la actividad de investigación*, al punto de denominarla regina probatorium<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> CARBONE Carlos, Medidas coercitivas “en cuerpo y alma” del imputado frente a la prueba ante la prohibición de autoincriminación. En Donna Edgardo, Dir., Revista de Derecho Procesal Penal: La injerencia en los derechos fundamentales del imputado II. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2006, p. 215 y ss.

<sup>14</sup> TAPIA Juan Francisco. *Intervenciones corporales en el proceso penal* [en línea] [fecha de consulta: 9 de julio de 2010]. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf>

Peréz López<sup>15</sup> expresa que la no autoincriminación constituye un Derecho humano, que permite que el imputado no pueda ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. El inculgado, protegido por la cláusula de no autoincriminación, conserva la facultad de no responder, sin que pueda emplearse ningún medio coactivo ni intimidatorio contra éste y sin que quepa extraer ningún elemento positivo de prueba de su silencio. El imputado es un sujeto del proceso, y como tal, debe ser tratado de conformidad con el principio acusatorio.

La declaración del imputado no puede considerarse como fuente de prueba en sentido incriminatorio sino como expresión del derecho de defenderse; en otras palabras, el irrestricto respeto por el sistema garantista, implica que la declaración del imputado no pueda utilizarse en su contra; sus propios dichos deben de ser valorados de acuerdo a su posición adversarial, como un medio de defensa, cuestión distinta es que el imputado haciendo uso de su mejor derecho decida confesar su culpabilidad.

El derecho a la no incriminación deriva del respeto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso en un Estado de Derecho[8]; se configura como una de las manifestaciones del derecho de defensa, y en particular, es el deber que impone la norma de no emplear ciertas formas de coerción para privar al imputado de su libertad de decisión como informante o transmisor de conocimientos en su propio caso; reside, por último, en evitar que una declaración coactada del imputado pueda ser valorada como elemento de cargo en su contra. Si resultara externo y coactivo el estímulo que consiguiera afectar y forzar la declaración del imputado, éste adolecerá de nulidad absoluta. Puede decirse que el derecho a no autoincriminarse tiene como fundamento el derecho natural que toda persona posee de intentar ocultar sus faltas, pues no podría exigírsele al ciudadano que vulnere su propia esfera jurídica a través de la declaración en su contra.

---

<sup>15</sup> PERÉZ LÓPEZ Jorge. *El derecho a la no autoincriminación y sus expresiones en el derecho procesal penal*. [en línea] [fecha de consulta: 1 de mayo de 2010]. Disponible en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincriminacion.htm>

Si bien sabemos que la persona a quien se persigue penalmente es aquella que más conoce sobre el hecho que se investiga, no es posible obligarlo a brindar información, ello conforme a la garantía citada, contemplada en el art. 18 de la Constitución Nacional la cual reza: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, que consagra el principio general de Derecho conocido como *nemo tenetur se ipsum accusare* (*nadie tiene que acusarse a sí mismo*); también establecido en el ordenamiento internacional a través de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 8, inc. 2, ap. 6) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 14. 3 letra g).

Este principio constituye uno de los límites a la averiguación de la verdad y de él devienen diversas consecuencias para el imputado en el marco del procedimiento penal, las cuales no son objeto de discusión por la doctrina mayoritaria, siendo las siguientes: a) la facultad del imputado de abstenerse de declarar; b) la voluntariedad de su declaración –es decir, que no puede ser menoscabada por medio alguno ej. hipnosis, sueros de la verdad–; y c) libertad de decisión durante su declaración –prohibición de actos de coacción física o moral ej. tortura, amenaza, juramento<sup>16</sup>.

No obstante, el problema se plantea cuando se trata de extender la aplicabilidad de la garantía que prohíbe la coacción para obligar a declarar contra sí mismo abarcando la prohibición de exigir la colaboración del imputado en la producción de elementos de cargo, entendiendo así que es más amplia que el derecho a guardar silencio y se extendería a no poder exigir del inculcado una activa contribución a las pruebas de cargo.

De allí surge la necesidad de establecer si la garantía de prohibición de auto-incriminación ampara al ser humano como “objeto” o como “sujeto” de prueba. Al decir de Maier<sup>17</sup>, el principio de no incriminarse sólo ampara a una persona como sujeto de prueba, esto significa, a quien

---

<sup>16</sup> MAIER Julio, *Derecho procesal penal: fundamentos*, 2ªed. 3º reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 664 y ss.

<sup>17</sup> MAIER Julio, *Derecho procesal penal: fundamentos*, 2ªed. 3º reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 674 y ss

con su declaración incorpora al proceso un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. Por derivación, no ampara esta garantía cuando la persona es objeto de prueba, es decir, cuando es objeto investigado. Se refiere así a las situaciones en que se admiten determinadas injerencias en el cuerpo del ser humano con prescindencia de su voluntad o consentimiento, quien incluso puede ser forzada al examen bajo el respeto irrestricto de los demás derechos y garantías, por ejemplo cuando se practican registros de huellas dactilares, extracción de sangre, recolección de saliva, etc.

## **VI. RECEPCIÓN NORMATIVA DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES**

Seguidamente se enunciarán observaciones generales en torno a la legislación vigente sobre el medio probatorio en estudio, para luego desarrollar los parámetros procesales que rigen para cada situación contemplada, sea en el derecho comparado, internacional, nacional y provincial.

Es así que, sin alcanzar exhaustividad en el análisis se vislumbra que en correspondencia con la complejidad que acarrea el tema en cuestión son escasos los ordenamientos procesales que contemplan algún tipo de normativa al respecto.

En el ámbito internacional las notas básicas las brindan las “Reglas de Mallorca” en la regla 23<sup>o</sup>; mientras que el derecho comparado evidencia una paulatina tendencia -en las recientes reformas procesales- a instaurar este medio de prueba en forma expresa, tal es el caso del Código Procesal Penal de Perú y Chile. Merito aparte merece lo estipulado en el § 81 del Código Procesal Penal Alemán, el cual se ha constituido ciertamente como la directriz a seguir, ya que las nuevas regulaciones poseen estricta correspondencia con los lineamientos procesales fijados por la normativa alemana.

A nivel nacional el derecho procesal en materia penal se encontraba huérfano de regulación hasta hace poco meses.

Específicamente, mediante la ley 26549<sup>18</sup> se incorporó el artículo 218 bis<sup>19</sup> al Código Procesal Penal de la Nación, reglamentando así las intervenciones corporales sobre el cuerpo del imputado u otra persona.

Por su parte, la provincia de Córdoba cuenta en su ordenamiento procesal penal –ya con anterioridad a la norma antes citada– con una somera reglamentación, bajo el título de inspección corporal en su artículo 198<sup>20</sup>.

Nuestra provincia no regula las intervenciones corporales, no obstante, establece en su artículo 36 que *“los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de este precepto y fuesen consecuencia necesaria de ella<sup>21</sup>”*.

## LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento en materia Penal conocidas como Reglas de Mallorca<sup>22</sup> en su artículo vigésimo tercero refiere a las intervenciones corporales, señalando

---

<sup>18</sup> Esta ley nace a consecuencia del proceso de solución amistosa del caso Vázquez Ferrá planteado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el año 2003 por las Abuelas de Plaza de Mayo. Consecuentemente a ello, el Poder Ejecutivo Nacional se comprometió a enviar al Congreso un proyecto de ley, que luego de ciertas modificaciones sirvió de base al actual art. 218 bis del CPPN. Dicho proyecto inicial se sustento en resguardar los derechos involucrados atendiendo a una eficaz investigación y juzgamiento de la apropiación de niños durante la dictadura militar. FILIPPINI Leonardo, TCHRIAN Karina, *ADN: el nuevo art. 21 bis, CPPN*, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Mayo de 2010, p. 843/846.

<sup>19</sup> Ley N° 26549 fue sancionada el 18/11/09, promulgada por decreto N° 1859/2009 del 26/11/09 y publicada en boletín oficial el 27/11/09. Véase [http://www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om\\_isapi.dll?clientID=300862346&advquery=%5bField%20Ley%3a%2726542%27%5d&infobase=leyes.nfo&record={DC6}&softpage=ref\\_Doc](http://www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=300862346&advquery=%5bField%20Ley%3a%2726542%27%5d&infobase=leyes.nfo&record={DC6}&softpage=ref_Doc)

<sup>20</sup>

<http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/2e112b5a1d5642dc0325723400642019?OpenDocument>

<sup>21</sup> Véase <http://www.justierradelfuego.gov.ar/>

<sup>22</sup> Véase <http://www.cidh.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.htm>

primeramente que está prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado.

Añade después, que sólo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado. Establece como forma de realización, que la intervención corporal deberá ser siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la "lex artis" y con el máximo respecto a la dignidad e intimidad de la persona.

## **LEGISLACIÓN COMPARADA**

### **Código Procesal Penal de Perú**

El nuevo Código Procesal Penal de Perú<sup>23</sup> (2004) en el artículo 211 trata lo relativo al examen corporal del imputado. En su texto, inicialmente se instituye que el Juez de la Investigación preparatoria, a solicitud del Ministerio Público podrá ordenar un examen corporal del imputado para establecer hechos reveladores de la investigación, siempre que el delito en cuestión esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años.

Bajo tal lineamiento se establece además que, aún sin el consentimiento del imputado, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, con la limitación de que sean efectuadas por un médico u otro profesional especializado y que no se tema fundadamente un daño grave para la salud.

El Fiscal podrá ordenar la realización de dichos exámenes sólo en caso de urgencia o si hubiere peligro por la demora, debiendo luego el Fiscal instar inmediatamente la confirmación judicial.

Seguidamente, el artículo 212 refiere al examen corporal de

---

<sup>23</sup> Este Código Procesal Penal se encuentra en etapa de implementación progresiva, iniciado conforme al cronograma oficial en abril de 2008 y con fecha de finalización en abril del 2013. Véase [http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/ncpp/documentos/nuevo\\_codigo\\_procesal\\_penal.pdf](http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/ncpp/documentos/nuevo_codigo_procesal_penal.pdf)

otras personas no inculpadas, señalando que también pueden ser examinadas sin su consentimiento, sólo en consideración de testigos, siempre que deba ser constatado, para el esclarecimiento de los hechos, si se encuentra en su cuerpo determinada huella o secuela del delito.

En otras personas no inculpadas, los exámenes para la constatación de descendencia y la extracción de análisis sanguíneos sin el consentimiento del examinado son admisibles si no cabe temer ningún daño para su salud y la medida es indispensable para la averiguación de la verdad.

Los exámenes o extracciones de análisis sanguíneos pueden ser rehusados por los mismos motivos que el testimonio. Si se trata de menores de edad o incapaces, decide su representante legal, salvo que esté inhabilitado para hacerlo por ser imputado en el delito, en cuyo caso decide el Juez.

### **Código Procesal Penal de Chile**

El Código Procesal Penal de Chile<sup>24</sup> (2007) en su artículo 197 establece en relación a los exámenes corporales, que si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, como por ejemplo pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado.

Si la persona que ha de ser objeto del examen, apercibida de sus derechos, consintiere en hacerlo, el fiscal o la policía 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 de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero.

---

<sup>24</sup> Véase <http://www.bcn.cl/lc/lmsolicitadas/cr>

Por otra parte, el artículo 199 bis enuncia los lineamientos procesales a seguir ante la práctica de exámenes y pruebas de ADN. Específicamente, se contempla que los exámenes y pruebas biológicas destinados a la determinación de huellas genéticas sólo podrán ser efectuados por profesionales y técnicos que se desempeñen en el Servicio Médico Legal, o en aquellas instituciones públicas o privadas que se encontraren acreditadas para tal efecto ante dicho Servicio.

### **Código Procesal Penal de Honduras**

El sistema procesal penal de Honduras<sup>25</sup> (2002) establece en el artículo 107 que el órgano jurisdiccional podrá para la determinación de la verdad, a petición de parte interesada, ordenar, de ser necesario, que se practiquen a la persona imputada exámenes corporales o extracciones de muestras; las que deberán ser técnica y científicamente útiles, confiables, proporcionadas y que no entrañen peligro para su salud.

Respecto a la forma en que se practicarán estas diligencias indica la norma que: a) no se lastimará el pudor ni la dignidad del examinado, b) si fuere imprescindible para determinar la verdad, podrán practicarse incluso contra la voluntad de la persona imputada, c) solo se podrá utilizar la fuerza cuando resulte proporcionada y no ponga en peligro la integridad del examinando, d) deberán ser efectuadas por profesionales de la medicina, profesionales sanitarios, técnicos en laboratorio o microbiólogos, según corresponda.

Al culminar la citada norma contempla con sujeción a las exigencias antes expuestas que en aquellos casos en que no sea posible obtener la autorización judicial -porque el transcurso del tiempo pueda perjudicar la investigación-, el Ministerio Público podrá disponer la práctica de tales exámenes y extracciones de muestras, dando cuenta inmediata y razonada al Juez competente, quien convalidará o dejará sin efecto lo realizado.

---

<sup>25</sup> <http://www.poderjudicial.gob.hn/juris/Leyes/CODIGO%20PROCESAL%20PENAL.pdf>

## **Código Procesal Penal Alemán**

Según lo estipula el § 81 del Código Procesal Penal Alemán<sup>26</sup> se puede ordenar un examen corporal del acusado para la constatación de hechos significativos para el procedimiento. Con esta finalidad son admisibles, *sin su consentimiento*, las pruebas de análisis sanguíneos y otras intervenciones corporales, efectuadas por un médico según las reglas del arte médico con finalidades investigadoras, siempre que no exista daño para la salud del acusado.

La disposición de tal diligencia le compete al juez, salvo que exista peligro sobre el éxito de la investigación por demora, caso en el cual también podrá disponerla la fiscalía o sus colaboradores.

Se establece además, que los análisis sanguíneos o de otras células corporales extraídas del acusado sólo pueden ser utilizados para finalidades del proceso penal subyacente a la extracción, o de otro pendiente; para luego ser anuladas sin pérdida de tiempo ni bien sean innecesarios para el proceso.

Otras personas no inculpadas pueden ser examinadas sin su consentimiento, sólo en consideración de testigos, siempre que deba ser constatado, para la averiguación de la verdad, si se encuentra en su cuerpo una determinada huella o secuela de un delito. Será practicada siempre que no exista un daño para la salud y la medida sea indispensable para la averiguación de la verdad. Los exámenes o extracciones de análisis sanguíneos pueden ser rehusados por los mismos motivos que el testimonio.

El citado artículo expresa también que los exámenes sólo pueden ser ordenados por el juez, quien mediante resolución escrita deberá designar al perito.

Enunciado los parámetros procesales que surgen de la norma, resulta indefectible ahondar en ello, particularmente, porque la expresión *sin su consentimiento del acusado* ha justificado el empleo de coacción directa

---

<sup>26</sup> Véase artículo traducido al castellano en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2292/7.pdf>

contra los inculpados. Al respecto Tapia<sup>27</sup> refirió que lo que se discute es, si el recurso a la coacción física directa comprende sólo las injerencias corporales o todas las investigaciones corporales, ello en razón de haberse dispuesto expresamente en la segunda parte del primer párrafo que "la extracción de sangre y otras injerencias corporales" puedan ser realizadas sin consentimiento del inculpadado, mientras que en la primera parte de la norma se haga referencia con carácter general a la admisibilidad de las investigaciones corporales.

Roxin<sup>28</sup> estima que el §81a solamente obliga al imputado a tolerar pasivamente el examen y no le impone a cooperar también de modo activo en el examen corporal, concluyendo que la policía no puede forzar a nadie a soplar para someterlo así a un test de alcohol .

Tapia nos recuerda que, la norma citada ha sido cuestionada en diversos trabajos doctrinarios en torno a la constitucionalidad del precepto, dado el riesgo de incurrir en una autoincriminación coactiva.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán avaló la constitucionalidad del § 81a StPO, condicionando la admisibilidad de la diligencia a la constatación del requisito de proporcionalidad, en función de la "gravedad de la inculpación, la intensidad de la sospecha, la probabilidad de la producción de un resultado y su fuerza cognoscitiva". En los años 1997/98 se introducen formalmente las prácticas de ADN a través de sucesivas reformas de la StPO alemana.

Con antelación a ello, ya el Tribunal Constitucional Federal Alemán había admitido la validez de la extracción hematológica con el objeto de practicar un análisis de ADN, resulta adecuada para "la constatación de hechos relevantes para el proceso" y que la huella genética resultante de un

---

<sup>27</sup> TAPIA Juan Francisco. *Intervenciones corporales en el proceso penal* [en línea] [fecha de consulta: 9 de julio de 2010]. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf>

<sup>28</sup> Roxin, Claus "*Derecho Procesal Penal*", p. 290, traducción de la 25ª edición alemana de "*Strafverfahrensrecht*" realizada por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, Del Puerto, 2000. Explica Roxin que en el sistema procesal alemán, el acusado no tiene por qué auxiliar a las autoridades de persecución penal en forma activa, pero sí *debe tolerar* intervenciones físicas Roxin, Claus "*Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*", p. 98, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fé, 2007.

análisis de ADN permite "obtener indicaciones de peso acerca de la autoría del sospechoso pero también para conducir a la exclusión de dichas sospechas".

Luego de ello, una larga discusión parlamentaria, motivada por las posibles graves injerencias que conllevan dichos análisis, culminó con la regulación específica de las intervenciones corporales y los análisis de ADN al proceso penal, a través de la introducción del § 81e<sup>29</sup>.

De éste modo, la única posibilidad de practicar el análisis de ADN, conforme el §81e (1) StPO es a partir de material biológico obtenido tras la oportuna intervención corporal regulada en el §81 a(1). La excepción estaría dada en los casos que se procure analizar vestigios biológicos hallados en el lugar de los hechos o en otro y que hayan sido convenientemente recogidos, conforme lo previsto en el §81e (2). Eisenberg estima que resultan inadmisibles e inprovechables desde el punto de vista probatorio los resultados derivados a partir de material no obtenido mediante una intervención corporal, sino de un modo subrepticio (cita como ejemplo el ofrecimiento de un cigarrillo para que en el mismo queden restos de saliva).

## **LEGISLACIÓN NACIONAL Y PROVINCIAL**

### **Código Procesal Penal de la Nación**

El nuevo artículo 218<sup>30</sup> bis al Código Procesal Penal de la Nación faculta a los jueces para ordenar la obtención de ácido

---

<sup>29</sup> 1) Con el material obtenido mediante las normas del § 81 a apartado 1°, también se pueden llevar a cabo exámenes genético-moleculares, siempre que sean necesarios para constatar el origen o si las evidencias materiales provienen del acusado o del procesado. También son admisibles, para constataciones análogas, exámenes según el inciso 1, con el material obtenido mediante las normas del § 81c. Constataciones sobre otros hechos que los indicados en el inciso 1° no pueden verificarse; los exámenes dirigidos a esto son inadmisibles. 2) Según el apartado 1°, los exámenes admisibles también pueden ser llevados a cabo con evidencias materiales halladas, garantizadas o comisadas. El apartado 1° inciso 3° y §81a , apartado 3 de la primera media fase se aplican de forma análoga". Complementa este sistema el § 81f, que establece que los exámenes sólo pueden ser ordenados por el juez.

desoxirribonucleico (ADN), del imputado, víctimas o terceros, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias relevantes para la investigación; incluso por medio del uso facultades coercitivas las que, en ningún caso, podrá exceder lo estrictamente necesario para su realización.

De acuerdo con este artículo, sólo el juez podrá ordenar la medida por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto. Señala también, que dichas intervenciones corporales serán admisibles en forma mínima, sea que se trate de extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas.

Para su diligenciamiento se requiere la observancia de las reglas del saber médico fijando como límite, que la práctica no ocasione perjuicio alguno para la integridad física de la persona, según la opinión del experto a cargo de la intervención. Además, se deberá utilizar el modo menos lesivo para la persona, sin afectar su pudor y con especial consideración al género y otras circunstancias particulares.

En caso de que el juez estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida se podrá ordenar la obtención de ADN 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 domiciliario o la requisa personal.

La norma contempla además la situación de la víctima de un delito de acción pública, enunciando que la medida tendiente a obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) se practicará evitando su revictimización. En caso de oposición de la víctima el régimen establece que el juez deberá primeramente respetar su voluntad y proceder al secuestro de objetos, siempre que permitan comprobar el extremo con igual certeza, caso contrario, la ley autoriza al juez a ordenar la extracción de muestra biológica

---

30

Véase

[http://www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om\\_isapi.dll?clientID=300862346&advquery=%5bField%20Ley%3a%2726542%27%5d&infobase=leyes.nfo&record={DC6}&softpage=ref\\_Doc](http://www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=300862346&advquery=%5bField%20Ley%3a%2726542%27%5d&infobase=leyes.nfo&record={DC6}&softpage=ref_Doc)

del cuerpo de la víctima. Por último, el artículo expresa que en ningún caso regirán las prohibiciones de declarar del artículo 242<sup>31</sup> y la facultad de abstención del artículo 243<sup>32</sup>.

### **Código Procesal Penal de Córdoba**

El Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba<sup>33</sup> (1991) al regular en su artículo 198 la inspección corporal y mental del imputado establece que también podrá disponerse extracciones de sangre, salvo que pudiere temerse daño para su salud. Agrega el artículo seguidamente, que igual medida podrá disponerse respecto de otra persona, con la misma limitación, en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad.

## **VII. RESTRICCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL**

El problema central que emerge al estudiar la regulación legal de las intervenciones corporales, es precisamente la ausencia de regulación específica en los ordenamientos procesales de las provincias, lo cual conlleva a la conclusión de que en materia de intervenciones corporales, la carencia de una norma específica en los respectivos ordenamientos procesales, implica una evidente restricción al principio de legalidad procesal. Como explica Medina<sup>34</sup>, tal axioma es vital a la hora de regular

---

<sup>31</sup> El artículo 242 del CPPN reza: *"No podrán testificar en contra del imputado, bajo pena de nulidad, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado"*.

<sup>32</sup> El artículo 243 del CPPN dice: *"Podrán abstenerse de testificar en contra del imputado sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; sus tutores, curadores y pupilos, a menos que el testigo fuere denunciante, querellante o actor civil o que el delito aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado. Antes de iniciarse la declaración, y bajo pena de nulidad, el juez advertirá a dichas personas que gozan de esa facultad, de lo que se dejará constancia"*.

<sup>33</sup>

<http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/2e112b5a1d5642dc0325723400642019?OpenDocument>

medidas de coerción, puesto que resulta un límite material preciso para el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado y un reaseguro contra la arbitrariedad oficial.

Por su parte, Pérez Barberá<sup>35</sup> al tratar el tema de las nuevas tecnologías y la libertad probatoria en el proceso penal –refiriendo a las cámaras ocultas, micrófonos direccionados y no a las intervenciones corporales precisamente– concluye en que, estos novedosos medios probatorios tendientes a probar hechos y que no se encuentran regulados en nuestro ordenamiento requieren de una intervención de legislador, quien deberá regular en la ley procesal con exhaustivo detalle su procedencia dada la complejidad de las medidas y su extrema capacidad invasiva de la privacidad; todo ello sustentado en que, el actual silencio del legislador en esta materia origina una aplicación de la ley procesal penal por analogía *in malam partem*, contraria al principio de legalidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la imprevisión normativa aludida, en la primer oportunidad que tuvo para expedirse respecto de extracciones sanguíneas compulsivas: en el caso "Müller"<sup>36</sup> dejó sin efecto la medida remarcando que la misma carecía de un respaldo legal que le diera legitimidad. En éste contexto, la novedosa regulación legal del Código Procesal Penal de la Nación, constituye un avance en la materia.

Sin perjuicio de dicha normativa, en "Vázquez Ferrá"<sup>37</sup> el Procurador General da respuesta a esta cuestión remarcando que la extracción compulsiva de sangre debe ser resuelta "con arreglo a los principios generales que rigen la admisibilidad de las medidas de coerción en el proceso penal, tanto respecto del imputado como de terceras

---

<sup>34</sup> Falcone, Roberto - Madina, Marcelo "El proceso penal en la Provincia de Buenos Aires", p. 208, 2da edición actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

<sup>35</sup> PERÉZ BARBERÁ, Gabriel, Nuevas tecnologías y libertad probatoria, Nueva doctrina penal 2009/A/ Julio B.J. Maier ... [et.al. ], 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

<sup>36</sup> Fallos 313:1113.

<sup>37</sup> "Vázquez Ferra, Evelin Karina s/incidente de apelación" - Fallos 326:3748 CSJN - 30/09/2003

personas", es decir los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Contra esto, remarca Guariglia<sup>38</sup> que el principio de reserva de ley reclama que toda afectación estatal de la esfera de derechos de los ciudadanos en el marco de una persecución penal esté regulada expresamente en una norma de injerencia específica: *"autorizaciones genéricas no constituyen una base admisible: la norma debe establecer en forma clara y precisa los presupuestos y modalidades de la injerencia estatal. Ausente dicha norma, el intérprete se enfrenta a una laguna que no puede ser llenada mediante el recurso a la costumbre o a la aplicación analógica o extensiva de otras disposiciones procesales"* .

A pesar de esta ausencia de reglamentación, la utilización de coacción es una realidad presente en la mayoría de ordenamientos, y es que quizá se confunde con los alcances del principio de la "libertad probatoria", que presupone que "en materia penal, todo puede ser probado y por cualquier medio de prueba"<sup>39</sup>; lo que no es lo mismo a entender que "todo puede ser probado a través de cualquier método sin importar el costo que involucre", con lo que nos olvidamos el principio de *nulla coactio sine lege*. Desde esta misma línea, Córdoba atina en lo que, consideramos, constituye la base del problema; así nos indica que "lo que el principio *nulla coactio sine lege* exige, básicamente, es la autorización legal clara y detallada de toda medida que implique una injerencia en los derechos fundamentales. No obstante, señala que a pesar de ello, la opinión dominante considera que la facultad de realizar la medida principal contiene a la vez, siempre que no se derive algo distinto de la ley, la autorización implícita de llevar a cabo todas las medidas preparatorias y de acompañamiento indispensables para su

---

<sup>38</sup> Guariglia, Fabricio *"Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el proceso penal. Una propuesta de fundamentación"*, pp. 201 ss, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

<sup>39</sup> Maier, Fundamentos. op. cit. p. 864. Este carácter de la prueba encuentra asidero en nuestra legislación, en el artículo 182 del Código Procesal Penal que establece que: "Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley".

ejecución, en tanto estas últimas no excedan en intensidad a la injerencia autorizada expresamente”<sup>40</sup>.

Como bien destaca Guariglia<sup>41</sup>, el principio *nulla coactio sine lege* viene a recordarnos la vigencia y necesidad del principio de legalidad para las actuaciones de los órganos estatales en el proceso penal, ya que estos únicamente van a estar autorizados para operar de forma legítima si sus facultades han sido reguladas de forma previa y explícita mediante un mandado legal. Por ello, tratándose de coerción que de manera directa afecta derechos fundamentales de los individuos, esta no debe presuponerse con base en la regulación genérica de los institutos probatorios, sino que debe estar debidamente regulada, con la finalidad de evitar excesos de poder en perjuicio de los ciudadanos.

Sobre el tema refiere Tapia<sup>42</sup>, que la llave que permite resolver el conflictivo panorama planteado está dado por un principio central en materia de prueba: *el principio de libertad probatoria*, según el cuál todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquiera de los medios de prueba regulados en el ordenamiento adjetivo y aún los no previstos en el código, en la medida que no supriman garantías constitucionales de las personas.

En consecuencia, reconocemos a partir del principio de libertad probatoria una doble vía de injerencia en materia de intervenciones corporales: a) por un lado, en tanto no impliquen vulneración de garantías

---

<sup>40</sup> Córdoba, Gabriela, Transcripción del debate. Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba. En: El papel del sistema de justicia frente a violaciones masivas a los derechos humanos problemáticas actuales. Hazan, Luciano (coordinador). p. 142. Visible en: <http://www.abuelas.org.ar/material/libros/juridico2008.pdf> [Consulta: 20/05/09].

<sup>41</sup> Exposición de Guariglia, Fabricio. Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba. En: El papel del sistema de justicia frente a violaciones masivas a los derechos humanos problemáticas actuales. Hazan, Luciano (coordinador). pp. 135-136. Visible en: <http://www.abuelas.org.ar/material/libros/juridico2008.pdf> [Consulta: 20/05/09].

<sup>42</sup> TAPIA Juan Francisco. *Intervenciones corporales en el proceso penal* [en línea] [fecha de consulta: 9 de julio de 2010]. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf>

constitucionales, admitimos la posibilidad de obtener muestras imputado o de terceros, aún sin consentimiento expreso de dichas personas, las que serán ordenadas por un juez mediante auto fundado, ejecutadas por personal médico con aptitud en la materia; b) por otra parte, en razón de *implicar graves violaciones a derechos fundamentales*, estimamos absolutamente inviables la ejecución de medidas intrusivas en el organismo del imputado, tendientes a lograr la evacuación compulsiva de sustancias ingeridas por el sujeto pasivo del proceso.

No obstante, en referencia al principio de libertad probatoria cabe realizar una especial mención previo a continuar. Sobre ello, Angela Ledesma<sup>43</sup> nos enseña que la prueba en el proceso penal se desplaza entre dos ejes, por un lado “libertad probatoria” y por el otro “límites a la averiguación de la verdad”. Este principio de la libertad de la prueba, es tratado por la doctrina y jurisprudencia, que sostiene que todo objeto de prueba puede ser probado y por cualquier medio de prueba. Los medios habilitados para la averiguación de la verdad, se vinculan con las limitaciones probatorias de origen constitucional, cuya fuente reside en la protección que se otorga a las personas en un Estado de Derecho, por razón de su propia dignidad.

La autora citada expresa que, hoy frente a la realidad imperante, mayor complejidad delictiva, avances de la ciencia, criminalidad organizada, etc., los Estados justifican respuestas de emergencia, los que en su mayoría atentan contra el orden Constitucional. Pero aún en estos casos, los principios de legalidad, gravedad, judicialidad y fundabilidad, la eficacia y justicia del proceso penal, deben ser el punto de partida del análisis inicial de las reglas mínimas de juzgamiento exigidas, cuyo cumplimiento resulta insoslayable en una nación civilizada, a partir de ello podremos dar respuesta a la cuestión planteada.

---

<sup>43</sup> LEDESMA, Angela. *La prueba como garantía*. Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales [en línea] [fecha de consulta: 1 de julio de 2010]. Disponible en <http://www.academiadederecho.org>

Toda medida limitativa de los derechos fundamentales que se encuentre prevista por la ley. Asegura un postulado básico para la legitimidad democrática y es garantía de previsibilidad de la acusación de los poderes públicos.

La expresión más fuerte que pone límite a la prueba es el derecho “al silencio” por parte del imputado (art. 18 CN). En efecto, los Códigos modernos como el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, prevén expresamente la libertad como principio (art. 209) y la exclusión probatoria privando de toda eficacia la actividad probatoria cumplida y la prueba obtenida, con afectación de garantías constitucionales (art. 211).

No cabe duda de la significación que la doctrina de la ilustración y el reconocimiento del principio de dignidad de la persona humana, ha plasmado en nuestras constituciones y regido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros documentos, ha tenido y tiene para la realización del estado de derecho, de modo que el estado solo puede garantizar seguridad jurídica a partir del respeto de los principios que como el de la proporcionalidad, emanan del de dignidad humana, en síntesis podemos afirmar que el principio de proporcionalidad es un instrumento realizador necesario para hacer efectiva la plena vigencia de la democracia, respetando los derechos fundamentales de las minorías.

## **VII. PRESUPUESTOS PARA LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS DE INTERVENCION CORPORAL**

Del examen realizado hasta aquí se observa que, pese a las discusiones que subyacen en relación a la viabilidad de esta medida frente a la potencial afectación a derechos fundamentales, existe un punto de vista mayoritario que coincide en admitir su práctica mediante el respeto absoluto a ciertas pautas de procedencia.

En atención a ello, es de interés traer a colación lo señalado por Muñoz Conde<sup>44</sup> al referirse sobre las injerencias en el ámbito privado a través de las grabaciones audiovisuales efectuadas por órganos estatales, lo cual se considera aplicable –por esta parte– a las intervenciones corporales. El autor señaló “...*las injerencias en el ámbito privado por parte del Estado sólo está permitida excepcionalmente en los casos previstos legalmente. Ello parece obvio si se tiene en cuenta que en estos casos la injerencia procede de un órgano estatal, que por legítimo y explicable que sea su afán por conseguir pruebas que determinen la condena del autor de un delito, puede, con toda la prepotencia que le coloca en un nivel superior al del simple ciudadano, conculcar derechos tan fundamentales como, por ejemplo, el derecho a la intimidad o a la inviolabilidad de domicilio, que son los que más directamente se pueden ver afectados por estas injerencias. Sin embargo, algunas de estas injerencias pueden ser imprescindibles para la averiguación, persecución y, en su día, condena de los delitos. Renunciar a ellas en estos momentos supondría tanto como renunciar a una tarea tan fundamental para el Estado de Derecho como es el ejercicio eficaz de su poder punitivo en la lucha contra la delincuencia. Sólo que una vez más debe decirse que este derecho, legítimo desde el momento en que lo sea la existencia del propio Derecho penal, y en cuanto el proceso penal se centra en una búsqueda de la verdad relativa, no puede ejercerse a toda costa o a cualquier precio, con merma de los derechos fundamentales, o al margen de los requisitos y presupuestos legales que regulan la posible injerencia en ellos*”.

En efecto, la jurisprudencia como los cuerpos legislativos han instaurado la admisibilidad de estos medios de prueba bajo lineamientos procesales, pretendiendo así, formalizar o protocolizar en detalle los casos en que pueden emplearse y utilizarse legítimamente las intervenciones

---

<sup>44</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal [en línea] [fecha de consulta: 9 de julio de 2010]. Disponible en: [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA\\_PENAL\\_DOCS/Numero\\_14/96-124.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_14/96-124.pdf), p. 102 y ss.

corporales; creándose lo que llama Muñoz Conde<sup>45</sup> una especie de “justificación por el procedimiento”, en la que lo que justifica y legitima la actuación del órgano estatal es el cumplimiento de determinados requisitos formales, tales como la autorización judicial.

La doctrina alemana habla de un umbral de intensidad para legitimar la injerencia, en virtud de que un Estado de Derecho prohíbe injerencia que afecten desproporcionadamente el contenido de los derechos fundamentales, así se instituyen tres principios fundamentales a seguir: 1) Primacía de la ley y del Derecho, estableciendo los requisitos y las consecuencias jurídicas; 2) Respeto al principio de proporcionalidad; 3) Reserva de competencia judicial y sólo en caso de urgencia se hará extensiva al Fiscal o auxiliares<sup>46</sup>.

La doctrina Española agrega a los presupuestos enunciados el requisito de que actuaciones sean llevadas a cabo por profesional especializado para aquello que resulte comprensivo de la toma de muestras, análisis, y posterior tratamiento automatizado de los resultados.<sup>47</sup>

Por último en lo que respecta al ámbito nacional De Luca<sup>48</sup> sostiene que se deben exigir los siguientes recaudos para su realización, obviamente aún en forma compulsiva: 1º) Causa probable, fundamentación, verosimilitud, estado de sospecha o indicios vehementes, que deben ser previos y permitir una conexión entre el individuo y un delito determinado.-

---

<sup>45</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal [en línea] [fecha de consulta: 9 de julio de 2010]. Disponible en: [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA\\_PENAL\\_DOCS/Numero\\_14/96-124.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_14/96-124.pdf), p. 102/103.

<sup>46</sup> Conf.: SCHLUCHTER, Ellen, Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 65 y 66. CARBONE Carlos, *Medidas coercitivas “en cuerpo y alma” del imputado frente a la prueba ante la prohibición de autoincriminación*. En Donna Edgardo, Dir., *Revista de Derecho Procesal Penal: La injerencia en los derechos fundamentales del imputado II*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2006, p. 189.

<sup>47</sup> MORA SANCHEZ, Juan M., *Delitos contra la libertad sexual y análisis de ADN*, Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal, Leg.6 (2), Dic. 2001- 7 (1), Junio 2002: 7-13, p.9.

<sup>48</sup> DE LUCA Javier. *Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales*. En Donna Edgardo, Dir., *Revista de Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2001, p. 403 y ss.

2º) Relación entre la extracción de sangre, el estudio que se pretenda realizar y el objeto de la investigación.- 3º) Proporcionalidad entre esa intrusión en el cuerpo y lo que se pretende demostrar.- 4º) Necesidad de la prueba, que no pueda ser satisfecha por otros medios y que sea idónea, es decir, que la ciencia haya establecido su seriedad.-5º) Orden judicial fundada.- 6º) Realizada por personal idóneo de acuerdo con las técnicas corrientes en medicina, no humillantes ni degradantes.- 7º) No debe implicar un riesgo para la salud del imputado.- 8º) El segundo enunciado del primer párrafo del artículo 4º de la ley 23.511 de creación de un banco de datos genéticos no es aplicable en materia penal.-9º) En los casos penales donde se investiga la identidad de un menor de padres desaparecidos, la negativa del menor a conocer su origen ( aunque ahora sea adulto) no cuenta-

### **VIII.- NOTA FINAL**

Ante lo expuesto hasta aquí, el tema de las intervenciones corporales como diligencias de investigación dentro del proceso penal posee singular trascendencia, y aún más, en un sistema procesal que pretende ser respetuoso del Estado constitucional de Derecho; ya que exige en materia probatoria, la observancia de los derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental a fin de salvaguardar su plena efectividad.

Si bien es innegable que el tema de recabar pruebas del cuerpo humano para el servicio de un determinado proceso penal, no es novedoso, se advierte que no ha logrado captar la profundidad que el asunto exige. Principalmente, a la luz de la obediencia absoluta a las garantías instauradas en el proceso penal, ya que ellas conforman las directrices que regulan de manera precisa la producción de las medidas de prueba y determinan la imposibilidad de su valoración si se produce el desconocimiento de las mismas.

En efecto, desde el punto de vista de lo que sucede en la realidad, donde las intervenciones corporales han adquirido, gracias a su idoneidad, un desarrollo de importancia, surge la necesidad de indagar acerca de su admisibilidad como medio probatorio.

Por esa razón, éste es un tema que debe ser estudiado a raíz de los profusos cambios políticos, sociales y jurídicos llevados a cabo, especialmente bajo la concepción de que el procedimiento penal de un Estado de Derecho no sólo deberá lograr el equilibrio entre los fines del proceso y la dignidad de individuos, sino que además deberá procurar que la condena se base en elementos obtenidos al amparo de las garantías mínimas infranqueables (derecho de defensa, prueba, contradictorio, etc.) que emergen de la Constitución nacional, Tratados Internacionales de Derechos Humanos y demás leyes vigentes.

## X. BIBLIOGRAFIA A CONSULTAR

AMBOS Kai. *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán -fundamentación teórica y sistematización* [en línea] [fecha de consulta: 18 de abril de 2010]. Disponible en [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op\\_20090714\\_01.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20090714_01.pdf)

CAFFERATA NORES José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3ª ed. 1º reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005.

CARBONE Carlos, Medidas coercitivas “en cuerpo y alma” del imputado frente a la prueba ante la prohibición de autoincriminación. En Donna Edgardo, Dir., *Revista de Derecho Procesal Penal: La injerencia en los derechos fundamentales del imputado II*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2006.

CHOCANO NUÑEZ, Percy. *Los derechos humanos como límite a la actividad probatoria*. Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales [en línea] [fecha de consulta: 1 de julio de 2010]. Disponible en <http://www.academiadederecho.org>

DE ARAGÓN ERNESTO, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Adquisición de la Prueba y Delimitación del Derecho a la Intimidad*, [en línea] [fecha de consulta: 30 de junio de 2010]. Disponible en : [http://www.actualidadjuridica.com.ar/olrdoctrina\\_viewlist.php?cmd=resetall](http://www.actualidadjuridica.com.ar/olrdoctrina_viewlist.php?cmd=resetall)

DE LUCA Javier. *Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales*. En Donna Edgardo, Dir., *Revista de Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2001, p. 403 y ss.

DE LUCA Javier. *Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales*. En Donna Edgardo, Dir., *Revista de Derecho Procesal Penal: Derechos y Garantías Procesales*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2000, p. 393.

DE SOUZA GOMES, Lucinete. *Las inspecciones corporales en el proceso penal acusatorio*. Biblioteca jurídica elDial- DC10ED [en línea] [fecha de consulta: 9 de julio de 2010]. Disponible en <http://www.eldial.com>

FALCONE, Roberto - MADINA, Marcelo *"El proceso penal en la Provincia de Buenos Aires"*, p. 208, 2da edición actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta 7ma Ed. Madrid, 2005.

FILIPPINI Leonardo, TCHRIAN Karina, *ADN: el nuevo art. 21 bis, CPPN*, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Mayo de 2010.

GUARIGLIA Fabricio *"Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el proceso penal. Una propuesta de fundamentación"*, pp. 201 ss, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

LEDESMA, Angela. *La prueba como garantía*. Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales [en línea] [fecha de consulta: 1 de julio de 2010]. Disponible en <http://www.academiadederecho.org>

MAIER Julio, *Derecho procesal penal: fundamentos*, 2ªed. 3º reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 664 y ss.

MORA SANCHEZ, Juan M., *Delitos contra la libertad sexual y análisis de ADN*, Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal, Leg.6 (2), Dic. 2001- 7 (1), Junio 2002: 7-13, p.9.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal [en línea] [fecha de consulta: 9 de julio de 2010]. Disponible en: [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA\\_PENAL\\_DOCS/Numer\\_o\\_14/96-124.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numer_o_14/96-124.pdf)

PERÉZ BARBERÁ, Gabriel, *Nuevas tecnologías y libertad probatoria*, Nueva doctrina penal 2009/A/ Julio B.J. Maier ... [et.al. ], 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

RIQUERT Marcelo. *La solicitud de intervenciones corporales en el marco de la investigación penal preparatoria* [en línea] [fecha de consulta: 1 de mayo de 2010]. Disponible en <http://riquert-procesopenal.blogspot.com/2008/07/doctrina-intervenciones-corporales-en.html>

ROXIN Claus, *La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal Alemán*, trad. María del Carmen García Cantizano [en línea] [fecha de consulta: 18 de abril de 2010]. Disponible en [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA\\_PENAL\\_DOCS/Numero\\_6/115-127.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_6/115-127.pdf).

ROXIN, Claus "*Derecho Procesal Penal*", p. 290, traducción de la 25<sup>a</sup> edición alemana de "*Strafverfahrensrecht*" realizada por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, Del Puerto, 2000.

ROXIN, Claus "*Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*", Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fé, 2007.

RUIZ JARAMILLO, Luis. Intervenciones corporales en el código de procedimiento penal del 2004, análisis de la sentencia C-822 del 2005 de la Corte Constitucional Colombiana [en línea] [fecha de consulta: 9 de julio de 2010]. Disponible en: [http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_rev/documents/07-INTERVENCIONESCORPORALES\\_000.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/07-INTERVENCIONESCORPORALES_000.pdf)

TAPIA Juan Francisco. *Intervenciones corporales en el proceso penal* [en línea] [fecha de consulta: 9 de julio de 2010]. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf>