



Universitat Autònoma de Barcelona

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  [http://cat.creativecommons.org/?page\\_id=184](http://cat.creativecommons.org/?page_id=184)

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

**WARNING.** The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>

**Universidad Autónoma de Barcelona**

**Tesis doctoral**

**El cuerpo del imputado y los actos de investigación en el proceso  
penal argentino**

**Juan Facundo Gómez Urso**

**Directora: Dra. Carmen Navarro Villanueva**

**Mar del Plata (Argentina)**



## ÍNDICE

Abreviaturas.....	1
Introducción	
1. Justificación de la elección del tema.....	5
2. Objeto de estudio y sistemática utilizada.....	6
CAPÍTULO I	
Breve recorrido histórico por el tratamiento del cuerpo de la persona sometida a proceso penal: del suplicio a los derechos fundamentales	
1. La relación entre el cuerpo de la persona sometida a proceso penal y el suplicio.....	13
2. Tratamiento del sujeto pasivo del proceso penal en las sociedades antiguas.....	16
3. Estado de la cuestión en las edades media y moderna.....	21
4. La edad contemporánea y la utilización del cuerpo del imputado.....	24
5. El uso del cuerpo como método probatorio.....	28
6. Evolución del pensamiento punitivo.....	30
7. Primeras ideas a favor de los derechos fundamentales.....	34
8. El uso del cuerpo del imputado en la historia Argentina.....	36
9. Derechos fundamentales e injerencias procesales en el cuerpo del imputado.....	41
9.1. Dignidad de la persona.....	46
9.2. Derecho a la intimidad.....	51
9.3. La libertad ambulatoria.....	56
9.4. La integridad y la salud física y psíquica.....	59
9.5. La prohibición de autoincriminación.....	62
9.6. Los principios de legalidad y reserva de ley.....	66
9.7. Proporcionalidad.....	71

9.8. Razonabilidad.....	75
9.9. Motivación.....	77
10. Recapitulación.....	84

## CAPÍTULO II

### Los actos de investigación sobre el cuerpo del imputado

#### 1. El cacheo como medida de prevención y su vinculación con la detención

1.1. Supuestos de detención sin orden judicial en los que procede la medida de cacheo.....	89
--	----

##### 1.2. Detención a fin de averiguar la identidad

1.2.1. La identificación como prevención en fase preparatoria.....	93
--	----

1.2.2. La identificación y su relación con la privación de la libertad.....	96
---	----

1.3. Detenciones procesales.....	100
----------------------------------	-----

1.4. El vacío legislativo en materia de cacheos.....	103
--	-----

1.5. Fundamento del cacheo.....	105
---------------------------------	-----

1.6. Los motivos de sospecha para el cacheo.....	106
--	-----

1.7. Autoridad competente y sujeto pasivo en el cacheo.....	108
---	-----

1.8. Tipos de injerencias corporales y características del cacheo.....	110
--	-----

1.9. Hallazgo durante el cacheo.....	118
--------------------------------------	-----

1.10. Espacios con acceso restringido.....	120
--	-----

#### 2. La requisa corporal

2.1. Concepto, naturaleza y fines de la requisa corporal.....	124
---	-----

2.2. Motivos para requisar.....	127
---------------------------------	-----

2.3. Derivaciones de la jurisprudencia de la CIDH en materia de requisas.....	134
---	-----

2.4. Autoridad competente y sujeto pasivo en la requisa.....	140
2.5. Requisitos de la orden judicial para la requisa.....	144
2.6. La urgencia para requisar: los arts. 230 bis del CPPN y 138 del CPPF.....	145
2.7. Formalidades a cumplir durante la ejecución de la requisa.....	150
2.8. Las cavidades naturales en supuestos de requisa.....	155
3. Inspección e intervención corporal	
3.1. La inspección corporal. Concepto y naturaleza.....	159
3.2. La intervención corporal	
3.2.1. Concepto y naturaleza de la intervención corporal.....	166
3.2.2. Principio de legalidad.....	173
3.3. Criterios para distinguir las medidas de requisa, inspección e intervención	
3.3.1. Por el derecho fundamental afectado.....	176
3.3.2. Por el grado de vulneración del derecho fundamental.....	178
3.3.3. Por el sujeto competente para disponer la medida.....	180
3.3.4. Por el sujeto competente para realizar la medida...	186
3.3.5. Por la naturaleza y tipo del material a recuperar...	188
3.4. El intervenido como objeto de prueba o como sujeto de derechos	
3.4.1. Objeto de prueba, coacción estatal y pasividad.....	189
3.4.2. Sujeto de prueba, prohibición de autoincriminación y derecho al silencio.....	194
4. Recapitulación.....	199

### CAPÍTULO III

Actos de investigación en el proceso y vías alternativas al uso de la fuerza sobre el cuerpo del imputado

1. La etapa de instrucción y el carácter provisorio de la información.....	207
2. El juicio oral y la prueba.....	212
3. Excepciones a la oralidad y a la inmediación.....	218
4. Los anticipos probatorios y la instrucción suplementaria.....	228
5. El deber de priorizar la producción de prueba en el juicio.....	231
6. La diferencia entre incorporar y valorar.....	236
7. El imputado y la coerción estatal	
7.1. Debilidad normativa en materia de coerción probatoria.....	240
7.2. Coerción, consentimiento y negativa al registro corporal...250	
7.3. El uso de la fuerza y los tratos vejatorios y degradantes...268	
7.4. La coacción jurídica como autorización para proceder sobre el cuerpo del imputado.....	282
7.5. Fundamento de la coacción jurídica.....	279
8. Alternativas al uso de la fuerza y consecuencias de la negativa del imputado cuando debe tolerar	
8.1. La precaria regulación del uso de la fuerza.....	289
8.2. Por un proceso penal sin coerción probatoria en el cuerpo del imputado.....	297
8.3. Búsqueda de evidencia por otros medios. Doctrina de la CSJN.....	303
8.3.1. Material desprendido o abandonado.....	310
8.3.2. Jurisprudencia sobre toma subrepticia de vestigios.....	316

8.3.3. Material entregado en ámbitos ajenos a la investigación.....	324
8.3.4. Incautación de material ingerido o retenido por el imputado.....	327
8.3.5. Búsqueda de vestigios del delito en supuestos de estado de inconsciencia del imputado.....	331
9. Indicio que surge de la negativa del imputado a la diligencia.....	333
9.1. Indicio y valoración con el resto de las evidencias.....	338
9.2. Razonabilidad de la valoración en contra del imputado. Su silencio y la ausencia de explicaciones.....	342
9.3. Falta de regulación legal de la negativa a la medida.....	348
10. El delito de desobediencia como consecuencia de la negativa.....	354
11. Recapitulación.....	360
EPÍLOGO	
Utilidad práctica de los conceptos propuestos.....	367
1. Actos de investigación que el imputado debe tolerar	
1.1. Requisas	
1.1.1. Hisopado externo.....	371
1.1.2. Material que se encuentra debajo de las uñas.....	372
1.1.3. Restos de la deflagración de armas de fuego.....	372
1.2. Intervenciones	
1.2.1. Extracción de líquido cefalorraquídeo.....	373
1.2.2. Extracción de proyectil u otro elemento.....	374
1.2.3. Hisopado interno.....	374
1.2.4. Alcoholemia por aire espirado.....	375
1.2.5. Obtención de muestras de orina.....	379
1.2.6. Obtención de muestras de esperma.....	380
1.2.7. Extracción de sangre.....	381



1.2.8. Muestras de cabello.....	382
1.2.9. Muestras de piel.....	383
1.3. Inspecciones	
1.3.1. Pruebas falométricas.....	384
1.3.2. Diagnósticos por imágenes.....	385
1.3.3. Reconocimiento en rueda de personas.....	387
1.3.4. Obtención de huellas.....	390
1.3.5. Obtención de fotografías.....	392
1.3.6. Comprobación de tatuajes, cicatrices, etc.....	393
1.3.7. Detección de material y evidencias por perros.....	393
1.3.8. Examen médico.....	395
1.4. Diligencias de "difícil" encuadre	
1.4.1. Expulsión de elementos deglutidos.....	396
1.4.2. Flexiones/administración de vomitivos.....	399
1.4.3. Diligencias practicadas sobre cavidades interiores.....	401
2. Actos de investigación que dependen de la voluntad del imputado	
2.1. Registro de voz para reconocimiento.....	406
2.2. Confección de un cuerpo de escritura.....	408
2.3. Exámenes psicológicos y psiquiátricos.....	409
2.4. Reconstrucción del hecho.....	411
3. Administración de narcóticos e hipnosis. Métodos prohibidos.....	412
CONCLUSIONES FINALES.....	417
ANEXO LEGISLATIVO.....	431
BIBLIOGRAFÍA.....	525

## **Abreviaturas**

AAVV: autores varios.

ADLA: Anales de Legislación Argentina.

ADN: ácido desoxirribonucleico.

ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (España).

ATC: Auto del Tribunal Constitucional (España).

BCF: Bloque de Constitucionalidad Federal.

BO: Boletín Oficial (Argentina).

BOE: Boletín Oficial del Estado (España).

CABA: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos.

CE: Constitución Española.

CEDAW: Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos.

CEPC: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España).

CFCP: Cámara Federal de Casación Penal.

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CN: Constitución Nacional (Argentina).

CNCC: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

CNCCC: Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.

CNCCF: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.

CNCP: Cámara Nacional de Casación Penal (hasta el 2 de marzo de 2015 reunió las competencias que actualmente les corresponden a la CFCP y a la CNCCC).

ComIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CP: Código Penal.

CPE: Código Penal Español.

CPMP: Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2.372, del 4 de octubre de 1888, vigente hasta la sanción del CPPN según ley 23.984, del 21 de agosto de 1991).

CPP: Código Procesal Penal.

CPPBA: Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

CPPCABA: Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

CPPF: Código Procesal Penal Federal.

CPPN: Código Procesal Penal de la Nación.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

DADDH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

DDHH: Derechos Humanos.

DLE: Diccionario de la Lengua Española.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

*Et al.*: y otros.

Fallos: colección de sentencias de la CSJN por tomo y página.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil (España).

LO: Ley Orgánica.

LOPSC: Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.

PEN: Poder Ejecutivo Nacional.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial (España).

SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional (España).

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo (España).

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional (España).

StPO: Ordenanza Procesal Penal (Alemania).

STS: Sentencia del Tribunal Supremo (España).

TC: Tribunal Constitucional (España).

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo (España).

TSJCABA: Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia (España).



## **INTRODUCCIÓN**

### **1. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA**

El tema de investigación elegido es el de los actos de investigación que recaen sobre el cuerpo de la persona sospechosa o imputada y los límites constitucionales a tales injerencias. Según entiendo, toda decisión restrictiva de derechos que se adopte en el marco del proceso penal en relación al cuerpo de la persona sospechosa o imputada brindará una medida del respeto —y grado de compromiso— de ese sistema jurídico con las garantías constitucionales.

Esa fue una de las motivaciones que dieron origen a la presente investigación, ya que una mirada garantista y respetuosa para con los derechos fundamentales permitiría fijar el límite máximo de las injerencias del Estado en su tarea de persecución penal.

Por otra parte, la escasez de literatura y jurisprudencia en Argentina fue otra de las razones que me llevaron a adentrarme en la materia. En efecto, el tratamiento doctrinal y jurisprudencial sobre las diligencias a practicar en el cuerpo del imputado es francamente exiguo. En este sentido, cabe señalar que los últimos fallos de la CSJN, nuestro máximo intérprete constitucional en la materia, amén de escasos, datan de 2009.

Asimismo, la práctica diaria en nuestras comisarías y juzgados está necesitada de una profunda reflexión a la luz de las garantías constitucionales, puesto que diligencias como las extracciones de

sangre, revisiones médicas u obtención de huellas dactilares, por citar solo algunos ejemplos, constituyen prácticas que se ordenan y se cumplen de modo automático, convirtiéndose en actos impuestos *de facto* y sin consideración alguna a los derechos de la persona sospechosa o imputada. Frente a tales prácticas, se impone un estudio amplio de la cuestión, con el objetivo de aportar posibles soluciones o alternativas al contexto descrito.

## **2. OBJETO DE ESTUDIO Y SISTEMÁTICA UTILIZADA**

Esta investigación se centra en los actos de investigación que recaen en el cuerpo con vida de la persona sospechosa o imputada, descartándose, por ello, la diligencia de autopsia. Ello no obstante, en algunos casos también se aludirá al cuerpo de terceros y, fundamentalmente, al de la víctima. Por otra parte, el trabajo se enfoca exclusivamente en el estudio de las diligencias de investigación de las que pudieran derivar evidencias útiles para la averiguación de la verdad, por lo que permanecen ajenas al mismo las medidas tendientes a resguardar la salud de la persona sospechosa o imputada (curación de heridas o intervenciones quirúrgicas en tal sentido) o de carácter humanitario (administración compulsiva de alimentos).

También se excluyen aquellas diligencias practicadas sobre el cuerpo de la persona en el marco de los actos de seguridad o de control realizados en el ámbito penitenciario. La razón estriba en que aquellos actos no persiguen ni la obtención de evidencias ni el descubrimiento de

la verdad en el proceso, aun cuando de los mismos pudiera derivarse un hallazgo casual de utilidad en un ulterior proceso penal.

Las cuatro eventuales injerencias en el cuerpo de la persona sospechosa o imputada que van a ser objeto de estudio son el cacheo, la requisita, la inspección y la intervención corporal, aludiéndose a ellas de modo específico a partir de tales denominaciones y de modo genérico como registros o investigaciones corporales.

Uno de los objetivos perseguidos por esta investigación radica en determinar con precisión el concepto y alcance de cada una de las diligencias en función de sus características, de los derechos fundamentales afectados y de los principios de legalidad procesal y reserva de ley. Si bien, como afirma HAIRABEDIÁN, "*no es tarea fácil*" delimitar tales medidas, una definición técnica se impone, pues se trata de prácticas que confluyen sobre el cuerpo de la persona sospechosa o imputada y que ofrecen ese punto de convergencia como germen de posibles ambivalencias y confusiones<sup>1</sup>. A tenor de dicho propósito se pretende también evitar superposiciones de espacios entre los distintos conceptos, remarcando las particularidades que identifican, en su caso, cada intromisión.

Respecto de todas y cada una de las diligencias de investigación se van a analizar los aspectos y problemáticas constitucionales y legales de índole procesal que pueden comportar, descartando el estudio de otras cuestiones técnicas, científicas o genéticas de la prueba de ADN o de la diligencia de que se trate (exploraciones radiológicas, tomografías, etc.), cuyo ámbito de estudio compete a otras disciplinas.

---

<sup>1</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Requisas y otras inspecciones corporales*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 24.



Asimismo, corresponde indicar que esta investigación se centra únicamente en el sistema jurídico argentino, aunque, por las razones antes expuestas, deba acudir a literatura y jurisprudencia extranjera, principalmente española. Actualmente en Argentina conviven —parcialmente— dos sistemas procesales. Por un lado, el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN)<sup>2</sup>, de carácter mixto y vigente para los delitos federales en las jurisdicciones respectivas en todo el territorio nacional y para los delitos ordinarios y federales cometidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (los primeros en proceso de transferencia a la justicia local). Y por el otro, el Código Procesal Penal Federal (CPPF)<sup>3</sup>, de carácter acusatorio y destinado a regir los delitos federales solo en las jurisdicciones de tal naturaleza<sup>4</sup>. Consecuentemente, ambos ordenamientos procesales serán analizados de modo conjunto a lo largo de la presente investigación.

En cuanto a la sistemática utilizada, cabe indicar que este trabajo consta de tres capítulos, un epílogo y las conclusiones finales.

El Capítulo I comprende, por una parte, un estudio histórico del uso del cuerpo de la persona sospechosa, fundamentalmente a partir de

---

<sup>2</sup> Según ley 23.984, sancionada el 21 de agosto de 1991.

<sup>3</sup> Según ley 27.063, sancionada el 4 de diciembre de 2014, texto ordenado por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 118/2019, del 7 de febrero de 2019.

<sup>4</sup> Aunque, hasta el momento, solo ha sido implementado en las provincias de Jujuy y Salta desde el 10 de junio de 2019 (según Resolución 1/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del CPPF, del 3 de junio de 2019) y en las Cámaras Federales de Apelaciones de Mendoza y Rosario, según Resolución 2/2019 de la referida Comisión, del 13 de noviembre de 2019. También se ha dispuesto la vigencia de algunos artículos del CPPF a nivel federal nacional; según la citada Resolución 2/2019 los arts. 19, 21, 22, 31, 34, 54, 80, 81, 210, 221 y 222, según Resolución 1/2020 (del 24 de noviembre de 2020) los arts. 285, 286, 287 y 366 inciso "f", y según Resolución 1/2021 (del 3 de febrero de 2021) los arts. 366, 367, 368, 369, 370 y 375.

la fuerza, inicialmente ejercida con fines punitivos, hasta que, aproximadamente a partir del siglo XIII, también se practicó con la finalidad de indagar, utilizando la tortura.

El estudio de los derechos fundamentales constituye el objeto de la segunda parte del Capítulo I, a partir de lo dispuesto tanto en la Constitución Argentina como en los tratados internacionales que integran el denominado Bloque de Constitucionalidad Federal, esto es, los pilares sobre los que debe asentarse la legislación procesal en materia de injerencias corporales durante la investigación penal. De este modo, se analizarán con detenimiento derechos fundamentales como la dignidad, la intimidad, la libertad ambulatoria, la integridad y la salud física y psíquica, así como los principios limitadores como la prohibición de autoincriminación, legalidad, reserva de ley, proporcionalidad, razonabilidad y motivación, que configuran la base desde la que debe edificarse el esquema jurídico argentino de los actos de investigación que inciden en el cuerpo de la persona sospechosa o imputada.

El Capítulo II tiene por objeto el análisis de las cuatro diligencias que implican una injerencia corporal con eventuales consecuencias de índole probatoria: cacheo, requisa, inspección e intervención. En todos los casos se establece un vínculo con los derechos fundamentales y los principios constitucionales en juego y se procura una definición precisa de cada medida, un desarrollo exhaustivo de todos los presupuestos y condiciones de validez, tanto para disponerlas como para ejecutarlas, y la determinación de criterios de distinción para delimitarlas con rigor. Por último, se establecen las premisas que permiten diferenciar aquellos actos en los que la persona sospechosa o imputada debe tolerar la intromisión, siendo considerada "objeto de prueba", de aquellos otros en

los que puede intervenir conforme su voluntad, en los que se la considera sujeto de derechos.

Seguidamente, el Capítulo III analiza el carácter de los actos de investigación sobre el cuerpo de la persona sospechosa o imputada, la necesidad de cumplir con los requisitos legales para su práctica y ulterior valoración en el juicio oral, las excepciones a la oralidad y a la inmediación y la diferenciación entre anticipos probatorios e instrucción suplementaria, tal como se regulan en la legislación argentina. A continuación, se aborda uno de los temas más complejos y sensibles en la materia: el uso de la fuerza. Llegados a este punto, se propone su reemplazo por una coacción jurídica que prescinda de aquella. Asimismo, se postulan vías alternativas a través de la búsqueda de evidencias por otros medios (obtención subrepticia de muestras, material entregado voluntariamente, etc.), la valoración de una eventual negativa a la medida como indicio en conjunto con el resto de las evidencias y la consideración de esa negativa en torno al delito de desobediencia.

Como colofón, el Epílogo procura concretar y unificar los aspectos legales y teóricos con los prácticos, a partir de grupos de casos que abarcan un amplio espectro de actos de la investigación sobre el cuerpo de la persona sospechosa o imputada (hisopados, restos de la deflagración de armas de fuego, obtención de líquido cefalorraquídeo o sangre, extracción de proyectiles, controles de alcoholemia, muestras de orina o esperma, expulsión de elementos deglutidos, diagnósticos por imágenes, reconocimientos en rueda de personas, comprobación de tatuajes o cicatrices, detección por perros, etc.). La pretensión perseguida es la de encuadrar cada diligencia en alguna de las

definiciones postuladas en el Capítulo I a fin de establecer la naturaleza, alcance, modo de ejecución, efectos y condiciones de producción de cada medida en el juicio oral, tomando en consideración las pautas expuestas en torno a la prohibición del uso de la fuerza física y las eventuales consecuencias de una negativa de la persona sospechosa o imputada cuando se encuentra obligada a tolerar.

En definitiva, esta investigación pretende ofrecer unas pautas para el legislador argentino que ayuden a mejorar el panorama actual en lo atinente a los actos de investigación sobre el cuerpo de la persona sospechosa o imputada, cuyas debilidades legales, doctrinarias y jurisprudenciales así como las repercusiones negativas de prácticas policiales y judiciales contrarias, en ocasiones, a los derechos fundamentales, espero poner de manifiesto a lo largo de las líneas que siguen.



## CAPÍTULO I

### BREVE RECORRIDO HISTÓRICO POR EL TRATAMIENTO DEL CUERPO DE LA PERSONA SOMETIDA A PROCESO PENAL: DEL SUPPLICIO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1. LA RELACIÓN ENTRE EL CUERPO DE LA PERSONA SOMETIDA A PROCESO PENAL Y EL SUPPLICIO

En los tiempos más antiguos no hubo diferencias entre el proceso penal y el civil, siendo ambos de carácter acusatorio<sup>5</sup> y sus objetivos, en gran medida, de contenido reparador o compensatorio. El poder punitivo surgió cuando el soberano desplazó a la víctima y se proclamó como único ofendido con derecho a reprimir<sup>6</sup>.

La pena siempre se vinculó con un cierto suplemento de dolor<sup>7</sup>. Desde la decapitación, categorizada por FOUCAULT como "*el grado cero de suplicio*", hasta el descuartizamiento, que lo lleva al infinito, pasando

---

<sup>5</sup> ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 557.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 21; ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 558; ZAFFARONI, Eugenio R., *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, 1988, págs. 58-59.

<sup>7</sup> FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003, p. 23; ORREGO FERNÁNDEZ, David, *Para una historia judicial del cuerpo: aproximaciones a Michel Foucault*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2010, págs. 52-53; ARAYA ESPINOZA, Alejandra, "El castigo físico: el cuerpo como representación de la persona, un capítulo en la historia de la occidentalización de América. Siglos XVI-XVIII", en *Historia*, n° 39, volumen 2, julio-diciembre, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2006, págs. 349-367.

por la horca, la hoguera y la rueda, se ha procurado retener la vida en la aflicción, subdividiéndola en "mil muertes"<sup>8</sup>.

Como apunta TISSOT, la imaginación de los hombres ha sido fecunda en invenciones de castigos penosos, "[l]a venganza conduce ya a los salvajes a un cierto refinamiento en los suplicios, por ejemplo, el hacer perecer lentamente a azotes, el mutilar antes de degollar, el quemar vivo a fuego lento, el hacer perecer por la acción prolongada del agua hirviendo, el enterrar vivo, etc."<sup>9</sup>.

En el marco expuesto, cabe considerar que la tortura ha sido aplicada como un medio para obtener información y no como pena<sup>10</sup>.

Las etapas históricas pueden separarse en estratos evolutivos y secuenciales que dependen de la mirada del observador<sup>11</sup>. De allí que se

---

<sup>8</sup> FOUCAULT, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, cit., p. 39.

<sup>9</sup> TISSOT, Joseph, *El Derecho Penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo*, t. 1, traducción de José Ortega García, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1880, p. 337.

<sup>10</sup> ZAMBRANA MORAL, Patricia, "Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n° 27, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2005, p. 198, quien explica con claridad el carácter de tabú de las primeras penas, el vínculo con los dioses, la ausencia de causalidad, la relación entre pena y pecado y la constante histórica de las penas corporales, desde las sociedades primitivas hasta el liberalismo del siglo XVIII.

<sup>11</sup> Mi perspectiva coincide con la de ZAFFARONI, Eugenio R., *En torno de la cuestión penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p. 160: "así como los sociólogos nos miran con curiosidad, como un grupo extraño que en el campus universitario inventa su propia sociología y se niega a escucharlos, los historiadores no tienen menos razones para extrañarse de nuestra ingenuidad al considerarnos descendientes del Iluminismo e ignorar casi todo el derecho penal y la criminología de los siglos anteriores. A fuerza de reiterar en nuestros manuales conceptos que copiamos de otros, nos hemos aislado tanto de los datos de las ciencias sociales como de los históricos".

justifique una breve indagación etnológica o de antropología social respecto del nexo entre cuerpo, castigo, proceso y verdad<sup>12</sup>.

Desde las sociedades primitivas, el cuerpo fue considerado tan solo un objeto susceptible de castigo, sin reconocimiento alguno de su dignidad, que fue incorporada a partir del siglo XVIII<sup>13</sup>. Aunque, como bien señalan HASSEMER y MUÑOZ CONDE, es cierto que se encuentra "*muy extendida la idea, bastante ingenua por lo demás, de que todos los ordenamientos jurídicos de épocas antiguas eran "inhumanos", en la medida en que no corresponden a nuestra cultura jurídica. Esto es solo correcto desde la perspectiva de Europa central a finales del siglo XX*"<sup>14</sup>. Sin embargo, la mirada de Europa central, en cuanto a su formación y valores, sufrió una notoria decadencia a partir de la década del 90 del siglo XX, adelantada por la Escuela de Frankfurt en los años 40 y 50 como el "*declinar del racionalismo iluminista*"<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> AUGÉ, Marc – COLLEYN, Jean-Paul, *Qué es la antropología*, traducción de Carles Roche Suárez, Paidós Básica, Barcelona, 2012, p. 17; AUGÉ, Marc, *El antropólogo y el mundo global*, traducción de Ariel Dillon, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, p. 9; FOUCAULT, Michel, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, traducción de Miguel Morey, Alianza Editorial, Madrid, 2000, págs. 128-145; MARTÍNEZ BARRERA, Jorge, "El cuerpo como nueva superficie de inscripción de la política: Michel Foucault y la biopolítica", en *Sociología y tecnología*, volumen 8, n° 1, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2018, págs. 27-42.

<sup>13</sup> DRAPKIN, Israel, "Sociedad, delito y derecho", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 20, fascículo 1-2, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1967, p. 190; PÉREZ VAQUERO, Carlos, "La "política criminal" según el antiguo testamento", en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, n° 16, enero-julio, Sociedad Mexicana de Criminología, Nuevo León, 2016 p. 86.

<sup>14</sup> HASSEMER, Winfried – MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 172-173.

<sup>15</sup> MORALES PRATS, Fermín, *La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva "Edad Media"*, Real Academia de Doctores, Barcelona, 2015, págs. 14-15.



## 2. TRATAMIENTO DEL SUJETO PASIVO DEL PROCESO PENAL EN LAS SOCIEDADES ANTIGUAS

Lo que actualmente llamamos delito no existió como tal en tiempos prehistóricos, aunque sí la violencia como respuesta humana<sup>16</sup>. Es posible que las primeras prohibiciones escritas aparecieran con los polinésicos a partir del tabú<sup>17</sup>. En el hombre primitivo la causalidad era rudimentaria y gran parte de los fenómenos se explicaban por principios mágicos<sup>18</sup>.

En el derecho protohistórico y aun en el histórico, de existir posibilidad compensatoria, la venganza podía asumir forma de indemnización impuesta por la fuerza<sup>19</sup>. Enseña MOMMSEN que en el

---

<sup>16</sup> Aunque las ideas de responsabilidad individual, imprudencia e intención, entre otras, pueden apreciarse en los distintos textos recuperados, PÉREZ VAQUERO, "La "política criminal" según el antiguo testamento", cit., págs. 86-92. En España, JIMÉNEZ DE ASÚA llevó a cabo el primer esbozo de construcción dogmática en 1929, véase ROLDÁN CAÑIZARES, Enrique, *Luis Jiménez de Asúa. Derecho penal. República. Exilio*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 172. Véase también DRAPKIN, Israel, "La cultura de la violencia", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 29, fascículo 3, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1976, p. 469.

<sup>17</sup> DRAPKIN, Israel, "Los "Códigos" pre-hamurábicos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 35, fascículo 2, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1982, págs. 326-327; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. 1, 5º ed., actualizada por Guillermo Fierro, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, págs. 62-63; CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 3º ed., actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 30; VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Derecho procesal penal*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 115.

<sup>18</sup> SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. 1, cit., p. 61; ZAMBRANA MORAL, "Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales", cit., p. 199.

<sup>19</sup> SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. 1, cit., p. 66.

derecho primitivo se admitió la lesión corporal como medio de retribución penal a causa del daño, aunque probablemente reemplazada por indemnizaciones pecuniarias<sup>20</sup>.

Los documentos legales más antiguos datan de 2400 a.C., provenientes del rey sumerio Ur-Engur, en los que se alude a una administración de justicia de acuerdo con las leyes de los dioses<sup>21</sup>.

Las prohibiciones, como normas legales, no se distinguieron de los preceptos divinos o religiosos, en los que radicaron sus orígenes, inclusive en el lejano Oriente<sup>22</sup>, donde el crimen y el pecado (como ofensa a la divinidad) no estaban nítidamente diferenciados y sólo los dioses sabían discriminar entre lo bueno y lo malo<sup>23</sup>.

En lo que al cuerpo atañe, según CANTÚ, hacia el año 2285 a.C. se aplicaban en China la pena de muerte, la mutilación, la marca y el palo, aunque atenuados por la legislación del rey Choun<sup>24</sup>. El código Ur-Nammu (2112-2095 a.C.), por su parte, preveía penas corporales y de muerte, aunque también multas e indemnizaciones<sup>25</sup>. Siglo y medio después, el código Lipit-Istar (1934-1924 a.C.), reguló penas de indemnización y corporales, principalmente la de muerte, pero sin

---

<sup>20</sup> MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, 2º ed., traducción de Pedro Dorado Montero, Temis, Bogotá, 1999, p. 605.

<sup>21</sup> DRAPKIN, "Los "Códigos" pre-hamurábicos", cit., p. 336.

<sup>22</sup> DRAPKIN, Israel, "Prolegómenos al estudio del derecho penal en la China Imperial", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 35, fascículo 3, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1982, p. 581; ZAFFARONI, Eugenio R. – ALAGIA, Alejandro –SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2º ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, págs. 231-232.

<sup>23</sup> DRAPKIN, "Prolegómenos al estudio del derecho penal en la China Imperial", cit., p. 582.

<sup>24</sup> CANTÚ, César, *Compendio de historia universal*, traducción de Nicolás María Serrano, Viuda de Rodríguez, Madrid, 1877, p. 350.

<sup>25</sup> DRAPKIN, "Los "Códigos" pre-hamurábicos", cit., p. 338; PÉREZ VAQUERO, "La "política criminal" según el antiguo testamento", cit., págs. 71-72.

ponderar el criterio del talión, que sería consagrado en el Código Hammurabi<sup>26</sup>.

Entre 1955 y 1912 a.C. nace la obra legislativa más célebre de la antigua Mesopotamia, el referido Código Hammurabi<sup>27</sup>. De sus 282 disposiciones, al menos 101 presentaban contenido penal, contemplando, como en todas las sociedades antiguas, la pena de muerte y los castigos corporales (golpes, azotes y mutilación de miembros y órganos)<sup>28</sup>.

Por su parte, las normas del pueblo hebreo se encontraban "*caóticamente diseminadas y sin criterio alguno de agrupación*"<sup>29</sup>,

---

<sup>26</sup> DRAPKIN, "Los "Códigos" pre-hamurábicos", cit., págs. 340-341; PÉREZ VAQUERO, "La "política criminal" según el antiguo testamento", cit., p. 85; SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. 1, cit., págs. 66-67; ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 231-232; GARCÍA FALCONÍ, Ramiro J. – LARENAS CORTEZ, Melissa, "Los albores del derecho penal: la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, volumen 37, n° 102, enero-junio, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, págs. 72-73, sostienen que tal medida se encontraba ya prevista en el código Eshnunna, 1836-1795 a.C.; crítico respecto de su vínculo con la pena de muerte, CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Librería El Foro, Buenos Aires, 1994, págs. 426-427; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, págs. 388-389. En ambos ordenamientos fue marcado y destacado el componente penal, GARCÍA FALCONÍ – LARENAS CORTEZ, "Los albores del derecho penal: la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas", cit., p. 72.

<sup>27</sup> GARCÍA FALCONÍ – LARENAS CORTEZ, "Los albores del derecho penal: la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas", cit., p. 73; Soler, *Derecho Penal Argentino*, t. 1, cit., págs. 67 y 69.

<sup>28</sup> GARCÍA FALCONÍ – LARENAS CORTEZ, "Los albores del derecho penal: la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas", cit., págs. 74-75.

<sup>29</sup> GARCÍA FALCONÍ – LARENAS CORTEZ, "Los albores del derecho penal: la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas", cit., p. 76.

aunque fuertemente marcadas por su carácter religioso y por su impronta penal<sup>30</sup>. De acuerdo con aquellas, los castigos se diferenciaban según el condenado fuera judío (desde el ofrecimiento de un sacrificio hasta la muerte) o no (casi de forma indefectible el exterminio)<sup>31</sup>. CANTÚ describe el procedimiento judicial previo y destaca la atrocidad de los suplicios, que iban desde los apedreos hasta los azotes y la extracción de ojos<sup>32</sup>.

Para el siglo II a.C. los romanos apelaban a la fustigación y a la flagelación corporales, tanto de carácter privado (paterfamilias) como público<sup>33</sup>; cumpliendo aún funciones vengativas y expiatorias (purificando el mal causado a la relación divinidad-humanidad)<sup>34</sup>. Tal aspecto es referido por AGAMBEN cuando alude al carácter sagrado del hombre en el derecho romano arcaico y a su vínculo con la pena<sup>35</sup>. Dichas disposiciones influyeron en toda Europa entre los siglos II a.C. y V, influenciadas notablemente por la religión y dominadas por las penas corporales y la de muerte<sup>36</sup>. Aproximadamente para 466 "*Eurico hizo publicar codificaciones del derecho romano, adaptándolo a las*

---

<sup>30</sup> GARCÍA FALCONÍ – LARENAS CORTEZ, "Los albores del derecho penal: la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas", cit., p. 77; SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. 1, cit., p. 69.

<sup>31</sup> GARCÍA FALCONÍ – LARENAS CORTEZ, "Los albores del derecho penal: la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas", cit., p. 80.

<sup>32</sup> CANTÚ, *Compendio de historia universal*, cit., págs. 117-118.

<sup>33</sup> ESPINOSA ARDILA, Miguel Camilo, "El apaleamiento en Roma durante el 133 a.C.", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, volumen 39, n° 107, julio-diciembre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, págs. 80-83.

<sup>34</sup> ESPINOSA ARDILA, "El apaleamiento en Roma durante el 133 a.C.", cit., p. 96.

<sup>35</sup> AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, traducción de Antonio Gimeno Cuspinera, Pre-Textos, Valencia, 2006, págs. 93-97.

<sup>36</sup> LEAL DE IBARRA, Francisco, *Estudios de derecho penal*, Imprenta del Comercio, Granada, 1896, págs. 8-10.

*tradiciones godas, para que su gobierno no fuera un mero bandolerismo bárbaro*<sup>37</sup>.

Como puede advertirse, el carácter religioso siguió constituyendo un elemento distintivo del castigo en las sociedades antiguas que vieron la pena como forma de expiación (códigos sumerios y acadios y legislación judaica, en la que impartían justicia los mismos funcionarios que administraban el rito y el sacrificio)<sup>38</sup>. Hasta comienzos de la Edad Moderna convivieron los intereses religiosos y estatales, que solo a partir de la Ilustración comenzaron a sustituirse por concepciones personalistas<sup>39</sup>.

La venganza privada, muchas veces cruel y sangrienta, operó de modo dual: como retribución y como prevención general negativa puesto que matar al agresor se consideraba la mejor manera de intimidar a terceros<sup>40</sup>.

Sin embargo, como señala MOYANO GACITÚA, *"nunca el fin de las penas fue otro que la faz social... los otros fines... no han entrado en ninguna época de la historia como fines esenciales, sino secundarios: en*

---

<sup>37</sup> ASIMOV, Isaac, *El Imperio Romano*, traducción de Néstor A. Míguez, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 128.

<sup>38</sup> GARCÍA FALCONÍ - LARENAS CORTEZ, "Los albores del derecho penal: la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas", cit., p. 70; SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. 1, cit., p. 64.

<sup>39</sup> HASSEMER - MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, cit., p. 109; ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 564.

<sup>40</sup> DRAPKIN, "Los "Códigos" pre-hamurábicos", cit., p. 327; coincido con SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. 1, cit., p. 62, en que parece arriesgado afirmar que la venganza individual y privada, si bien se consideró una forma de pena, represente el inicio de la actividad represiva. El origen de la venganza es reconocido por CARRARA, Francesco, *Programma del Corso de Diritto Criminale. Parte generale*, Tipografía Giusti, Lucca, 1867, p. 335, en los siguientes términos: *"É necessario riconoscere come una verità autenticata dalle piú remote tradizioni della razza adamitica, che la idea della pena nacque nelle società primitive dal sentimento della vendetta"*.

*la época teocrática ese fin secundario era la vindicta divina, como fue la vindicta privada o pública, como fue la razón política en el período siguiente especialmente acentuado en Roma*<sup>41</sup>.

Con la venganza privada convivió la venganza divina, en función del miedo irracional que el hombre primitivo tuvo a los dioses<sup>42</sup>, génesis de la demonología y de la brujería de la Edad Media. Luego aparecieron las estructuras estatales que desplazaron a la víctima y al templo como administradores del castigo<sup>43</sup>, sentando así las bases para que, posteriormente, las sociedades civilizadas pasaran a ejercer la venganza a través de sus sistemas judiciales<sup>44</sup>.

### **3. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LAS EDADES MEDIA Y MODERNA**

Según ZAFFARONI *et al.*, corresponde diferenciar dos modelos: uno de solución entre partes y otro de decisión vertical o punitiva. La línea divisoria la establece la posición de la víctima. En el primer caso se la

---

<sup>41</sup> MOYANO GACITÚA, Cornelio, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*, Félix Lajouane Editor, Buenos Aires, 1899, p. 226.

<sup>42</sup> El castigo de los dioses puede verse en la agonía de Tántalo, referida por BAUMAN, Zygmunt, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, 2º ed., traducción de Jesús Alborés, Siglo XXI, Madrid, 2006, págs. 1-2.

<sup>43</sup> DRAPKIN, "Los "Códigos" pre-hamurábicos", cit., p. 329; HASSEMER – MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, cit., p. 170, sostienen que "[e]l Derecho penal del Estado surge y vive de alejar a la víctima de todo lo que tiene que ver con la puesta en marcha y la dirección del proceso y con la retribución de la infracción jurídica cometida".

<sup>44</sup> GARCÍA FALCONÍ – LARENAS CORTEZ, "Los albores del derecho penal: la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas", cit., p. 71.

trata como persona, en el segundo como cosa<sup>45</sup>. Con posterioridad (siglos VI y VII) la España Visigoda vislumbró el principio de utilidad que más tarde desarrollaría BENTHAM, aceptando la composición y el reemplazo de las penas corporales por penas pecuniarias<sup>46</sup>.

Con la caída del Imperio Romano y la nueva división de tierras producto del gobierno feudal, los barones se atribuyeron el poder de establecer el orden mediante el castigo, recurriendo permanentemente a la fuerza, como elocuentemente detalla DE LARDIZÁBAL Y URIBE, "[t]al era el estado de España y de toda la Europa cuando se establecieron la mayor parte de nuestras leyes penales, así que no debe causar admiración que en ellas se encuentren tantas penas capitales, tantas mutilaciones de miembros, tantos tormentos, tanto rigor y severidad, que más parece que se escribieron con sangre y con la espada, que con tinta y con la pluma. Pero así lo pedían las circunstancias del tiempo, el carácter y costumbres de los pueblos"<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 229-233, la última versión europea del modelo de partes tuvo lugar con los germanos, cuando la confiscación romana imperial desapareció. Véase también, VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., p. 122; MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, 2º ed., 3º reimpresión, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, págs. 264-265.

<sup>46</sup> LEAL DE IBARRA, *Estudios de derecho penal*, cit., p. 17. Aunque, según MOMMSEN, Teodoro, *El derecho penal romano*, t. 2, traducción de Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, 1905, p. 423, es de presumir que ya en los primeros tiempos de la República Romana la mutilación de miembros fuera reemplazada por mecanismos indemnizatorios, respecto de las penas corporales y su limitada aplicación en Roma, ver, en especial, págs. 423-427; MOMMSEN, *Derecho penal romano*, cit., págs. 605-606, señala que las mutilaciones y amputaciones pervivieron hasta la persecución de los cristianos por Diocleciano.

<sup>47</sup> DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2001, págs. 6-10.

Los azotes y otros castigos corporales siguieron como práctica común en la Inquisición del siglo XVI<sup>48</sup>. En esa época, la legislación penal europea era dura, con frecuencia arbitraria y socialmente selectiva. Las condenas no consistían —por lo general— en penas de prisión, sino en multas, azotes, mutilaciones y trabajos forzados, principalmente en causas criminales que no involucraban a personas mejor situadas en la comunidad<sup>49</sup>.

Cuando HOBBS presentó el *Leviatán* (abril de 1651) todavía sobrevolaba la idea del castigo divino: "*La primera y más enérgica distribución de castigos se hace en divinos y humanos... Humanas son las penas que pueden ser infligidas por mandato del hombre; y son corporales o pecuniarias, de ignominia, encarcelamiento o exilio, o una mezcla de ellas. Pena corporal es la infligida directamente sobre el cuerpo... Entre estas, algunas son capitales, y otras menos que capitales... Menos que capitales son latigazos, heridas, cadenas y cualquier otro dolor corporal que no sea mortal por su propia naturaleza*"<sup>50</sup>.

Esa divinidad que determinó durante siglos la imposición del castigo tuvo, durante los siglos XVIII y XIX, su versión "terrenal"<sup>51</sup>. "*En las monarquías el crimen no solo era desprecio de la ley, transgresión;*

---

<sup>48</sup> ARIAS PARDO, Carmen – FERNÁNDEZ CARRASCO, Eulogio, "La Inquisición en Cuenca: el Auto de Fe de 2 de agosto de 1590", en *Revista de Derecho*, nº 4, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, p. 69.

<sup>49</sup> MOLAS I RIBALTA, Pere, "Los cambios sociales", en *Historia moderna universal*, Alfredo Floristán coordinador, Ariel, Barcelona, 2015, p. 277.

<sup>50</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán*, traducción de Antonio Escohotado, Editora Nacional, Madrid, 1980, p. 389.

<sup>51</sup> VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., págs. 115-116.



*era al mismo tiempo una suerte de ultraje cometido contra el rey. Todo crimen era, por así decirlo, un pequeño regicidio*<sup>52</sup>.

#### **4. LA EDAD CONTEMPORÁNEA Y LA UTILIZACIÓN DEL CUERPO DEL IMPUTADO**

Hasta principios del siglo XVIII la violencia corporal, propia del teatro-espectáculo y todo el aparato de los suplicios se inscribieron en el funcionamiento político de la penalidad<sup>53</sup>. Afirma FERRAJOLI que la historia de las penas resulta más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos, porque más despiadadas y tal vez más numerosas que las violencias producidas por los delitos han sido las causadas por las penas. Y, porque mientras el delito suele ser una violencia ocasional y, a veces, impulsiva, la pena siempre es programada, consciente y organizada por muchos contra uno<sup>54</sup>.

En ese suplicio corporal de la pena, *"el terror era el soporte del ejemplo: miedo físico, espanto colectivo, imágenes que deben grabarse en la memoria de los espectadores, del mismo modo que la marca en la mejilla o en el hombro del condenado"*<sup>55</sup>. Con posterioridad, la disciplina haría "marchar" un poder relacional que se sostendría a sí mismo por sus propios mecanismos y que sustituiría la resonancia de las

---

<sup>52</sup> FOUCAULT, Michel, *El poder, una bestia magnífica. Sobre el poder, la prisión y la vida*, traducción de Horacio Pons, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, p. 57.

<sup>53</sup> FOUCAULT, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, cit., p. 55.

<sup>54</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., págs. 384-385.

<sup>55</sup> FOUCAULT, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, cit., p. 113.

manifestaciones por el juego ininterrumpido de "miradas calculadas"<sup>56</sup>. Se pasará de la tecnología del poder sobre el cuerpo a la tecnología disciplinaria, no ya para destrozarlo, sino para evaluarlo, adiestrarlo y supervisarlos<sup>57</sup>, razón de ser esencial de la reforma penal del siglo XVIII<sup>58</sup>; programa que se vislumbró claramente en el panóptico de BENTHAM, como un "instrumento útil de disciplina"<sup>59</sup> que, más allá de las prisiones, puso bajo vigilancia general y continua a la población plebeya, popular, obrera y campesina<sup>60</sup>.

Tal y como explica ROSSI, a principios del siglo XIX la regulación penal inglesa aún preveía el castigo de azotes, aunque aclara que usualmente para "los infelices" a quienes malas leyes hicieron criminales (leyes que se basaban en el principio de feudalidad y en el derecho de propiedad más que en el de libertad)<sup>61</sup>. Asimismo, destaca que en Suiza regía la Carolina, "una legislación medio bárbara en el siglo XIX", que

---

<sup>56</sup> FOUCAULT, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, cit., p. 182.

<sup>57</sup> FOUCAULT, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, cit., p. 37; KOSTENWEIN, Ezequiel, "Para releer Vigilar y Castigar: Nietzsche, el cuerpo y la prisión", en *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 9 ("¿Resocialización o incapacitación?"), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2015, p. 239.

<sup>58</sup> FOUCAULT, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, cit., p. 94.

<sup>59</sup> BENTHAM, Jeremías, *El Panóptico*, traducción de Ramón Salas, Las Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1979, p. 69 (reproducción de *Tratados de legislación civil y penal*, t. 5, Imprenta de Fermín Villalpando, Madrid, 1822); VALENCIA GRAJALES, José Fernando – MARÍN GALEANO, Mayda Soraya, "El panóptico más allá de vigilar y castigar", en *Kavilando. Revista de ciencias sociales*, volumen 9, nº 2 ("Marxismo en América Latina: a 150 años de El Capital"), Kavilando, Medellín, 2017, págs. 511-529.

<sup>60</sup> FOUCAULT, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, cit., p. 62.

<sup>61</sup> ROSSI, Pellegrino, *Tratado de Derecho Penal*, t. 1, traducción de Cayetano Cortés, Imprenta de Don José María Repullés, Madrid, 1839, págs. 39-40, quien señala, además, que en la legislación del 21 de junio de 1827 se repite tantas veces el azote "que al leer estos estatutos casi cree uno acercarse a un ingenio de azúcar; se oyen hasta los chasquidos del látigo".

habilitaba aún la imposición de penas corporales<sup>62</sup>. El código prusiano contemplaba el suplicio de la rueda, con el añadido de palos y azotes, el austríaco reglaba palos para el hombre y azotes para mujeres y jóvenes<sup>63</sup>. En Alemania también gobernaba la Carolina, sin embargo, allí la jurisprudencia exponía una "*tendencia general a la moderación y a la benignidad*"<sup>64</sup>. En China existía en 1799 una sistematización detallada de delitos y penas y también se encontraban descriptos con precisión los castigos corporales como los azotes<sup>65</sup>.

La prisión con finalidad penal (castigo, corrección, etc.) surgió a mediados del siglo XVI, con el uso del castillo de Bridewell en Inglaterra para el encierro de mendigos y vagabundos (mecanismo luego conocido como *houses of correction* o *workhouses*); método que continuaría en Holanda con las *tuchthuis* (casas disciplinarias) y que luego se replicaría, aunque en otras condiciones, en países como Alemania, Italia y Francia<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> ROSSI, *Tratado de Derecho Penal*, t. 1, cit., págs. 43-44; VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., p. 131.

<sup>63</sup> ROSSI, *Tratado de Derecho Penal*, t. 1, cit., págs. 45 y 47.

<sup>64</sup> ROSSI, *Tratado de Derecho Penal*, t. 1, cit., p. 47. Una reseña de la evolución punitiva en la región ibérica ofrece Guillermo María DE BROCA, *Autores catalanes que antes del siglo XVIII se ocuparon del derecho penal y del procedimiento criminal*, Imprenta de Hijos de Jaime Jepús, Barcelona, 1901, págs. 5-37.

<sup>65</sup> *Las leyes fundamentales del Código Penal de la China (Ta-Tsing-Leu-Lée)*, edición original de 1799, traducido al inglés por Jorge Thomas Staunton, al francés por Félix Renouard de Saint Croix (edición de 1812) y al español por Juan de Dios Vico y Brabo, Imprenta de la Revista de Legislación a cargo de M. Ramos, Madrid, 1884, págs. 56-62.

<sup>66</sup> Una suerte de penalidad intermedia entre la simple multa y el castigo corporal leve, MELOSSI, Darío – PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, traducción de Xavier Massimi, Siglo XXI, México DF, 1980, págs. 32-38; BADURA, Benjamín, "Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario" (recensión), en *Revista*

El paso del castigo corporal a un encierro pretendidamente más humanitario se ve reflejado, según informa FOUCAULT, en las palabras del presidente de uno de los primeros congresos internacionales de derecho penal, en Bruselas en 1847: *"Ya soy muy mayor y todavía me acuerdo de la época en la que no se castigaba a la gente con la cárcel, un tiempo en el que Europa estaba cubierta de patíbulos, de picotas y de cadalsos diversos, en los que se veía a gentes mutiladas que habían perdido una oreja, dos dedos o un ojo. Éstos eran los condenados"*<sup>67</sup>. Sin embargo, es posible afirmar que la prisión *"marca seguramente un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la 'humanidad'"*<sup>68</sup>.

Como apuntan MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, la prisión *"fue en el momento de su aparición una institución revolucionaria por varios motivos. De entrada, vino a sustituir en muchos casos a la pena de muerte y, sobre todo, a penas corporales como la tortura, o a las penas infamantes, propias de un sistema basado fundamentalmente en la intimidación... Sin embargo, pese a suponer un avance respecto a la situación anterior, la pena de prisión se aplicó totalmente desprovista de las mínimas condiciones de respeto a la dignidad humana que hoy se pretenden en los sistemas civilizados"*<sup>69</sup>.

---

*policía y seguridad pública*, volumen 1, nº 3, mayo-octubre, Academia Nacional de Seguridad Pública, San Salvador, 2013, págs. 307-308.

<sup>67</sup> FOUCAULT, Michel, *Estrategias de poder. Obras esenciales*, volumen 2, traducción de Fernando Álvarez Uría y Julia Varela, Paidós Básica, Barcelona, 1999, p. 166.

<sup>68</sup> FOUCAULT, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, cit., p. 233.

<sup>69</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 8º ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 508.

## 5. EL USO DEL CUERPO COMO MÉTODO PROBATORIO

La utilización del cuerpo mediante castigos y tormentos se vinculó con la pena y con mecanismos procesales tendientes a la averiguación de la verdad<sup>70</sup>. Se trata así de la utilización del cuerpo de la persona sospechosa de haber cometido delito en el ámbito del proceso como medio de prueba. Como indica DEL CAMPO JESÚS, *"mucho se ha discutido sobre la ilicitud de las ordalías en la España Medieval... No obstante, tampoco puede negarse que si fueron bárbaras y absurdas, aun quedaron rezagadas respecto a todos aquellos métodos empleados hasta tiempos muy posteriores, mediante la utilización de castigos y tormentos, donde agotada la capacidad de resistencia física, terminaba el acusado por declarar lo que se desease, aunque le fuera necesario mentir y equivaliera a su sentencia de muerte, única forma de huir momentáneamente del sufrimiento, quizá incompatible con la vida"*<sup>71</sup>. Y agrega: *"[s]i se enjuicia, médicamente, la prueba del hierro candente de la Navarra medieval, no hay más remedio que aceptar, salvo que se produjera un milagro, la culpabilidad sin titubeos de quien se sometiera*

---

<sup>70</sup> "El cristianismo, si no inventó, sí introdujo al menos un procedimiento de confesión totalmente singular en la historia de las civilizaciones, coacción que perduró a lo largo de siglos y siglos", FOUCAULT, *El poder, una bestia magnífica. Sobre el poder, la prisión y la vida*, cit., p. 82. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., págs. 135-136, las asocia a las pruebas legales por su lógica deductiva para garantizar la verdad de la conclusión fáctica.

<sup>71</sup> DEL CAMPO JESÚS, Luis, "Las pruebas del "fierro calient" y de las "gleras" en el Fuero General de Navarra", en *Cuadernos de Etnología y Etnografía de Navarra*, año 14, n° 40, Gobierno de Navarra. Dirección General de Cultura. Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1982, p. 924.

a la *ordalía*<sup>72</sup>. El autor citado arriba a la misma conclusión respecto de las gleras (saquitos de arena en el fondo de una caldera con agua hirviendo que el acusado debía extraer)<sup>73</sup>.

La tortura participó del rasgo selectivo del sistema punitivo, recayendo sobre personas de baja posición social<sup>74</sup>. Su lógica buscó la unidad del sujeto humano para asegurar la continuidad de la relación cuerpo-verdad<sup>75</sup> y mantuvo, en el ámbito de la confesión consecuente, el carácter de la divinidad, pues decir la verdad purificaba y así se arrancaba el mal del cuerpo y del alma<sup>76</sup>. En tal contexto, el interrogatorio del imputado constituyó el núcleo del procedimiento, por cuanto ningún acusado podía negarse a contestar al magistrado que le preguntara<sup>77</sup>.

De ello derivó que el discurso procesal se construyera sobre la tortura<sup>78</sup>. Con la aplicación del tormento como método ordinario para

---

<sup>72</sup> DEL CAMPO JESÚS, "Las pruebas del "fierro calient" y de las "gleras" en el Fuero General de Navarra", cit., p. 929.

<sup>73</sup> DEL CAMPO JESÚS, "Las pruebas del "fierro calient" y de las "gleras" en el Fuero General de Navarra", cit., p. 932; RUBIANES, Carlos J., *Manual de derecho procesal penal. Teoría de los procesos penal y civil*, t. 1, 6ª reimpression, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 14.

<sup>74</sup> MADERO, Marta, "Causa, creencia y testimonios. La prueba judicial en Castilla durante el siglo XIII", en *Bulletin du centre d'études médiévales d'Auxerre* (BUCEMA), Número Especial nº 2, Centre d'études médiévales Saint-Germain, Auxerre, 2008, p. 8, señala: "[h]aber visto no es jamás a fin de cuenta una prueba ex se. Solo la identidad autoriza las palabras de quienes tienen una boca digna de ser creída. Para los otros está la tortura, que arranca y construye los relatos de la "percepción sensorial" según fórmulas elaboradas por los jueces".

<sup>75</sup> FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, traducción de Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 1996, p. 25.

<sup>76</sup> FOUCAULT, Michel, *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*, traducción de Horacio Pons, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, p. 23.

<sup>77</sup> MOMMSEN, *El derecho penal romano*, t. 1, cit., p. 337.

<sup>78</sup> Se trataba de la "averiguación mediante inquisitio...", ZAFFARONI, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, cit., p. 25; en p. 37

conocer la verdad, la situación del imputado varió por completo. Esa meta absoluta de la persecución penal no reparó en su dignidad, constituyéndolo tan solo en objeto de investigación<sup>79</sup>, de quien siempre se esperaba su confesión.

Se observa así un giro que va, en primer lugar, del cuerpo como objeto de castigo al cuerpo como objeto de prueba y, en segundo lugar, del cuerpo como objeto de prueba al cuerpo merecedor de respeto por su condición humana.

## 6. EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO PUNITIVO

Esta acotada referencia histórica no puede obviar el análisis de la obra *Malleus Maleficarum*, pues constituye el primer esquema punitivo con diseño autónomo y autosuficiente<sup>80</sup>, ya que desarrolla de manera

---

destaca que “[s]egún Foucault todo el saber adoptó el método del interrogatorio violento”. Al respecto, afirma FOUCAULT, Michel, *Genealogía del racismo*, traducción de Alfredo Tzveibel, Altamira, Buenos Aires, 1996, p. 28, que el “*poder no cesa de interrogarnos, de indagar, de registrar: institucionaliza la búsqueda de la verdad, la profesionaliza, la recompensa*”.

<sup>79</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., p. 297.

<sup>80</sup> SCHUSTER, Félix Gustavo, *El método en las ciencias sociales*, Editores de América Latina, Buenos Aires, 2004, p. 7; KRÄMER, Heinrich – SPRENGER, Jacobus, *El martillo de las brujas. Para golpear a las brujas y sus herejías con poderosa maza*, traducción de Miguel Jiménez Monteserín, Maxtor, Valladolid, 2004; ALAGIA, Alejandro, “Foucault murió en América. Poder punitivo, derecho penal y colonialidad”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 7, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 125, quien, siguiendo a ZAFFARONI, entiende que el origen del derecho penal se encuentra “más en la obra de Kramer y Sprenger... que en la de Beccaria”. Sin embargo, como apunta FEDERICI, Silvia, *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, traducción de Verónica Hendel y Leopoldo Sebastián Touza, Tinta Limón, Buenos Aires, 2010, p. 254, “entre 1435 y 1487 se escribieron veintiocho tratados sobre brujería, culminando, en la víspera del viaje de Colón, con la publicación en 1486 del tristemente

metódica la racionalización de la violencia punitiva y el uso del cuerpo por parte de la Inquisición, "siendo una conjunción de aspectos político-criminales, procedimentales y criminalísticos de alto contenido abusivo"<sup>81</sup>. Como destaca ELLENBERGER, la Inquisición se asemejó en parte a lo luego pretendido por el Ku-Klux-Klan, imaginando una confabulación universal y demoníaca que debía atacarse destruyendo a las personas definidas como enemigas de la fe<sup>82</sup>.

El *Malleus* ofició como la mayor expresión de un modelo procesal penal destinado a castigar la herejía, constituyendo así el primer discurso punitivo de la historia<sup>83</sup>. Y fue sancionada como manual de los inquisidores por bula del Papa Inocencio VIII, el 5 de diciembre de 1484<sup>84</sup>.

---

*célebre Malleus Maleficarum que... señalaba que la Iglesia consideraba a la brujería como una nueva amenaza".*

<sup>81</sup> ALLER MAISONNAVE, Germán, "Malleus Maleficarum. El martillo de las brujas", en *Revista de Ciencias Penales Iter Criminis*, Cuarta Época, n° 14, México DF, 2010, p. 144. Se trata de un documento fundamental del pensamiento pre-cartesiano, un complejo estilo enciclopedia con alto despliegue teórico y gran contenido de información sobre la cuestión penal, ALLER MAISONNAVE, Germán, "Reflexiones sobre peligrosidad, riesgo social y seguridad", en *Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro homenaje al Profesor Enrique Bacigalupo*, AAVV, Ara Editores, Lima 2003, p. 811; ZAFFARONI, *En torno de la cuestión penal*, cit., págs. 161-162.

<sup>82</sup> ALLER MAISONNAVE, "Malleus Maleficarum. El martillo de las brujas", cit., p. 144.

<sup>83</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, págs. 24 y 26; sobre el método de la Inquisición, véase RUBIANES, *Manual de derecho procesal penal. Teoría de los procesos penal y civil*, t. 1, cit., págs. 19-23; VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., págs. 125-126.

<sup>84</sup> PAZ-TORRES, Margarita, "Mal de ojo y otras hechicerías. Brujería y curanderismo en Europa y América: México, España, Rumania y Portugal", en *Ra Ximhai. Revista científica de sociedad, cultura y desarrollo sostenible*, Universidad Autónoma Intercultural de Sinaloa, volumen 13, n° 1, enero-junio, Sinaloa, 2017, p. 127. Con anterioridad, el Manual de los Inquisidores del Fray Nicolás EYMERIC (1376) constituyó un ensayo sobre el ejercicio del poder



El Tribunal de la Inquisición se creó en 1206, por Bula del Papa Inocencio III, para "ir en busca de herejes para sacarlos de su error"<sup>85</sup>. El Papa Gregorio IX en el año 1229 reorganizó dicho tribunal y extendió su poder a la mayoría de las ciudades italianas de la época<sup>86</sup>, para luego extenderse por toda Europa debido a sus ventajas, no sólo para reprimir la disidencia política y religiosa sino también para mantener el orden en general<sup>87</sup>.

La Inquisición basó su ejercicio en la apropiación y dominio del cuerpo del otro para impartir violencia, lo que le valió para justificar y, a la vez, ampliar su propio poder<sup>88</sup>. Al mismo tiempo, garantizó la indemnidad de quienes lo detentaban, dejando inmunes a los inquisidores, pues el sistema punitivo no admitía la corrupción de sus agencias, característica que trasuntará la dinámica penal y procesal

---

punitivo, pero no alcanzó el nivel de sofisticación y el grado de elaboración del Malleus, EYMERIC, Nicolás, *El Manual de los Inquisidores*, traducción de Amanda Forns de Gioia, R. Alonso Editor, Buenos Aires, 1972; EYMERIC, Nicolás, *Manual de Inquisidores (Directorium Inquisitorium)*, traducción de José Antonio Fortea, La esfera de los libros, Madrid 2006; ANITUA, *Historias de los pensamientos criminológicos*, cit., p. 26; MUÑOZ VIVAS, Francisco José, "Los orígenes de la Inquisición. El Manual de los Inquisidores de Nicolás Eymeric", en *Isla de Arriarán. Revista cultural y científica*, nº 18, Asociación Cultural Isla de Arriarán, Málaga, 2001, págs. 63-90; ZAFFARONI, Eugenio R., *La cuestión criminal*, 2º ed., Grupo Editorial Planeta, Buenos Aires, 2012, p. 44.

<sup>85</sup> VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., p. 123.

<sup>86</sup> "La caza de brujas se produjo tanto en territorios de confesionalidad católica como protestante... Se trató... de un fenómeno complejo en su desarrollo y expansión... la caza de brujas no fue otra cosa que un conjunto de cazas diversas con dinámicas propias y causas también propias", LÓPEZ, Roberto J., "Iglesias y religiosidad en el siglo del Barroco", en *Historia moderna universal*, Alfredo Floristán coordinador, Ariel, Barcelona, 2015, p. 304.

<sup>87</sup> ANITUA, *Historias de los pensamientos criminológicos*, cit., p. 25.

<sup>88</sup> FOUCAULT, *Genealogía del racismo*, cit., págs. 31-32, explica: "El poder no se da, no se intercambia ni se retoma, sino que se ejerce y sólo existe en acto"; y agrega: "El poder... nunca está localizado aquí o allí, nunca está en las manos de alguien, nunca es apropiado como una riqueza o un bien. El poder funciona y se ejerce a través de una organización reticular".

penal en la historia y que acompañará la lógica de un derecho penal de autor o de peligrosidad hasta el presente, que se configura real aun en las sociedades de la modernidad tardía<sup>89</sup>.

Cuando en la actualidad se incrementan las presunciones de culpabilidad, se invierte la carga de la prueba, se diluyen principios como los de legalidad y certeza jurídica o se interviene el cuerpo del imputado por fuera de las condiciones legalmente exigidas, se observa un resabio de la Inquisición en funcionarios que se convierten en caballeros de la moral dispuestos a combatir el delito a cualquier costo<sup>90</sup>.

Al respecto, apunta MORALES PRATS, aludiendo a una Nueva Edad Media, que el presente también nos muestra cruzadas punitivas, en tanto la identificación de los herejes reclama nuevos focos de atención, lo que fomenta y facilita un derecho penal inconstitucional que se

---

<sup>89</sup> ANITUA, *Historias de los pensamientos criminológicos*, cit., p. 29; ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 273; ALLER MAISONNAVE, "Malleus Maleficarum. El martillo de las brujas", cit., p. 149; MUÑOZ CONDE, Francisco, "La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo", en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, volumen 1, José Miguel Zugaldía Espinar – Jacobo López Barja de Quiroga coordinadores, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 591-608; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 4º ed., revisada y ampliada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 251-284; YOUNG, Jock, *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, traducción de Roberto Bergalli y Ramiro Sagarduy, Marcial Pons, Madrid, 2003, introducción a la versión en castellano; BERGALLI, Roberto – BUSTOS RAMÍREZ, Juan – MIRALLES, Teresa, *El pensamiento criminológico. Un análisis crítico*, t. 1, Temis, Bogotá, 1983, págs. 5-6.

<sup>90</sup> ALLER MAISONNAVE, "Malleus Maleficarum. El martillo de las brujas", cit., p. 142; sobre los "emprendedores morales" ver BECKER, Howard Saul, *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, traducción de Jaime Arrambide, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009, págs. 167-182.

extiende proporcionalmente al derecho procesal penal<sup>91</sup>. En esta misma línea, siguiendo a ANITUA, el derecho procesal de nuestros tiempos sigue influenciado por el momento histórico que marcaran las cruzadas cristianas de los siglos XI a XIII, tendiente a lograr la integración del disidente a partir de la fuerza monárquica o eclesiástica<sup>92</sup>.

## **7. PRIMERAS IDEAS A FAVOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

El reconocimiento del carácter de persona y de su dignidad fue tardíamente receptado aunque hubo intentos previos<sup>93</sup>.

Así, el *Malleus* fue confrontado por la obra de un confesor jesuita, Friederich SPEE VON LANGENFELD (1591-1635): la *Cautio Criminalis*<sup>94</sup>, que

---

<sup>91</sup> MORALES PRATS, *La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva "Edad Media"*, cit., p. 53; MUÑOZ CONDE, Francisco, "De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo", en *Revista Penal*, nº 23, La Ley, Madrid, 2009, págs. 73-114, quien alude a métodos de interrogación prohibidos, autoincriminaciones prohibidas ante la policía, grabación de conversaciones, escuchas telefónicas y domiciliarias, relativización de la prohibición de la tortura, etc.

<sup>92</sup> ANITUA, *Historias de los pensamientos criminológicos*, cit., p. 24.

<sup>93</sup> PÉREZ VAQUERO, "La "política criminal" según el antiguo testamento", cit., p. 86. En España, por ejemplo, durante el tiempo de la Inquisición, el sacerdote dominico Antonio MONTESINOS, en su sermón de 1511, reclamó que los indios americanos tuvieran los mismos derechos que los vasallos europeos, lo que equivaldría a reconocerles su condición de personas.

<sup>94</sup> SPEE, Friedrich, *Cautio Criminalis*, traducción de Eugenia Nagore y Silvia Manzo, estudio preliminar de Eugenio R. Zaffaroni, Ediar, Buenos Aires, 2017; ZAFFARONI, Eugenio R., "Antonio Beristain: en el recuerdo y en nuestras vidas", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 26, San Sebastián, 2012, p. 49; ZAFFARONI, Eugenio R. – CROXATTO, Guido L., "Friedrich Spee: de la caza de brujas al moderno derecho penal", en *Pensar en derecho*, nº 11, año 6, Eudeba, Buenos Aires, 2017, págs. 61-104.

marcó un cambio de paradigma. SPEE sostuvo que un proceso antijurídico podía convertir en bruja a cualquiera, por lo que, de suprimirse el método, las brujas desaparecerían, tal como luego lo propondría el interaccionismo simbólico<sup>95</sup>. Llegó a cuestionar a teólogos y juristas, pues magnificaban y exageraban el mal que aquellas significaban, con lo que concluyó acusando a los jueces de homicidio, de la misma manera que años después postularía MARAT en su *Plan de Legislación Criminal*<sup>96</sup>. La *Cautio* ofreció un discurso plenamente garantista y fundamentado en la razón<sup>97</sup>, como lo haría el liberalismo al nacer la Edad Contemporánea (1789) y que hoy continúa en pugna con posturas ligadas al triunfo de la eficiencia por sobre las garantías<sup>98</sup>.

En 1764 aparece la obra emblemática de Beccaria<sup>99</sup>, que abriría nuevos e inexplorados horizontes en el mundo jurídico<sup>100</sup>. Pero aun

---

<sup>95</sup> Informa ANITUA, *Historias de los pensamientos criminológicos*, cit., p. 30, que el inquisidor Alonso Salazar y Frías "tras participar de los interrogatorios y condenas de las más de 1.800 "brujas" –las de Zugarramurdi– en Logroño en 1611, culminaría por rechazar la existencia del diablo y de la brujería, fenómeno que atribuía a la autosugestión y a la misma lógica punitiva ("no hubo brujos ni embrujados hasta que se empezó a hablar y a escribir sobre ellos", diría)".

<sup>96</sup> MARAT, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, Colección "Criminalistas perennes", volumen 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, págs. 77-79.

<sup>97</sup> ALLER MAISONNAVE, "Malleus Maleficarum. El martillo de las brujas", cit., p. 148.

<sup>98</sup> SANZ MULAS, Nieves, "De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günther Jakobs", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 14, 2012, disponible en <https://bit.ly/3fAyioz>; MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3° ed., Colección "Claves del derecho penal", n° 1, Francisco Muñoz Conde – Eugenio R. Zaffaroni directores, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, págs. 13-14.

<sup>99</sup> BONESANA, César, Marqués de Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Heliasta, Buenos Aires, 1993, págs. 63-72 y 87-96. Sobre la actualidad del pensamiento de Beccaria, véase LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto – LUGO ARTEAGA, Larisbel, "La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*,

desde ese lugar, no pudo obviar la relación castigo-cuerpo. Al referirse al fin de la pena, señala BECCARIA: *"no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo"*<sup>101</sup>. Es más, afirma en consecuencia que los atentados contra las personas *"deben ser castigados infaliblemente con penas corporales"*<sup>102</sup>.

## **8. EL USO DEL CUERPO DEL IMPUTADO EN LA HISTORIA ARGENTINA**

Como sostiene ZAFFARONI, *"[e]l derecho penal pre-hispánico no presenta gran interés en nuestro territorio, debido a que los indígenas que lo habitaron no desarrollaron una cultura tan compleja y avanzada como la mexicana o la peruana. De allí que las primeras manifestaciones*

---

volumen 36, n° 101, julio-diciembre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, págs. 133-151.

<sup>100</sup> LEAL DE IBARRA, *Estudios de derecho penal*, cit., págs. 222-223; MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., págs. 337-338; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "César Beccaria", en *Rostros y Personajes de las Ciencias Penales*, Gerardo Laveaga coordinador, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México DF, 2003, págs. 11-29, señala que el pensamiento de Beccaria es reconocido inclusive en países como EEUU, Japón y China.

<sup>101</sup> BONESANA, *Tratado de los delitos y de las penas*, cit., p. 80.

<sup>102</sup> BONESANA, *Tratado de los delitos y de las penas*, cit., p. 102.

*históricamente relevantes de nuestro derecho penal las hallemos recién en el período colonial*<sup>103</sup>.

El derecho penal indiano se formó a partir de múltiples fuentes, siendo la más importante la Recopilación de Indias de 1680<sup>104</sup>. A pesar de que la política indiana, manejada desde España, recomendó rigor en la aplicación del derecho penal, *"la pena de muerte no fue prodigada y el tormento como medio de prueba fue haciéndose cada vez más excepcional. Era frecuente la pena de azotes, en tanto que la de galeras fue siendo reemplazada por la de presidio, que no podía exceder de diez años"*<sup>105</sup>.

En nuestro territorio, como afirma LEVAGGI, las normas jurídicas que tuvieron vigencia durante los tres siglos de dominación española, a pesar de la diversidad de orígenes, conformaron un sistema jurídico armónico, consagrado bajo los principios de la ley divina, el derecho natural, la recta razón y la equidad e inspirado en los derechos romano y canónico<sup>106</sup>.

Las variadas fuentes provinieron del Fuero Juzgo a través de Las Partidas<sup>107</sup>, aunque también influyeron la Nueva Recopilación de Castilla

---

<sup>103</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. 1, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 403.

<sup>104</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., p. 330.

<sup>105</sup> ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. 1, cit., págs. 403-404.

<sup>106</sup> LEVAGGI, Abelardo, *Historia del Derecho Penal argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 2.

<sup>107</sup> Sancionadas por Alfonso X, apodado "El sabio", promediando el siglo XIII, MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., p. 300, VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., p. 130; RAMOS, Juan P., *Curso de Derecho Penal*, t. 4, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1928, págs. 5-8; TEJEDOR, Carlos, *Curso de Derecho Criminal. Primera parte. Leyes de fondo*, 2º ed., Librería de Claude M. Joly, Buenos Aires, 1871, págs. 10-11.

(1567) y la Novísima Recopilación de las leyes de España (1805)<sup>108</sup>. Después del primer Gobierno Patrio del 25 de mayo de 1810, las dificultades políticas dieron lugar a una legislación penal fragmentada. Recién a partir de la organización constitucional de 1853 y especialmente después del Código Tejedor de 1886<sup>109</sup> se logró abandonar la tradición legislativa española<sup>110</sup>.

De la costumbre se mantuvieron las penas de azotes, los trabajos públicos y el presidio<sup>111</sup>. Los azotes, como castigo corporal, procedían en la mayoría de los delitos, muchas veces como subsidiarios de la pena de muerte<sup>112</sup>, dependiendo de la calidad de la infracción y de la clase social del condenado (español, negro, mulato o indio). Las penas corporales podían ser aflictivas o restrictivas, según su efecto. Las primeras procuraban ocasionar un dolor (mutilación, azotes y presidio)<sup>113</sup>. Las

---

<sup>108</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., págs. 302-303 y 333; ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 234-235.

<sup>109</sup> Ley 1.920, del 25 de noviembre de 1886, aprobación del Código Penal.

<sup>110</sup> ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. 1, cit., p. 404; RIGHI, Esteban – FERNÁNDEZ, Alberto A., *Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires. 1996, págs. 72-73.

<sup>111</sup> LEVAGGI, *Historia del Derecho Penal argentino*, cit., p. 19.

<sup>112</sup> LEVAGGI, *Historia del Derecho Penal argentino*, cit., págs. 42-51.

<sup>113</sup> Una descripción de las penas corporales como daño físico, en particular de las mutilaciones (castración, desorbitación, amputación de miembros y extirpación de lengua) y los azotes, ofrece ZAMBRANA MORAL, Patricia, "Tipología de penas corporales medievales", en *Quadernos de criminología. Revista de criminología y ciencias forenses*, n° 11, Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses, Valladolid, 2010, págs. 6-12; un estudio similar en el derecho catalán en torno a las mutilaciones y los azotes, ZAMBRANA MORAL, Patricia, "Les penes corporals en el dret català medieval", en *Revista de Dret Històric Català*, volumen 9, Institut d'Estudis Catalans, Barcelona, 2009, págs. 271-291.

segundas pretendían limitar la libertad de movimiento (destierro y prisión)<sup>114</sup>.

No obstante, la mutilación fue perdiendo vigencia como pena a medida que las ideas humanitarias ganaron terreno, hasta desaparecer casi por completo en el ámbito hispánico en los siglos XVII y XVIII<sup>115</sup>.

Los azotes, en cambio, constituyeron la pena de uso más frecuente en la justicia indiana, "*mucho mayor, por cierto, que la muerte y la mutilación*"<sup>116</sup>, el cuerpo siguió siendo el resorte último de la justicia, a donde el poder acudía para rentabilizar el delito<sup>117</sup>.

Al respecto, el art. 18 de la Constitución de 1853 estableció: "*Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes*"<sup>118</sup>. La Constitución de 1860 implicó la adopción definitiva de la ideología liberal y republicana para el ejercicio del poder estatal<sup>119</sup>.

En torno a la tortura, tanto durante la colonia como durante el proceso de organización nacional, nuestro país no fue ajeno a su uso

---

<sup>114</sup> LEVAGGI, *Historia del Derecho Penal argentino*, cit., p. 62.

<sup>115</sup> LEVAGGI, *Historia del Derecho Penal argentino*, cit., p. 63; MALAGARRIGA, Carlos, *Instituciones Penales Argentinas*, t. 1, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1929, p. 2.

<sup>116</sup> LEVAGGI, *Historia del Derecho Penal argentino*, cit., p. 64.

<sup>117</sup> MIRANDA, María Jesús, "Bentham en España", en *El Panóptico*, Las Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1979, p. 138; CASTRO, Edgardo, *Introducción a Foucault*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, p. 82.

<sup>118</sup> Según DE VEDIA, Agustín, *Constitución Argentina*, Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1907, p. 98, la fórmula original "*se completaba así: y las ejecuciones a lanza y cuchillo. La comisión de Buenos Aires, que en 1860 examinó la constitución nacional, creyó que esas últimas palabras debían ser suprimidas, pues declarar abolidas esas bárbaras ejecuciones era suponer que hubiesen existido como penas legales, siendo así que sólo habían sido obra de los opresores de los pueblos, un abuso brutal de la fuerza, o un medio de ejercer el terror*".

<sup>119</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., p. 399.



como método de averiguación de la verdad. Sin embargo, "[a] los pocos años de la Revolución de Mayo, la Asamblea General Constituyente de 1813 ordenó destruir en un acto público en la Plaza de la Victoria los instrumentos de tortura que se encontraban en el Cabildo de Buenos Aires, para borrar de todos los códigos del universo esa ley de sangre"<sup>120</sup>.

Señala BACIGALUPO dos soportes ideológicos, entre otros, del derecho penal codificado del siglo XIX: la fundamentación racional y la humanización de las penas bajo la preponderancia de aquella privativa de la libertad<sup>121</sup>. Así, a partir del Proyecto de CP para la República Argentina de 1890, las penas se limitaron a las de muerte, presidio, penitenciaría, destierro, inhabilitación y multa<sup>122</sup>. El sistema penitenciario argentino de la época se amoldó a las ideas de Bentham sobre las bases de un "Estado médico-legal", con particularidades y especificidades autóctonas<sup>123</sup>.

Las ideas liberales que provinieron de la Revolución Francesa de 1789 proporcionaron el vocabulario y los programas de los movimientos

---

<sup>120</sup> PERLINGER, Nahuel M., "La tortura en el Río de la Plata: en la historia y en la ley penal", en *La tortura: una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave*, Gabriel Ignacio Anitua – Diego Zysman Quirós compiladores, Didot, Buenos Aires, 2018, págs. 247-248.

<sup>121</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2º ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 80.

<sup>122</sup> PIÑERO, Norberto – RIVAROLA, Rodolfo – MATIENZO, José Nicolás, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina de 1890*, 2º ed., Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1898, p. 25.

<sup>123</sup> CESANO, José Daniel, "El análisis historiográfico de la prisión en la Argentina hacia giro de siglo (1890-1920): la necesidad de una historia local y comparada. Aportes metodológicos para una historia en construcción", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año 4, n° 7 (agosto), La Ley, Buenos Aires, 2014, págs. 221-225.

y partidos de la mayor parte del mundo<sup>124</sup>, de allí que, para fines del siglo XIX, se sostuviera en Argentina que los códigos no debían regular penas que chocaran con los sentimientos de humanidad "que son conquista de la actual civilización"<sup>125</sup>.

## **9. DERECHOS FUNDAMENTALES E INJERENCIAS PROCESALES EN EL CUERPO DEL IMPUTADO**

Las normas procesales vinculadas al cuerpo del imputado se encuentran íntimamente ligadas y delimitadas por principios constitucionales y derechos fundamentales<sup>126</sup>. La comprensión de estos determinará el entendimiento y aplicabilidad de aquellas, incluyendo posibles vicios de validez<sup>127</sup>. En este sentido, tal como señala MUÑOZ

---

<sup>124</sup> HOBBSAWM, Eric, *La era de la revolución. 1789-1848*, 6° ed., 1° reimpresión, traducción de Félix Ximénez de Sandoval, Crítica – Grupo Editorial Planeta, Buenos Aires, 2009, págs. 61-62.

<sup>125</sup> MOYANO GACITÚA, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*, cit., págs. 245-246. Los abusos y los excesos fueron limitados a partir del respeto al principio de humanidad, SAMAYOA HERRERA, Claudia María, "Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión", en *Revista Policía y Seguridad Pública*, año 4, volumen 1, Academia Nacional de Seguridad Pública, San Salvador, 2014, p. 346.

<sup>126</sup> Tal protección de los derechos fundamentales, como acertadamente señala PÉREZ MANZANO, Mercedes, "El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 32, n° 95, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 345, no solo tutela "al delincuente, sino a todo ciudadano inocente para que el poder público no pueda convertirlo en delincuente arbitrariamente, esto es, en un juicio sin garantías".

<sup>127</sup> Según ROMERO SÁNCHEZ, Angélica, "Proceso penal, privacidad y autodeterminación informativa en la persecución penal de la delincuencia organizada. Un análisis desde la perspectiva del derecho procesal penal alemán", en *Revista Criminalidad*, volumen 57, n° 2, mayo-agosto, Policía

CONDE, las prohibiciones probatorias constituyen el núcleo de un derecho procesal penal respetuoso de los derechos fundamentales del imputado y estos, a la vez, fijan un límite que *"no puede ser franqueado nunca, ni siquiera en aras de una mayor eficacia en la búsqueda de la verdad y en la investigación y persecución del delito"*<sup>128</sup>.

La práctica judicial y policial ofrece distintos casos de medidas que suponen injerencias en tal sentido: cacheos, requisas, obtención de elementos o material estupefaciente deglutidos, levantamiento de residuos de la deflagración de armas de fuego, hisopados internos (bucales, vaginales o anales), hisopados externos (sobre la superficie corporal), alcoholemia, muestras de orina o semen, extracciones de sangre, huellas (digitales, palmares, etc.), diagnósticos por imágenes (radiografías, ecografías, tomografías, etc.), muestras de cabello o piel, materiales aposentados en intersticios corporales (uñas, etc.), boca y otras cavidades naturales, extracciones (de proyectiles, de restos de armas propias o impropias, etc.), la imposición de realización de flexiones, administración de vomitivos, reconocimientos en rueda de personas, reconocimientos de voz, la determinación de tatuajes, cicatrices, etc., cuerpos de escritura y exámenes psicológicos y

---

Nacional de Colombia, Bogotá, 2015, p. 327, en el centro del ordenamiento constitucional alemán, protector de derechos similares a nuestra CN, se encuentran el valor y dignidad de la persona. MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., p. 474, explica que la ley procesal es reglamentaria de los principios, derechos y garantías reconocidos por la CN, los que no pueden alterarse (art. 28 CN). BERNATE OCHOA, Francisco *et al.*, *Sistema Penal Acusatorio*, Centro Editorial Universidad del Rosario y Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2005, p. 264, consideran que *"[t]oda intromisión corporal supone una grave irrupción de los poderes públicos en la esfera más íntima del individuo, por lo que su constitucionalidad debe examinarse a la luz de los derechos fundamentales"*.

<sup>128</sup> MUÑOZ CONDE, "De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo", cit., págs. 73-74.

psiquiátricos. A tales diligencias se dedicará buena parte de este trabajo, propiciando un encuadre jurídico según las disposiciones contenidas en la CN y en la legislación aplicable.

La atribución de los derechos fundamentales a las personas, consagrada en los arts. 14, 16, 17, 18, 19, 28, 33 y 75 inc. 22° de la CN, como afirma FERRAJOLI, constituye el rasgo empírico más importante de los modernos Estados constitucionales de derecho, en tanto dieron nacimiento a la figura de la persona humana como sujeto de derechos iguales y universales<sup>129</sup>. A la vez, se corresponden con los ámbitos de libertad constitucionalmente reconocidos y, consecuentemente, se presentan como base de los recursos tendientes a corregir cualquier exceso o abuso, en tanto, según postula ALEXY, de las normas de derecho fundamental emergen derechos subjetivos<sup>130</sup>.

Desde tal perspectiva, los derechos deben ser entendidos como mandatos de optimización que dependen del contexto de posibilidades

---

<sup>129</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., p. 475, destaca: "La idea de igualdad de todos frente a la ley y al Estado (CN, 16) parece consustancial al papel que hoy juegan los derechos y garantías constitucionales". FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. 1, Colección "Estructuras y Procesos", Serie "Derecho", traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruíz Miguel, Trotta, Madrid, 2013, p. 684.

<sup>130</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, revisada por Ruth Zimmerling, Colección "El Derecho y la justicia", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 64; según DE PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, "Derechos humanos y derechos subjetivos", en *Diccionario crítico de los Derechos Humanos*, Ramón Soriano Díaz – Carlos Alarcón Cabrera – Juan Mora Molina directores y coordinadores, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, Palos de la Frontera, 2000, p. 186, se trataría de derechos públicos subjetivos "contra" el Estado; FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. 1, cit., p. 687. MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., p. 474.

fácticas y jurídicas<sup>131</sup>. Por otra parte, las normas que prescriben y tutelan derechos fundamentales operan como principios, que actúan como pautas de orientación, dirigidas a los órganos estatales encargados de la persecución y dirigidos a limitar posibles abusos y excesos en el ejercicio del poder penal<sup>132</sup>. Asimismo, los derechos fundamentales constituyen garantías que consisten en protecciones personales que pretenden impedir que su goce y disfrute efectivo se vea conculcado por el ejercicio arbitrario del poder<sup>133</sup>.

Al respecto, vale recordar que, salvo la prohibición de autoincriminación forzada o mediante engaño<sup>134</sup>, los demás derechos

---

<sup>131</sup> POZZOLO, Susana, "Robert Alexy, derechos fundamentales, discurso jurídico y racionalidad práctica. ¿Una lectura realista?", en *Revista Derecho y Sociedad*, n° 48, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017, p. 215.

<sup>132</sup> Según ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., págs. 82-83, no pocas veces las normas fundamentales son llamadas principios. Véase asimismo, RECASENS SICHES, Luis, "Las funciones del derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 17, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1974, p. 114. De acuerdo con MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit. págs. 473-474, tales orientaciones se denominan "*principios constitucionales*". Señala GIL HERNÁNDEZ, Ángel, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, p. 14, que los derechos fundamentales se conciben "*como auténticos límites frente al poder estatal*".

<sup>133</sup> DíEZ-PICAZO, LuÍs María, *Sistema de derechos fundamentales*, 4° ed., Serie "Derechos fundamentales y libertades públicas", Civitas, Madrid, 2013, p. 36; así lo interpreta también ALGUACIL GONZÁLEZ, Jorge, "Recensión a Díez-Picazo, Sistema de derechos fundamentales, Madrid: Thomson/Civitas, 2003", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 14, segundo semestre, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2004, p. 528.

<sup>134</sup> Señala MUÑOZ CONDE, Francisco, "La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el Estado de Derecho", en *Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n° 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 119, que toda "*provocación de dolor físico o psíquico para intimidar, para conseguir pruebas o declaraciones y confesiones forzadas, o constreñir de cualquier otro modo la voluntad del torturado con cualquier finalidad o motivación*" se encuentra comprendida dentro de la prohibición absoluta del empleo de violencia entendida como tortura. De otra opinión, GÖSSEL, Karl-Heinz, "¿Contiene el Derecho alemán prohibiciones "absolutas" de tortura, que rigen

fundamentales tienen carácter relativo (art. 28 de la CN), pues su ejercicio se encuentra sujeto a reglamentación, sin que pueda alterarse su sentido<sup>135</sup>. Por el contrario, no hay modo ni grados posibles de afectación legítima de la decisión al silencio del imputado (derecho a no declarar contra sí mismo), pero sí para el resto de los derechos, pues no ostentan carácter absoluto<sup>136</sup>.

En torno a su afectación, el art. 16 del CPPF establece expresamente que toda facultad reconocida en dicho ordenamiento para restringir o limitar el goce de los derechos reconocidos por la CN o por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos debe ejercerse de conformidad con los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad. En la misma línea se inscriben los arts. 32.2 de la CADH y XXVIII de la DADDH.

Partiendo del carácter orientador de los principios que derivan de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos y de su teleología limitadora del poder penal, se enunciarán a continuación, de modo referencial, aquellos directamente involucrados con las injerencias

---

sin excepción?”, en *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, t. 3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, págs. 37-40.

<sup>135</sup> Una explicación clara del alcance de la regla ofrece SPOLANSKY, Norberto Eduardo, “Nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Falso testimonio y culpabilidad”, en *La Ley*, t. 140, octubre-diciembre, Buenos Aires, 1970, p. 701 y ss.; véase también VILLAR, Mario A., “¿Nadie está obligado a declarar contra sí mismo?”, en *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación*, nº 35/36, enero-junio, IJ Editores, Buenos Aires, 2005, p. 38 y ss.

<sup>136</sup> “Si los derechos fundamentales fueran absolutamente infranqueables, el proceso penal estaría destinado al fracaso, ya que en sí mismo el proceso implica una limitación de derechos y libertades del individuo”, PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 51.

procesales en el cuerpo del imputado, a fin de considerarlos —de ahora en más— según los términos que aquí se exponen<sup>137</sup>.

### 9.1. Dignidad de la persona

La dignidad cuenta con protección en el Bloque de Constitucionalidad Federal a partir de los arts. 5.2 y 11.1 de la CADH<sup>138</sup>. A su vez, el Preámbulo del PIDCP estipula: "*...los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables... Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana*".

En similares términos, el Preámbulo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, reconoce que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana constituyen la base de la

---

<sup>137</sup> RECASENS SICHES, "Las funciones del derecho", cit., p. 114. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., págs. 82-83; MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., págs. 473-474.

<sup>138</sup> CASAS FARFÁN, Luis Francisco, "Bloque de constitucionalidad: técnica de remisión de las constituciones modernas", en *Revista Provincia*, Número Especial, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 2006, p. 176; BERNAL CUÉLLAR, Jaime, "Bloque de constitucionalidad y derecho penal", en *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, t. 1, Eduardo Montealegre Lynett coordinador, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 189 y ss. Según GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, p. 170, "ha sido el derecho procesal penal el que se ha preocupado especialmente de establecer garantías de la dignidad humana del sujeto frente al que se dirige".

libertad, la justicia y la paz en el mundo y que éstos "*emanan de la dignidad inherente de la persona humana*"<sup>139</sup>.

Por su parte, el art. 65 (en relación con el art. 72) del CPPF, establece que a todo imputado se le aseguren las garantías necesarias para su defensa, a cuyo fin las autoridades intervinientes deberán informarle, entre otros, los siguientes derechos: a no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a medidas contrarias a su dignidad (inc. "i") y a que no se empleen medios que impidan el libre movimiento de su persona en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y a su prudente arbitrio el juez o el representante del Ministerio Público Fiscal consideren necesarias (inc. "j").

Sin duda, las medidas que interfieren en el ámbito corporal del imputado se vinculan con el derecho fundamental a la dignidad de la persona. Su concepto resulta discutido, si bien su vigencia se observa ampliamente extendida en las declaraciones de derechos, tanto internacionales como nacionales, actuando como frontera al poder punitivo, sin perjuicio de las controversias en torno a su definición y

---

<sup>139</sup> La dignidad también integra los preámbulos de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de la DUDH, de la DADDH y del PIDESC. Véase asimismo el caso "*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*", sentencia de la CIDH del 29 de julio de 1988 (Fondo), Serie C, n° 4, párrafo 165, en el que se consideró que la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la CADH, 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. Según HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 381, los límites pueden ceder solo frente a exigencias públicas que lo justifiquen.



contenido<sup>140</sup>. Esa vigencia es destacada por SOBRINO HEREDIA, quien expone que *"la dignidad humana no solo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales"*; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se inicia con la dignidad humana en el art. 1º, de esa redacción surgen *"tres importantes afirmaciones: la dignidad humana es inviolable; la dignidad humana será respetada; la dignidad humana será protegida"*. Y agrega el autor citado: *"la limitación de un derecho no puede servir de justificación para atentar contra la dignidad"*<sup>141</sup>.

Como contrapartida, una mirada negativa de la dignidad permite reconocer los límites de toda interferencia. Así lo explica VON MÜNCH: *"[a] todas luces es imposible determinar de modo satisfactorio qué es la*

---

<sup>140</sup> AMEZCUA, Luis, "Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 8, Porrúa, México DF, 2007, p. 341. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, "La dignidad y sus menciones en la declaración", en *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, María Casado coordinadora, Civitas, Pamplona, 2009, págs. 44-47. MONTANO GÓMEZ, Pedro, "La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal", en *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, año 2, n° 3, Montevideo, 2003, p. 48. ATIENZA, Manuel, "Sobre el concepto de dignidad humana", en *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, María Casado coordinadora, Civitas, Pamplona, 2009, págs. 73-74, cita la anécdota referida por Jacques MARITAIN en relación a cómo los miembros de la UNESCO explicaban que, a pesar de sus diferencias ideológicas, llegarían a un consenso para establecer una lista de derechos: *"estamos de acuerdo (...) pero con la condición de que no se nos pregunte el por qué"*.

<sup>141</sup> SOBRINO HEREDIA, José Manuel, "Artículo 1. Dignidad humana", en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Araceli Mangas Martín directora, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, págs. 108 y 123.

*dignidad de la persona humana, mientras que manifiestamente sí es posible fijar cuándo se la está vulnerando*"<sup>142</sup>.

La perspectiva de NINO, quien visualiza los derechos como inmunidades, se enmarca en la postura que estimo pertinente, pues tanto la autonomía de la persona como su invulnerabilidad general derivan del principio de dignidad, cuyo respeto ostenta carácter absoluto, constituyendo el más importante coto material al ejercicio de la potestad punitiva<sup>143</sup>. Tal límite, como explica MIRANDA ESTRAMPES, se ve

---

<sup>142</sup> VON MÜNCH, Ingo, "La dignidad del hombre en el derecho constitucional", traducción de Jaime Nicolás Muñiz, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n° 5, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1982, p. 19.

<sup>143</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2° ed., Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 30. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Principios garantistas del derecho penal y del proceso penal", en *Nuevo Foro Penal. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*, n° 60, enero-abril, Temis, Bogotá, 1999, p. 112. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, "Anteproyecto de la parte general del Código Penal peruano de 2009 y los límites a la potestad punitiva del Estado", en *La Reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú. Anuario de Derecho Penal 2009*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, p. 49. Para GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 49, "la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo así un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar". MORENO CATENA, Víctor, "La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal", en *Cuadernos Penales José María Lidón*, n° 7, Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010, págs. 16-23. GARCÍA CÍVICO, Jesús, "El derecho a no ser torturado: status quaestionis", en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 25, Universidad Carlos III e Instituto de Derechos Humanos "Gregorio Peces-Barba", Madrid, 2017, págs. 12-53. MACHADO PELLONI, Fernando M., "Argumentos contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes", en *Estudios Constitucionales*, año 8, n° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2010, págs. 141-144, 148 y 162. GALDÁMEZ ZELADA, Liliana, "Alcance de la prohibición de la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*,

graficado en la doctrina alemana a partir de la "Teoría de los tres círculos o esferas" en atención al grado de afectación de los derechos de la personalidad y de la dignidad de la persona humana<sup>144</sup>.

El principio de dignidad, tomado en su faz negativa, debe complementarse con su aspecto positivo. Comparto la definición que propone FERNÁNDEZ, quien entiende la dignidad humana "*como el valor de cada persona que clama por el respeto a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por cualquier otro valor social*"<sup>145</sup>. Ese respeto exige el reconocimiento "*del derecho a tener derechos*"<sup>146</sup>.

Por su parte, ATIENZA, analizando la tesis de GARZÓN VALDÉS, según la cual el principio de dignidad es absoluto y las razones basadas en él derrotan a todas las demás en todas las circunstancias, explica que tal posición impediría ponderarlo con otros principios. Si bien es cierto que se trata de un valor que sirve de justificación última a todos los derechos fundamentales y que, por su preponderancia, "*prácticamente*

---

año 4, n° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2006, p. 691. CANOSA USERA, Raúl, "La prohibición de la tortura y de penas y tratos inhumanos o degradantes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 42, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2018, p. 251.

<sup>144</sup> Según MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones", en *Revista catalana de seguretat pública*, Institut de Seguretat Pública de Catalunya, n° 22, Barcelona, 2010, págs. 135-136, un primer núcleo resulta inmune a toda injerencia estatal, un segundo núcleo se asienta en el principio de ponderación para admitir una intervención y un tercer núcleo la admite ilimitadamente, por no existir afectación a aquellos derechos fundamentales.

<sup>145</sup> FERNÁNDEZ, Eusebio, "Dignidad y derechos humanos", en *Diccionario crítico de los Derechos Humanos*, Ramón Soriano Díaz – Carlos Alarcón Cabrera – Juan Mora Molina directores y coordinadores, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, Palos de la Frontera, 2000, p. 89.

<sup>146</sup> FERNÁNDEZ, "Dignidad y derechos humanos", cit., p. 94.

*nunca*” se presenta la posibilidad de acudir a la ponderación, esto solo sucederá en los casos trágicos o difíciles, en los que ninguna solución será plenamente satisfactoria. Por lo tanto, propone distinguir dos dimensiones, una abstracta, que marca los límites de la moral, y una concreta, que se conecta *“no con todos los derechos, sino solo —o especialmente— con algunos de ellos, y que tiene un carácter no exclusivamente negativo sino también —sobre todo— positivo: en el principio de dignidad humana se basarían ciertos derechos que pertenecen a todos por igual y que, quizás, ocupan un lugar especial, incluso dentro del conjunto de los derechos fundamentales”*<sup>147</sup>. Entre ellos corresponde destacar la intimidad, la libertad ambulatoria y la integridad y la salud física y psíquica.

Finalmente, como apunta GIL HERNÁNDEZ, *“ante la colisión de derechos, debe tenerse en cuenta el contenido esencial de cada uno de ellos y tratar de buscar su coordinación, evitando que uno restrinja al otro... no existen conflictos de derechos, sino prevalencia de unos sobre otros”*<sup>148</sup>. Por ejemplo, el supuesto de elementos o material estupefaciente deglutido no se encuentra amparado por el *nemo tenetur*, sin embargo, su obtención no puede ser provocada por medida de fuerza alguna, en función del principio de dignidad de la persona.

## **9.2. Derecho a la intimidad**

---

<sup>147</sup> ATIENZA, Manuel, “A propósito de la dignidad humana”, en *Ius et Veritas*, año 16, n° 36, Asociación Civil Ius et Veritas, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, págs. 466-467.

<sup>148</sup> GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 27.

En torno a la intimidad, explica BADENI: *"La libertad de intimidad disfruta de raigambre constitucional expresa. Ella emana del art. 19 de la Ley Fundamental, al disponer que 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. La cláusula genérica del art. 19 está respaldada por la disposición residual del art. 33 y por las garantías establecidas en la Constitución para algunas manifestaciones de la intimidad personal"*<sup>149</sup>.

De acuerdo con GIL HERNÁNDEZ, el derecho a la intimidad se proyecta en una doble vertiente: de libertad de vivir cada uno su propia

---

<sup>149</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 1, 2º ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 563; BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. 1, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 522. El derecho constitucional a la intimidad comprende la "intimidad genética"; al respecto la STS 777/2013, RC 10448/2013, del 7/10/2013, ponente Antonio del Moral García, consideró: "No sobra evocar de nuevo la STEDH 2008/104 (Gran Sala), de 4 diciembre de 2008 (Caso S. y Marper contra Reino Unido). Su lectura arroja enseñanzas sobre la necesidad de esas cautelas y el no desdeñable potencial unitario sobre la intimidad de esas técnicas: "El mero hecho de memorizar datos relativos a la vida privada de una persona constituye una injerencia en el sentido del artículo 8 (Sentencia Leander contra Suecia [TEDH 1987/4] de 26 marzo 1987, ap. 48, serie A núm. 116). Poco importa que la información memorizada se utilice o no posteriormente (Sentencia Amann contra Suiza [TEDH 2000/87] [GS], núm. 27798/1995, ap. 69, TEDH 2000-II). Al margen de su carácter eminentemente personal, el Tribunal señala 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 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 (Sentencia Amann [TEDH 2000/87], previamente citada, ap. 69)".

vida conforme a sus gustos y preferencias, pero, a la vez, de vivirla en sociedad, de manera que el goce de esa libertad no vulnere los iguales derechos o intereses de los demás<sup>150</sup>. Debe destacarse que el derecho a la intimidad incluye hoy, sin duda alguna, el derecho a la intimidad genética<sup>151</sup>.

La STC 37/1989, del 15 de febrero de 1989, ofreciendo una perspectiva sobre el concepto de intimidad, destaca que el ámbito que se encuentra *"constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violaciones del pudor o recato de la persona"*<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 45.

<sup>151</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, "El proyecto genoma humano: implicaciones jurídicas", en *Ética y biotecnología*, Colección "Dilemas Éticos de la Medicina Actual", n° 7, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1993, p. 169; ROMEO CASABONA, Carlos María, "La genética y la biotecnología en las fronteras del derecho", en *Acta Bioethica*, volumen 8, n° 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2002, págs. 289-291; BERGEL, Salvador Darío, "Los Derechos Humanos entre la bioética y la genética", en *Acta Bioethica*, volumen 8, n° 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 324; ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, "Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Nuevos horizontes del derecho procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Mar Jimeno Bulnes – Julio Pérez Gil coordinadores, Bosch, Barcelona, 2016, p. 608.

<sup>152</sup> PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 40, refiere que "el concepto de íntimo o de intimidad depende,

NINO asienta la intimidad en el art. 18 de la CN y la privacidad en el art. 19<sup>153</sup>. Sin embargo, MAIER sugiere que *"la discusión sólo revela carácter académico o, si se quiere, de búsqueda de claridad analítica o expositiva"*<sup>154</sup>. Lo cierto, según expone DUART ALBIOL, es que *"[s]in ningún género de duda, el derecho a la intimidad es el principal derecho afectado por cualquier medida de investigación corporal"*<sup>155</sup>.

Como bien distingue la STC 25/2005, del 14 de febrero de 2005<sup>156</sup>, *"[n]o obstante, que no exista vulneración alguna del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquel forma parte,*

---

*verdaderamente, de los criterios sociales y culturales imperantes en cada momento histórico"*. Coincide GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 41, quien expone que el ámbito de intimidad *"no es una entidad física, sino cultural sobre el recato corporal"*.

<sup>153</sup> NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 304 y ss. La intimidad, considerando la pandemia por el COVID-19 como un *"hecho social total, de acuerdo con la concepción durkheimiana de la expresión"*, se vio notablemente reconfigurada desde que *"en un momento histórico como el actual... los ciudadanos llevamos en nuestro bolsillo, en nuestros smartphones, mucha más información que la que nunca antes estuvo al alcance de las élites del gobierno y son esos mismos dispositivos los que permiten que nuestros datos puedan ser comprobados y controlados hasta el último detalle por las grandes empresas y por el poder político"*, DE LUCAS, Javier, "El derecho, desde la pandemia. Una introducción", en *Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n° 28, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 17 y 20.

<sup>154</sup> MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, p. 180.

<sup>155</sup> DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 254, quien agrega en págs. 257-260 que *"según la jurisprudencia constitucional, la intimidad corporal, en tanto que protege el pudor o recato de la persona, solo resultará afectada cuando la investigación corporal incida en partes, consideradas culturalmente, "según un sano criterio", íntimas... Por el contrario, no habrá siquiera afectación del derecho a la intimidad corporal cuando la medida recaiga sobre una parte del cuerpo no considerada como íntima"*.

<sup>156</sup> STC 25/2005, del 14 de febrero de 2005, Recurso de Amparo 2123/2001, BOE n° 69, del 22 de marzo de 2005.

*ya que esta vulneración podría causarla la información que mediante este tipo de pericia se ha obtenido. Según doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica "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 una calidad mínima de la vida humana"... y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo..."<sup>157</sup>.*

Por su parte, el art. 13 del CPPF estipula que debe respetarse 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<sup>158</sup>. Solo con autorización del juez y de conformidad con las disposiciones del mismo CPPF podrán afectarse estos derechos. Fijando

---

<sup>157</sup> En cuanto a la intimidad y su amplio espectro en el ámbito de la genética, véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Susana, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Colección "Derechos Humanos y Filosofía del Derecho", Dykinson, Madrid, 2007, págs. 130-135. Asimismo, PÉREZ ESTRADA, Miren Josune, "Protección de los datos personales de salud en el proceso penal: efectos en la valoración de la prueba", en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, Número Extraordinario 2019 ("Uso de datos clínicos ante nuevos escenarios tecnológicos y científicos. Oportunidades e implicaciones jurídicas"), Dykinson, Madrid, 2019, págs. 395-412. ETXEBERRÍA GURIDI, "Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", cit., p. 608, alude también al derecho a la protección de datos de carácter personal al incluirlos en una base como la de ADN.

<sup>158</sup> El art. 80 del CPPF regula los derechos de la víctima, fijando que debe recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento y que debe respetarse su intimidad en la medida en que no obstruya la investigación (incisos "a" y "b"). El art. 79 inc. "a" del CPPN también impone un trato digno y respetuoso y molestias mínimas para la víctima en el marco del proceso.



así el principio de jurisdiccionalidad en torno a las medidas que vulneran derechos fundamentales.

### 9.3. La libertad ambulatoria

La libertad ambulatoria se encuentra tutelada por los arts. 7 y 22.1 de la CADH, 9.1 del PIDCP, 3 y 13 de la DUDH y I de la DADDH. Se trata de un derecho inexorablemente afectado cuando de injerencias corporales se trata, pues en cualquier caso la disponibilidad del cuerpo del imputado queda sometida —en distintos grados— a la ejecución de la medida de que se trate (extracción de sangre, reconocimiento de voz, inspección, etc.).

El art. 14 de la CN protege las facultades de locomoción, circulación y tránsito, abarcando cuatro modalidades posibles: entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional, aludiendo a los “habitantes”, sin establecer distinciones en base a la nacionalidad o a otra condición, lo que se compadece con el respectivo Preámbulo constitucional, toda vez que admite como tales a *“todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”*<sup>159</sup>.

La libertad se resguarda también a partir del derecho a no ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente (art. 18 CN)<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 1, cit., p. 525.

<sup>160</sup> Para BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. 2, Ediar, Buenos Aires, 2000, págs. 325-326, la expresión “autoridad competente” no se encuentra expresamente definida, *“limitándose (el art. 18 de la CN) a calificarla de “competente”, parece que, como principio, debe serlo la autoridad judicial, y sólo por excepción la que no lo es”*. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 2, Depalma, Buenos Aires, 2001,

La trascendencia de tal derecho fundamental ha sido destacada por la CSJN en el caso "Olmos" (1985) en los siguientes términos: "se trata de un aspecto de la libertad corporal que pertenece a las personas físicas en rango de precioso derecho individual e importante elemento de libertad". Agrega la CSJN, en la citada resolución, que el mismo "ya aparece consagrado en el art. 42 de la Carta Magna inglesa de 1215... reconocido desde 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..."<sup>161</sup>.

La libertad ambulatoria tiene carácter relativo, por lo que se encuentra sujeta a reglamentación razonable, al no tratarse de un derecho ilimitado<sup>162</sup>. Como bien señala BADENI: "La libertad constitucional es esencialmente limitada, pero siendo también el hombre esencialmente libre, tales límites, para su ejercicio a través de los derechos subjetivos, deben ser impuestos por ley en función del principio de legalidad y su interpretación debe ser restrictiva. No toda limitación legal resulta aceptable, sino solamente aquella que esté dotada de razonabilidad"<sup>163</sup>.

---

p. 267, considera que si bien la cláusula constitucional no especifica a qué autoridad se refiere, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que se trata del juez de la causa.

<sup>161</sup> CSJN, Fallos 307:1430, "Olmos, Alejandro c. Estado Nacional (Ministerio del Interior. Policía Federal)", resolución del 20 de agosto de 1985.

<sup>162</sup> CARBALLO ARMAS, Pedro, "Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela judicial efectiva: algunas reflexiones en torno al procedimiento de habeas corpus en España", en *Revista Pensamiento Constitucional*, año 10, n° 10, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 150.

<sup>163</sup> BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 1, cit., p. 460.

Todas las hipótesis de injerencias corporales importan una limitación de la libertad ambulatoria<sup>164</sup>. En algunos casos de mayor intensidad, como sucede con los cacheos y las requisas, medidas usualmente ejecutadas por la policía sin orden judicial previa; y en otros de menor intensidad, como sucede con las intervenciones corporales leves, con la obtención de fotografías o con la toma de huellas dactilares. Como bien sostiene DUART ALBIOL, “[e]l derecho a la libertad personal no es solo una protección frente a la detención, sino frente a cualesquiera formas de privación o restricción de la libertad... Así entendida, toda inspección, registro e intervención corporal, aunque sea de forma instrumental, comportará la limitación del movimiento del sujeto pasivo. De este modo, las investigaciones corporales constituirán hipótesis de restricciones —no privación— de libertad”<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 83, afirma que “[p]ara llevar a cabo la ejecución de una medida de intervención corporal es necesario que la persona que la sufre se vea sometida a una privación de la libertad, más o menos duradera”; y agrega que, al no haber norma que autorice la detención para la realización de una medida corporal, y si no hubiera motivos para ello a partir de la misma imputación, “nos encontraríamos ante una detención ilegal... si el sujeto afectado se niega a la práctica voluntaria de la misma” (págs. 85-86). En similar sentido, GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 53.

<sup>165</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 232-233 y 249, en p. 251 afirma: “sería necesaria... una norma habilitante que permitiese decretar la detención a los efectos de proceder a una inspección o intervención corporal, dado que la LECrim en sus artículos 492 y siguientes solo autoriza la detención en casos de sospecha delictiva”. Sobre la distinción, que aquí no se comparte, entre restricción de libertad y detención, véase PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., págs. 87-91. Según HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 379, “[l]a realización de una inspección o intervención corporal lleva inherente la necesidad de limitar la libertad del sujeto pasivo de la medida”, y en p. 415

#### 9.4. La integridad y la salud física y psíquica

La integridad y salud física y psíquica, como valores constitucionales superiores, se reconducen al derecho fundamental a la dignidad, en tanto se presentan como una derivación natural de esta<sup>166</sup>. Tal es el vínculo que, según SOBRINO HEREDIA, el derecho a la integridad física y psíquica *"nos conduce a la prohibición de la tortura y de las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes"*<sup>167</sup>.

El referido art. 5 de la CADH y los arts. I de la DADDH y 12.1 del PIDESC tutelan el derecho a la integridad física y psíquica. Conforme postula Carolina ANELLO, el derecho a la integridad física y psíquica implica la preservación, sin detrimento alguno, de la integridad del cuerpo y la mente, lo que excluye *"no solo la prohibición de conductas de las que se siga un deterioro permanente para la persona humana, sino también la de aquellas que, sea cual fuere su finalidad, constituyan tratamientos crueles, inhumanos o degradantes"*<sup>168</sup>.

---

agrega que la práctica de un cacheo o registro personal superficial implica una intromisión en la intimidad y también *"la lógica necesidad de privar de la libertad deambulatoria al sujeto que va a ser objeto del mismo"*.

<sup>166</sup> ALFONSO GALINDO, Javier, "Contenido del derecho a la integridad personal", en *Revista Derecho del Estado*, nº 23, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 117.

<sup>167</sup> SOBRINO HEREDIA, José Manuel, "Artículo 2. Derecho a la integridad de la persona", en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Araceli Mangas Martín directora, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 149.

<sup>168</sup> ANELLO, Carolina S., "Artículo 5. El derecho a la integridad física, psíquica y moral", en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Enrique Alonso Regueira director, La Ley y

De todos modos, en la CADH y en el PIDCP la salud no se encuentra regulada con contenido propio sino como límite a los derechos y libertades de conciencia y religión, de pensamiento y expresión, de reunión, de asociación y de circulación y residencia<sup>169</sup>. Por su parte, la CN alude a la salud solo como criterio a considerar en el marco del derecho de los consumidores y usuarios (art. 42 de la CN).

En lo que aquí concierne, la CIDH, en el caso "Loayza Tamayo vs. Perú"<sup>170</sup>, sostuvo: "*[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. La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que, aún 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 sentimiento de miedo, ansia e inferioridad*

---

Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2013, págs. 65-66.

<sup>169</sup> Arts. 12.3, 13.2.b, 15, 16.2 y 22.3 de la CADH y 12.3, 18.3, 19.3.b, 21 y 22.2 del PIDCP.

<sup>170</sup> CIDH, caso "Loayza Tamayo vs. Perú", sentencia del 17 de septiembre de 1997 (Fondo), Serie C, n° 33, párrafo 57; en igual sentido se expidió la CIDH en los casos "Ximenes Lopes vs. Brasil", sentencia del 4 julio de 2006, Serie C, n° 149, párrafo 127; "Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador", sentencia del 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, n° 252, párrafo 147; "Masacre de Santo Domingo vs. Colombia", sentencia del 30 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Serie C, n° 259, párrafo 191; y "Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile", sentencia del 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, n° 279, párrafo 388.

*con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima... Dicha situación es agravada por la vulnerabilidad de una persona ilegalmente detenida... 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”.*

Las injerencias procesales que afectan el cuerpo del imputado se vinculan con su integridad y salud física y psíquica y su dignidad, cuya protección constitucional emerge de las normas citadas y debe valorarse relacionando su intangibilidad y su autonomía, como lo señala LÓPEZ BARJA DE QUIROGA con cita de la STC 35/1996, quien explica que el derecho a la integridad física se encuentra conectado con el derecho a la salud y que su ámbito *“no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular... mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, eso es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento”*<sup>171</sup>. La vulneración de la integridad física se da entonces por la falta de consentimiento de la persona para que procedan sobre su cuerpo y no solo por el daño material que la medida pudiera comportar<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones de derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 318.

<sup>172</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio *et. al*, *Derecho constitucional. Materiales de prácticas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997, p. 597, exponen que el derecho a la integridad física *“no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención (en el*

La tutela de la integridad del imputado también deriva de la prohibición de coacción a su respecto (art. 7 del PIDCP y 72 del CPPF). Ninguna decisión procesal puede torcer su voluntad mediante fuerza física (torturas, apremios, vejaciones) o psicológica (presiones, engaños, inducción a error, etc.). *"El imputado es un sujeto procesal incoercible. Pueden aplicársele medidas de coerción personal, pero no se lo puede forzar o inducir a actuar en su contra ni impedirle cualquier actividad por la que tienda a defenderse dentro de lo legítimo"*<sup>173</sup>.

Las inspecciones, como la obtención de imágenes radiográficas o ecográficas, las intervenciones corporales (extracciones de sangre, piel o elementos alojados en el interior del cuerpo, como un proyectil o una esquirla) y los hisopados anales o vaginales ingresan en el grupo de casos que justifican priorizar el derecho fundamental a la salud y a la integridad física y psíquica.

## **9.5. La prohibición de autoincriminación**

La prohibición de autoincriminación forzada o bajo engaño cuenta con expresa tutela constitucional conforme lo prescripto por los arts.

---

*cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular... El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición sine que non para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física".* Coincide HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 380, quien afirma que "el art. 18.1 de la CE garantiza la intimidad corporal frente a cualquier tipo de indagación que sobre el cuerpo pudiera imponerse contra la voluntad de la persona".

<sup>173</sup> CLARÍA OLMEDO, Jorge, *Derecho procesal penal*, t. 1, actualizado por Jorge Vázquez Rossi, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, págs. 240-241.

8.2.g y 8.3 de la CADH, 14.3.g del PIDCP y 18 de la CN. Tales disposiciones contemplan el principio de inmunidad de declaración, ya que no obligan al imputado a prestar juramento de decir verdad y le permiten negarse a deponer, sin que ello implique presunción alguna en su contra. De tal modo, la persona sometida a proceso penal no se ve presionada a decidir entre reconocer la verdad y resultar condenada por el delito que se le atribuye o condicionada a mentir y resultar condenado por falso testimonio<sup>174</sup>. La declaración del imputado constituye un acto de defensa material de carácter voluntario; ello significa que si expone lo hace para defenderse, no para brindar elementos de prueba al acusador o al tribunal<sup>175</sup>. Por ende, bajo tales premisas constitucionales, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo<sup>176</sup>. O, lo que es lo mismo, nadie puede ser obligado a un comportamiento autoincriminatorio.

El art. 4 del CPPF regula el derecho a “no autoincriminarse”, estableciendo que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, que el ejercicio de tal derecho no puede ser valorado como una

---

<sup>174</sup> ROXIN, Claus, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, traducción de Gabriela Córdoba, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, págs. 59-81; ROXIN, Claus, “La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán”, en *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Tirant lo Blanch, Colección “Alternativa”, Valencia, 2000, págs. 121-158.

<sup>175</sup> VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, “La callada agonía del derecho a guardar silencio”, en *Revista de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, págs. 211-225; LÓPEZ, Santiago, “La declaración indagatoria durante la instrucción”, en *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Florencia Plazas – Luciano A. Hazán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, págs. 219-234.

<sup>176</sup> BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2º edición actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 181.



aceptación de los hechos o indicio de culpabilidad y que toda admisión o confesión debe ser libre y bajo expreso consentimiento del imputado.

La prohibición de autoincriminación se presenta en distintos actos de investigación en los que no es posible ejercer fuerza física alguna para su consecución ante la negativa del imputado. Su propia declaración y los registros de voz para reconocimiento se presentan como ejemplos de tal grupo de casos. Desde otro punto de vista, las medidas legítimas sobre el cuerpo del imputado presuponen que se ha superado el límite propio de la prohibición de autoincriminación. Esta resulta válida para protegerlo en cuanto a un hacer autoincriminatorio, pero no cuando la intromisión recae sobre su cuerpo en base al deber de tolerar. En este caso la intervención se rige por el principio de dignidad de la persona.

De conformidad con lo señalado, destaca DE LUCA que la cláusula contra la autoincriminación ampara solamente "declaraciones" que sean producto del pensamiento de las personas, una elaboración mental, que se reflejan en una conducta activa u omisiva, incluyendo los cuerpos de escritura, los gestos, etc., es decir, toda prueba que requiera su colaboración intelectual con significado expresivo<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> DE LUCA, Javier, "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", en *Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad e identidad. Tercer coloquio interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo*, Fundación Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2006, p. 228; DE LUCA, Javier, "Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y garantías constitucionales", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 7. Coincide CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., p. 241, quien expone: "La Constitución Nacional (art. 18) expresamente prohíbe obligar a alguien a declarar contra sí mismo. De aquí que la indagatoria no pueda ser regulada

Aunque la declaración del imputado constituya un acto de defensa material<sup>178</sup>, y no un medio de prueba<sup>179</sup>, nada impide que cualquier dato o información aportada sea valorada en su contra; del mismo modo que si un reconocimiento en rueda de personas o de voz fuera positivo (individualizando o coincidiendo). La prohibición de autoincriminación impide forzar o engañar al imputado para lograr un comportamiento con significado inculpatario de su parte<sup>180</sup>. Mirado de otro modo, el derecho al silencio prohíbe valorar en su contra su pasividad o silencio. Sin embargo, ello no rige cuando se autoriza una intromisión en su cuerpo. En tal supuesto no se lo obliga a actuar, sino solo a tolerar<sup>181</sup>, siempre

---

*como un medio de prueba, lo que se extiende a sus demás actividades procesales en cuanto deba manifestarse intelectualmente”.*

<sup>178</sup> ASECIO MELLADO, José María, “El proceso penal con todas las garantías”, en *Ius et Veritas*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, N° 33, Lima, 2006, p. 243.

<sup>179</sup> ANGULO, Durga, “La declaración del imputado. ¿Usted desea declarar?”, en *Revista de Derecho Procesal Penal. El proceso penal adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, t. 2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, págs. 137-158; LÓPEZ, “La declaración indagatoria durante la instrucción”, cit., págs. 219-234.

<sup>180</sup> CSJN, Fallos 303:1938, “Montenegro, Luciano Bernardino”, resolución del 10 de diciembre de 1981.

<sup>181</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, cit., p. 202, propicia el par conceptual “prohibición de la exigencia de colaboración y permisión de la exigencia de tolerancia”; ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 124; HORVITZ LENON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, t. 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 510, entienden que “el imputado tiene derecho a no colaborar activamente en el éxito de la investigación ni en su condena, pero sí se encontraría obligado a soportar las intervenciones pasivamente, por lo que si se resiste podría compelérsele legítimamente a someterse a la misma, impuesta como obligación procesal, siempre que la forma de ejecución de la injerencia no resulte desproporcionada ni menoscabe su salud”.

dentro de la órbita del principio de dignidad, ordenado tras las premisas de razonabilidad y proporcionalidad<sup>182</sup>.

## 9.6. Los principios de legalidad y reserva de ley

En sintonía con lo anteriormente explicado, y tal como lo expone MAC CORMICK, la independencia y la dignidad de cada persona se basan en la existencia de un gobierno de leyes y no de hombres<sup>183</sup>. El derecho fundamental a la legalidad de toda injerencia estatal se encuentra previsto en los arts. 7.2, 9 y 30 de la CADH, 9.1 y 15.1 del PIDCP, 11.2 de la DUDH, XXV de la DADDH y 18 de la CN<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 3º ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, págs. 103-113; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, "El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español", en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, septiembre-diciembre, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, págs. 191-215.

<sup>183</sup> MAC CORMICK, Neil, "Retórica y Estado de Derecho", traducción de Isabel Lifante, en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, nº 21, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Ministerio de Ciencia e Innovación, Gobierno de España, Madrid, 1999, p. 5.

<sup>184</sup> BARATTA, Alessandro, "Requisitos mínimos del respeto a los Derechos Humanos en la ley penal", en *Nuevo Foro Penal. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*, nº 34, Temis, Bogotá, 1986, págs. 421-435, trata los principios que deben regular la creación e interpretación de la ley penal a partir del respeto de los derechos humanos; HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 387-402; ASECIO MELLADO, "El proceso penal con todas las garantías", cit., págs. 241-244. En torno a la doble naturaleza de la legalidad, como principio y como derecho fundamental, véase PERANDONES ALARCÓN, María, "Sobre la negación práctica de la doble naturaleza jurídica de la legalidad penal", en *Anuario de filosofía del derecho*, nº 36, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado y

Los principios de legalidad y reserva de ley han sido claramente definidos por la CIDH en la Opinión Consultiva 6/86<sup>185</sup>, en la que se sostuvo que “[n]o es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos... el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se lo 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 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el

---

Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2020, págs. 394-401.

<sup>185</sup> CIDH, OC 6/86, del 9 de mayo de 1986, trata el alcance de la expresión “leyes” del art. 30 de la CADH, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay; ver también ALONSO REGUEIRA, Enrique, “Artículo 30. Alcance de las restricciones”, en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2013, págs. 540-542.

*órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”.*

En el ámbito del derecho procesal el principio de legalidad aplica respecto de la ley previa al hecho. Afirma BIDART CAMPOS, refiriéndose al art. 18 de la CN, que “[l]a ley... debe ser previa. ¿Previa a qué? La constitución dice: “al hecho del proceso”; no dice “al proceso”, sino al “hecho” del proceso, fórmula que interpretamos como si dijera: “al hecho que da origen al proceso”, siendo ese “hecho” la “conducta humana” que coincide con la figura legal de la incriminación”<sup>186</sup>.

De este modo, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales debe contar con su respectiva habilitación legal<sup>187</sup>, teniendo en cuenta que la reserva de ley constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica de tales derechos y de las libertades individuales<sup>188</sup>.

La legalidad, a su vez, exige certeza y restricción en los procesos de creación y aplicación de la ley, debiendo rechazarse interpretaciones

---

<sup>186</sup> BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. 2, cit., p. 293.

<sup>187</sup> Según DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 314-318, “[e]l principio de legalidad exige que toda medida restrictiva de derechos fundamentales esté prevista por ley... La ley que regule las investigaciones corporales, en tanto que medidas restrictivas de derechos fundamentales habrá de tener, pues, una determinada “calidad”... en el sentido de expresar todos y cada uno de los presupuestos y requisitos de la intervención”.

<sup>188</sup> GONZÁLEZ MONJE, Alicia, “Intervención de comunicaciones en dependencias policiales. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), 145/2014, de 22 de septiembre [BOE nº 261, de 28-X-2014]”, en *Ars Iuris Salamanticensis. Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, volumen 3, nº 1, Ediciones Universidad de Salamanca, 2015, p. 356; VIDAL FUEYO, María del Camino, “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 11, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo, 2005, págs. 427-431 y 438.

laxas del tipo "como no está taxativamente regulado puedo hacerlo de cualquier manera"<sup>189</sup>. En consecuencia, por ley debe entenderse solo aquella nacida en el seno de un órgano parlamentario con competencia procesal en materia penal<sup>190</sup>. Por su parte, la reserva de ley impone la previsión legal de toda restricción de derechos fundamentales<sup>191</sup> y una limitación (prohibición) al Estado para interferir en el ámbito de libertad personal garantizado por el art. 19 de la CN. Siendo así, la reserva de ley asegura espacios de libertad y autonomía personales, excluyendo toda intervención estatal que no se justifique en función de una finalidad de orden constitucional (Preámbulo de la CN) y en base a una disposición legal precisa y determinada. La finalidad u objetivo de carácter constitucional actúa como factor de legitimación de toda injerencia estatal. Por el contrario, su ausencia determinará su invalidez.

En la línea de pensamiento expuesta, apunta NOGUEIRA ALCALÁ: "[s]olo la ley y nadie más que el legislador puede regular los casos y formas en que cabe la afectación de la libertad personal o libertad física.

---

<sup>189</sup> MARTÍN, Adrián Norberto, *Detenciones policiales ilegales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010, p. 153.

<sup>190</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie "Doctrina jurídica", n° 156, México DF, 2003, p. 170, explica que "se ha desarrollado la teoría de la esencialidad, la cual exige, referente al ámbito de los derechos fundamentales, que las cuestiones básicas de regulación o limitación de los derechos sean adoptadas por el legislador, ello transforma la reserva de ley en reserva parlamentaria, ya que lo "esencial" en materia de derechos fundamentales sólo puede ser resuelto por el Parlamento, sin que pueda haber un apoderamiento legal por el titular de la potestad reglamentaria...".

<sup>191</sup> PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal", en *En Letra. Derecho penal*, año 1, n° 1, Centro de Estudios Interdisciplinarios de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 2015, págs. 42-92.

*Solo el legislador formal (el Congreso Nacional) puede regular los ámbitos de la libertad personal. La reserva de ley debe ir acompañada del principio de tipicidad, que permite establecer concretamente los supuestos de afectación de la libertad personal. La reserva de ley en esta materia es de carácter absoluto, por lo que ninguna afectación de la libertad personal puede efectuarse legítimamente sin estar prevista en la ley*<sup>192</sup>.

El art. 175 del CPPF respeta la legalidad y compendia los principios limitadores nucleares en materia de injerencias corporales, toda vez que, al regular la obtención de ADN (del imputado o de otra persona), alude a los principios de proporcionalidad (objetivo de identificar a una persona o constatar circunstancias de “importancia” para la investigación), de salud e integridad física (mínimas intervenciones que no generen perjuicio), necesidad (modo y alternativas menos lesivas e invasivas) e intimidad (sin afectar el pudor de la persona)<sup>193</sup>. El CPPN prevé exigencias similares en el art. 218 bis.

---

<sup>192</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de derecho*, volumen 13, n° 1, Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2002, p. 164.

<sup>193</sup> Las SSTC 37/1989, del 15 de febrero de 1989, 57/1994, del 28 de febrero de 1994, 207/1996, del 16 de diciembre de 1996, y 196/2004, del 15 de noviembre de 2004, remarcan que el ámbito de intimidad constitucionalmente protegido no es concordante con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada por el criterio dominante sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que recaen o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona.

## 9.7. Proporcionalidad

La proporcionalidad se evalúa relacionando las circunstancias y gravedad del delito respecto del derecho fundamental afectado, debiendo establecerse una medida que distribuya la relación entre la vulneración de derechos y el interés del Estado en la persecución del delito<sup>194</sup>. Siguiendo a María Isabel HUERTAS MARTÍN, cabe afirmar que *"el principio de proporcionalidad... ha de aplicarse no solo en el momento legislativo, es decir, cuando se establece la regulación restrictiva de derechos fundamentales, sino también en el momento de la aplicación específica de dicha normativa. Por ello, la autoridad judicial habrá de ponderar razonadamente... dos magnitudes: 1) De un lado, la gravedad de la intromisión que la ejecución de la medida comporta... 2) De otra*

---

<sup>194</sup> KLATT, Matthias – MEISTER, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, traducción de Rubén Sánchez Gil, Serie "Estudios Jurídicos", nº 301, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2017, p. 75, entienden que el principio de proporcionalidad garantiza *"la mejor ponderación posible de los derechos fundamentales con otros derechos o intereses"*. Indica DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 406-407, que *"[l]a gravedad delictiva como criterio de procedencia de las intervenciones corporales es, pues, una exigencia derivada del principio de proporcionalidad en sentido estricto... A este respecto pueden utilizarse dos criterios (separada o simultáneamente): la naturaleza delictiva y la gravedad de la pena"*. En referencia al principio de proporcionalidad, destaca PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 59, que *"cuando colisionan el derecho fundamental y el interés general en la persecución del delito —razón de ser del proceso penal—, hemos de tener presente que este interés social engloba el interés individual de la víctima ofendida o del perjudicado"*.



*parte, la imprescindencia de la intromisión para la defensa del interés público que se pretende salvaguardar..."*<sup>195</sup>.

Al respecto, la Sala II de la CFCP, en causa 15.792 (2013)<sup>196</sup>, entendió que el principio de proporcionalidad determina que mientras más agresivas sean las medidas, se requiera mayor cúmulo de prueba acerca de la probabilidad de la comisión del hecho<sup>197</sup>. Asimismo puntualizó que el control de proporcionalidad exige demostrar no solo que la medida aparece idónea y útil para la conservación del orden público y la protección del bien común, sino que debe satisfacer una necesidad social imperiosa. La proporcionalidad exige que se actúe sobre la base de una sospecha importante, que la medida sea indispensable para la investigación y que la intromisión al derecho sea adecuada a la gravedad de los hechos investigados y a la pena a imponer.

De lo precedentemente reseñado, se colige que el objetivo de la medida debe vincularse proporcionalmente a una finalidad constitucionalmente legítima, como, por ejemplo, la defensa del interés público, el orden público o la protección del bien común, valores que en nuestra CN surgen del ya referido Preámbulo.

Según BERNAL PULIDO, el principio de proporcionalidad constituye *"un criterio jurídico utilizado alrededor del mundo para la aplicación*

---

<sup>195</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 395-396.

<sup>196</sup> CFCP, Sala II, Causa N° 15.792, "Aparicio, Patricia Aurelia y otros s/ recurso de casación", resolución del 15 de abril de 2013.

<sup>197</sup> En igual sentido, véase DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 383, quien apunta que *"cuanto más grave sea la medida a acordar, más solidez deberán tener los datos objetivos que la justifiquen. Ello no es más que una consecuencia, a su vez, del principio de proporcionalidad en sentido estricto"*.

*judicial de los derechos fundamentales”, que se conforma con tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto. “El subprincipio de idoneidad exige que la limitación sea adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El subprincipio de necesidad exige que la limitación sea la menos gravosa, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto exige que la limitación alcance el fin que se propone en un grado que justifique el grado en que se limita el derecho”<sup>198</sup>.*

En función de lo expuesto, va de suyo que el subprincipio de adecuación, también denominado de idoneidad, se vincula con la aptitud del procedimiento para alcanzar o aproximarse al fin propuesto<sup>199</sup>. Según María Ángeles PÉREZ MARÍN, “[l]a idoneidad viene a determinar si

---

<sup>198</sup> BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, cit., págs. 31-32. En igual sentido se expresa RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Christian, *El principio de proporcionalidad por el legislador. Ideas para una mejora ex ante de las leyes en Colombia*, Editorial Unimagdalena, Santa Marta, 2017, p. 13, quien sostiene que el principio de proporcionalidad “se ha transformado en un topoi del derecho constitucional contemporáneo”. También CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 244-245.

<sup>199</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000, p. 76, expone que la adecuación de medio a fin se satisface cuando significativamente contribuye a la obtención del resultado buscado “y el punto de partida de esta relación entre la finalidad y el medio utilizado para alcanzarlo está condicionado a que toda injerencia en los derechos fundamentales tenga señalada una finalidad concreta”. Para DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 378, una medida “[e]s adecuada cuando su utilización permite alcanzar o se aproxima al resultado pretendido y es inadecuada cuando entorpece el alcance del objetivo proyectado o cuando no despliega absolutamente ninguna eficacia. No es necesaria, pues, una aptitud completa de la medida para ser considerada idónea”.

*la medida cuya práctica se pretende es, en todos los sentidos, adecuada para conseguir el resultado que se busca, esto es, permite analizar si la relación medio-fin es adecuada*<sup>200</sup>.

En tanto la necesidad opera en base al mal menor, justificándose la medida mientras no se cuente con otro medio menos invasivo, aunque igual de idóneo, para alcanzar el objetivo<sup>201</sup>. Según ETXEBERRÍA GURIDI, este subprincipio presupone 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<sup>202</sup>.

Por último, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto establece que medio y fin no deben permanecer de forma evidente fuera de proporción, para ello hay que acudir necesariamente al terreno de los valores, pues deben ponderarse los intereses o bienes confrontados o afectados con la graduación que la norma constitucional confiere a tales

---

<sup>200</sup> PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 52. En similar sentido, HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 188-189.

<sup>201</sup> El art. 230 del CPPN contiene una alternativa clara vinculada con el principio de necesidad: "*Antes de proceder a la medida podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate*". Afirma HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 397, que "*cuando el fin perseguido pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para los derechos fundamentales, no podrá el órgano jurisdiccional ordenar la práctica de esta clase de medidas*".

<sup>202</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., p. 78; PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 55; HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 190-191.

bienes, intereses y derechos<sup>203</sup>. Para GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que intenta salvaguardarse<sup>204</sup>.

## 9.8. Razonabilidad

La razonabilidad se encuentra regulada como derecho fundamental en los arts. 7.3 y 11.2 de la CADH, 9.1 y 17 del PIDCP y 9 y 12 de la DUDH, y aplica tanto en el momento legislativo como en el ejecutivo, al concretarse cualquier injerencia (policial o judicial)<sup>205</sup>. Según BIDART

---

<sup>203</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., p. 81; HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 191-192. Para GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 61, "el principio de proporcionalidad en sentido estricto no es más que la ponderación entre los intereses en juego para que la limitación de los derechos no tenga cabida en todo caso, sino solo frente a adecuadas exigencias de interés estatal".

<sup>204</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 225; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, "El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español", cit., p. 208; PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 57.

<sup>205</sup> VÁZQUEZ, Daniel, *Test de razonabilidad y Derechos Humanos. Instrucciones para armar*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie "Estudios jurídicos", nº 287, México DF, 2016, págs. 23-26; ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira, "El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", en *Revista Ius et Praxis*,

CAMPOS lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario y se presenta como el fundamento de la legalidad, traducido constitucionalmente en el valor justicia<sup>206</sup>. Y agrega: "[e]l principio de razonabilidad no se limita a exigir que solo la ley sea razonable. Es mucho más amplio. De modo general podemos decir que cada vez que la constitución depara una competencia a un órgano del poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable. El congreso cuando legisla, el poder ejecutivo cuando administra, los jueces cuando dictan sentencia, deben hacerlo en forma razonable: el contenido de los actos debe ser razonable"<sup>207</sup>.

La regla de razonabilidad se asienta en el art. 28 de la CN, la alteración mediante reglamentación de todo derecho o garantía supondrá arbitrariedad<sup>208</sup>. Señala BADENI que la razonabilidad importa verificar una relación de proporcionalidad entre los medios y los fines y si las restricciones a las libertades individuales son indispensables para alcanzar los fines del interés general que se invocan como motivo del ejercicio del poder. El requisito de la razonabilidad excluye todas aquellas intromisiones que quepa calificar como arbitrarias o caprichosas, así como también todas aquellas que sean manifiestamente ineficaces o innecesarias para alcanzar los fines de interés general<sup>209</sup>. Si bien una extracción de sangre puede encontrarse regulada legalmente y ser idónea para determinar la autoría del imputado, resultaría irrazonable acudir a ella si existieran otros medios de prueba

---

Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 16, n° 2, Talca, 2010, págs. 260-263.

<sup>206</sup> BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. 1, cit., p. 368.

<sup>207</sup> BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. 1, cit., p. 516.

<sup>208</sup> BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. 1, cit., p. 517.

<sup>209</sup> BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 1, cit., p. 472.

confirmatorios de la imputación o vías alternativas para arribar a la misma solución. O también si no hubiera indicios previos suficientes como para ordenarla (falta de motivación). O, asimismo, si el delito a probar fuera poco significativo, como un hurto.

Para DUART ALBIOL, con quien coincido, *"el principio de razonabilidad es usado jurisprudencialmente como criterio de ponderación en la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto al medir la relación de medios y fines en términos de razonabilidad y evidencia, para concluir que el medio y el fin elegidos deben guardar una 'proporción razonable'"*<sup>210</sup>.

Como puede advertirse, uno de los parámetros para reconocer la razonabilidad radica en la proporcionalidad, que procura determinar el grado de afectación de los derechos y su justificación, constituyendo, por lo tanto, un instrumento que permite evaluar casos concretos<sup>211</sup>.

## **9.9. Motivación**

Por otra parte, la relevancia del principio de motivación de toda injerencia se desprende de lo previsto por los arts. 7.3 y 11.2 de la CADH y 9.1 y 17 del PIDCP, referidos al tratar la exigencia de razonabilidad, y 1º de la CN, que descarta la arbitrariedad y la exclusiva

---

<sup>210</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 310.

<sup>211</sup> NASH ROJAS, Claudio – SARMIENTO RAMÍREZ, Claudia, "Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008)", en *Anuario de Derechos Humanos*, n° 5, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2009, p. 126.

voluntad del órgano que dispone una intromisión<sup>212</sup>, lo que resulta incompatible con el Estado constitucional de derecho<sup>213</sup>. ETXEBERRÍA GURIDI expone que el deber de motivar “puede considerarse igualmente una manifestación del principio de proporcionalidad”<sup>214</sup>.

Como señala CALAMANDREI, “[l]a motivación constituye el signo más importante y típico de la “racionalización” de la función jurisdiccional... tiene preponderadamente una función exhortativa, y por así decirlo, pedagógica... tiene también otra función más estrictamente jurídica, o sea la de poner a las partes en condición de verificar si en el razonamiento que ha conducido al juez a decidir en determinado sentido

---

<sup>212</sup> La arbitrariedad debe diferenciarse de la discrecionalidad, pues esta constituye “parte necesaria e irrenunciable de la actividad de la Administración... los actos discrecionales deben estar respaldados por datos objetivos a fin de que no puedan convertirse en arbitrariedad”, OTERO PARGA, Milagros, “La arbitrariedad”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Ministerio de Justicia de España y Boletín Oficial del Estado, volumen 12, Madrid, 1995, págs. 388 y 390.

<sup>213</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. 2, Colección “Estructuras y Procesos”, Serie “Derecho”, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruíz Miguel, Trotta, Madrid, 2013, p. 18; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, 5º ed., Civitas, Madrid, 2008, p. 82. Según FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales”, traducción de Miguel Carbonell, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 15, julio-diciembre, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2006, p. 114, corresponde aludir al Estado constitucional de derecho como producto del constitucionalismo emergente a partir de las cartas constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial; igualmente en FERRAJOLI, Luigi, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, traducción de Félix Morales Luna, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 34, Universidad de Alicante, Marcial Pons, 2011, págs. 311-360.

<sup>214</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., p. 180, quien luego puntualiza que “[l]a ausencia de motivación de la resolución por la que se ordenan las investigaciones genéticas ha de conducir irremediabilmente a la ineficacia de la diligencia misma”. En igual sentido, DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 371.

*pueden descubrirse alguno de aquellos defectos que dan motivos a los diversos medios de impugnación...*<sup>215</sup>.

La motivación debe contener una doble base: la acreditación suficiente del hecho delictivo y la comprobación de la legalidad, razonabilidad, necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida a disponer o a ejecutar<sup>216</sup>. Ciertas diligencias, como, por ejemplo, un allanamiento o una requisita vehicular, pueden disponerse en tales términos. Otras, como podría ser una extracción de sangre, deben cumplir con un tercer requisito: la acreditación suficiente de la participación criminal del sospechoso o de su vínculo con el hecho en

---

<sup>215</sup> CALAMANDREI, Piero, *Proceso y democracia. Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, traducción de Héctor Fix Zamudio, Colección "Breviarios de Derecho", Santiago Sentís Melendo director, n° 33, EJEA, Buenos Aires, 1960, págs. 115-118. Acerca de la lúcida concepción de TARUFFO en lo que concierne a la motivación, véase ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Michele Taruffo: el magisterio y la obra ejemplares del genial procesalista todoterreno", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 44, Marcial Pons, Madrid, 2021, págs. 47-51.

<sup>216</sup> DÍAZ CANTÓN, Fernando, "La relación entre la prueba y la coerción penal", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 83, afirma: "...la coerción sobre el imputado —comprendidos aquí tanto su persona como sus derechos— no puede ser legítimamente habilitada sin la prueba de la verdad de los enunciados sobre los hechos que constituyen su presupuesto (formulariamente: *nulla coactio sine probatione*)". RAMÍREZ PEINADO, Francisco, "Base policial de ADN y autodeterminación informativa: el consentimiento para la obtención de muestras biológicas", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 52 (dedicado a "Bioética y Bioderecho"), Editorial Universidad de Granada, 2018, p. 269, indica que la intervención judicial requiere un "auto motivado expresivo, por un lado, de la concurrencia de "acreditadas razones que justifiquen" la diligencia y, por otro lado, que los "actos de inspección, reconocimiento o intervención" necesarios para ello "resultan adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad". La más mínima quiebra de alguno de estos requisitos convertiría la decisión judicial y la prueba resultante en ilícitas".



caso de tratarse de un tercero, como la víctima en caso de revisiones médicas íntimas o también para una extracción de sangre<sup>217</sup>.

El nivel de convicción que impera durante la investigación es el de la probabilidad positiva, es decir, de suficiencia probatoria a favor de la imputación<sup>218</sup>, compatible con las exigencias que los códigos procesales requieren en expresiones como "elementos suficientes", "motivos bastantes", "indicios vehementes" o "verosimilitud", en tanto la etapa de instrucción no exige certeza para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales. Sin embargo, y como afirma SANCINETTI, en algunos casos el grado de convencimiento en relación a las evidencias entre la fase de investigación y la de juicio oral no varía, lo que diferencia una y otra apreciación de la diligencia practicada son las condiciones de legitimidad de su producción<sup>219</sup>. Por ende, toda decisión distinta de la sentencia condenatoria debe adoptarse, como mínimo, en base a la probabilidad positiva o suficiencia probatoria.

Como bien expone María Ángeles PÉREZ MARÍN, *"una intervención corporal solamente puede ser acordada por el órgano judicial mediante*

---

<sup>217</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., p. 123, indica que para la realización de técnicas de ADN, lo que aplica para toda injerencia corporal, deben comprobarse indicios de que se ha cometido un delito "y que apunten a una determinada persona como presunta autora del mismo". En cuanto a los terceros, señala GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 309, que debe verificarse una relación entre la persona y la causa, y para los imputados debe comprobarse una sospecha fundada.

<sup>218</sup> Se trata de un grado de convicción que supera la duda y la probabilidad negativa, pero que no llega a la certeza, véase CAFFERATA NORES, José Ignacio, *La prueba en el proceso penal*, 3º ed., actualizada y ampliada, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 9; CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho procesal penal*, t. 2, actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 308.

<sup>219</sup> SANCINETTI, Marcelo, *Análisis crítico del caso "Cabezas". La instrucción*, t. 1, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, págs. 35-36.

*auto, debidamente motivado, y ceñido al caso concreto, desechando, pues, la posibilidad de que sea cualquier otro operador quien gestione este tipo de actuaciones... es motivo de ilegitimidad y, por tanto, de ilegalidad de la medida que la resolución judicial que autoriza una intervención corporal no recoja cuales son los presupuestos materiales de la misma o las circunstancias que justifiquen la necesidad de su práctica*"<sup>220</sup>.

En similar sentido se manifiesta María Isabel HUERTAS MARTÍN: *"la decisión judicial ha de tomarse teniendo en cuenta los intereses públicos a que sirve la restricción del derecho, pero no bastará con la simple afirmación de la existencia de aquellos intereses, sino que será precisa la motivación o fundamentación de la resolución judicial que autorice la ejecución de alguna de estas medidas"*<sup>221</sup>.

Como subraya CASSAGNE, la motivación, como expresión de las razones y fines que llevan a emitir el acto estatal respectivo, constituye un requisito de forma esencial para su validez, en la medida en que traduce su justificación racional al plano exterior<sup>222</sup>.

Por otra parte, la motivación de todo acto estatal garantiza los derechos de defensa en juicio<sup>223</sup> y el de doble instancia<sup>224</sup>.

---

<sup>220</sup> PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., págs. 63-64.

<sup>221</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 395.

<sup>222</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial", disponible en <https://goo.gl/8VS4mq>.

<sup>223</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 2, La Ley, Buenos Aires, 2007, págs. 1146-1147. GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 60, remarca que la fundamentación permite, en primer lugar, que el afectado aprecie el motivo por el que se restringe su

La CSJN, en autos "Quaranta" (2010)<sup>225</sup> y el voto en disidencia del juez Petracchi en "Yemal" (1998)<sup>226</sup>, consideró esencial la motivación como requerimiento constitucional al momento de resolverse injerencias en derechos fundamentales. Sin embargo, en "Minaglia" (2007)<sup>227</sup>, la CSJN avaló una fundamentación lacónica<sup>228</sup>, aunque el voto en disidencia de los jueces Maqueda y Zaffaroni elevó el baremo del principio de motivación al establecer que *"la obligación que tienen los jueces de fundar sus decisiones no es solamente porque los ciudadanos puedan sentirse mejor juzgados, ni porque contribuya así al mantenimiento del prestigio de la magistratura... [sino que] persigue también... la exclusión de decisiones irregulares, es decir, tiende a documentar que el fallo de la causa es derivación razonada del derecho vigente y no producto de la individual voluntad del juez"*<sup>229</sup>.

---

derecho y, en segundo lugar, que pueda controlarse la razón que justificó el sacrificio del derecho fundamental.

<sup>224</sup> FONT I LLOVET, Tomás – MIR PUIGPELAT, Oriol, "Discrecionalidad administrativa y alcance del control judicial", en *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial*, Eduardo García de Enterría – Ricardo Alonso García coordinadores, Civitas, Madrid, 2012, p. 38, sostienen que *"se constata una tendencia intermedia, en la que se reconoce discrecionalidad a la Administración, pero se la obliga a concretar cada vez con mayor detalle cómo ejercerá dicha discrecionalidad en su posterior adopción de decisiones individuales"*.

<sup>225</sup> CSJN, Fallos 333:1674, "Quaranta, José Carlos s/ infracción ley 23.737. Causa N° 763", resolución del 31 de agosto de 2010.

<sup>226</sup> CSJN, Fallos 321:510, "Yemal, Jorge Gabriel y otros s/ ley 23.737. Expediente N° 7.595", resolución del 17 de marzo de 1998.

<sup>227</sup> CSJN, M.3710.XXXVIII, "Minaglia, Mauro Omar y otra s/ infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)", resolución del 4 de septiembre de 2007.

<sup>228</sup> ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?", en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, volumen 15, Valdivia, 2003, págs. 9-35.

<sup>229</sup> Coincido con DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 371, cuando afirma que *"la resolución*

La STS del 27 de julio de 2016, en referencia a las intervenciones telefónicas, resolvió: *"Respecto de la concurrencia del presupuesto legal habilitante, la exigencia se concreta en la identificación de datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de su conexión con las personas afectadas. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento y que desde luego deben ser evaluados en la forma en que se presentan en el momento de adoptarse la decisión judicial, sin que pueda efectuarse la evaluación de la pertinencia de la decisión desde un juicio "ex post"...".*

Un antecedente de relevancia en la materia lo constituye la STC 207/1996, del 16 de diciembre de 1996, en la que se afirmó que *"[l]a exigencia de motivación es aquí, ante todo, un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencia la necesidad de la adopción de la medida. Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental*

---

*judicial que autorice una investigación corporal ha de exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la injerencia. Razones fácticas y jurídicas que deben expresarse directamente sin utilizar el indeseable mecanismo de la remisión, aunque constitucionalmente pueda otorgarse validez a la resolución judicial integrándola con la solicitud policial siempre que esta sea suficiente".*

*sustantivo, todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva”.*

Como se advierte, tanto en el actuar policial de oficio como en el ámbito judicial, la validez de las injerencias en el cuerpo del imputado dependerá, entre otras exigencias, de la motivación suficiente y razonable de la decisión que las ordene. Lo contrario implicará, sin más, y tal lo señala la citada STC 207/1996, la lesión al propio derecho fundamental en juego, esto es, la nulidad de la medida.

## **10. RECAPITULACIÓN**

En las primeras civilizaciones con sistemas de castigo conocidos (2400 a.C.), el cuerpo humano fue considerado un objeto de la venganza privada, disponiéndose del mismo sin criterio de proporcionalidad respecto de la lesión cometida. Las prohibiciones se basaban en la idea del tabú —de carácter mágico y religioso— y las penas consecuentes procuraban un fin reparador o compensatorio.

El primer límite reconocido por las leyes apareció con el talión, en el Código Hammurabi a mediados del siglo XX a.C.

La República Romana mantuvo las flagelaciones corporales con funciones vindicativas y expiatorias, esquema que influyó en toda Europa hasta pasado el siglo V.

El embrión de los sistemas judiciales nació con el abandono de la composición germánica y con la confiscación del conflicto a la víctima por parte del soberano a partir de los siglos VI y VII, quien pasó a encargarse de la administración del castigo.

Así, hasta comienzos de la Edad Moderna convivieron los intereses religiosos y estatales, tanto en las prohibiciones como en la aplicación del castigo.

La Inquisición, a partir del siglo XIII, incorporó el cuerpo del imputado al proceso en clave de confesión y búsqueda de la verdad, utilizando la tortura como principal mecanismo de indagación. El cuerpo continuó siendo objeto, pero no ya solamente del castigo, sino también de la investigación.

A pesar de algunos esbozos aislados (SPEE, MONTESINOS, DE LAS CASAS), el reconocimiento del carácter de persona y de la dignidad de los acusados emergió con mayor potencia a fines del siglo XVIII, en virtud del pensamiento liberal e ilustrado de la época, principalmente a partir de la figura de BECCARIA.

Actualmente se repiten las luchas, combatiendo al delito en búsqueda de eficacia, por lo que las garantías y los derechos fundamentales corren el riesgo de convertirse en enemigos. Su salvaguarda se encuentra, en gran medida, en la constante reedición del pensamiento liberal de fines del siglo XVIII. Sin embargo, debe aceptarse que el saber se encuentra condicionado por el poder y que, aun frente a naturales resistencias, se tratará de un límite que conspirará en contra de las libertades individuales.

La evolución del uso del cuerpo del imputado ha determinado la configuración de los respectivos sistemas represivos y judiciales a lo largo de la historia. A pesar de la consideración que mereció hacia fines del siglo XVIII, la actualidad aún nos muestra algunos resquicios de un tratamiento que posiciona al imputado más como objeto que como

persona digna de respeto, demostrando así que la verdad sigue siendo algo que debe extraerse incluso de su cuerpo.

Los azotes, las mutilaciones y la exposición pública de los cuerpos fueron parte de distintos métodos de castigo a lo largo de la historia. La tortura operó también como mecanismo de suplicio para obtener la verdad, constituyéndose así en germen de una forma de gestionar el uso del cuerpo de la persona sometida al proceso penal, inclusive en el proceso más garantista del siglo XIX.

La tensión entre discursos autoritarios y punitivos, representados ideológicamente por el *Malleus Maleficarum*, y discursos liberales y respetuosos de los derechos fundamentales, rescatados por la *Cautio Criminalis*, se mantiene en la actualidad. Reflejo de ello se advierte en la decadencia del pensamiento iluminista de fines del siglo XX.

Es imprescindible vigorizar la condición de persona de aquella sometida a proceso penal y posicionar los derechos fundamentales por encima de cualquier criterio de éxito en la prevención para no debilitar las bases del Estado constitucional de derecho.

En tal línea de pensamiento, corresponde afirmar que los derechos fundamentales se atribuyen constitucionalmente a las personas con carácter universal y en cuanto iguales (art. 16 de la CN), de modo concordante con los derechos humanos tutelados a nivel internacional. De dichas normas, entendidas como mandatos de optimización, emergen derechos subjetivos. Al mismo tiempo, operan como (y suelen ser llamados) principios, pues actúan como pautas de orientación tendientes a ordenar y a limitar la tarea estatal de persecución penal. Finalmente, los derechos fundamentales constituyen garantías que cobran vida en el marco del proceso penal como criterios de actuación

válida o, en su defecto, como referencia para decretar una nulidad. Por lo tanto, se salvaguardan a partir del reconocimiento y respeto de las garantías constitucionales.

Siendo así, y según la perspectiva que corresponda en cada caso, los derechos pueden entenderse como libertad, como pautas de orientación y como protección. De tal modo podrá dimensionarse el contenido y alcance de toda referencia ulterior en torno a las garantías y derechos fundamentales en el proceso penal.





## **CAPÍTULO II**

### **LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN SOBRE EL CUERPO DEL IMPUTADO**

#### **1. EL CACHEO COMO MEDIDA DE PREVENCIÓN Y SU VINCULACIÓN CON LA DETENCIÓN**

##### **1.1. Supuestos de detención sin orden judicial en los que procede la medida de cacheo**

Un segmento significativo de las injerencias en el cuerpo del imputado se materializa cuando este se encuentra detenido por la policía al haber sido apreciada alguna situación de flagrancia o urgencia. En tales supuestos, el ordenamiento jurídico argentino, como el español, habilita a la policía para la práctica de la detención sin orden judicial<sup>230</sup>. Si bien no se trata de una regla, pues aun en libertad podría ser convocado para la ejecución de algún tipo de medida en aquel sentido, la práctica muestra que las fuerzas de seguridad, tras una detención de

---

<sup>230</sup> "Fernández Prieto" (CSJN, Fallos 321:2947, 12/11/1998), "Tumbeiro" (CSJN, Fallos 325:2485, 3/10/2002), "Monzón" (CSJN, Fallos 325:3322, 12/12/2002), "Szmilowsky" (CSJN, Fallos 326:41, 6/2/2003), "Lemos" (CSJN, Fallos 338:1504, 9/12/2015), "Stancatti" (CSJN 578/2014 (50-S)/CS1, 24/5/2016) y "García" (CSJN, FRO 61000101/2013/1/RH1, 13/6/2017); tales casos soslayan la exigencia del "*presupuesto de indicios vehementes de delito*", ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 894.

oficio, suelen proceder al registro de la persona intervenida, de sus pertenencias y/o del vehículo en el que circula<sup>231</sup>.

La problemática que va a ser tratada seguidamente ocupa un espacio sensible en el terreno de las libertades individuales que interesan al orden constitucional, observándose una tensión entre garantías y persecución penal<sup>232</sup>. En este sentido, es importante tener en cuenta que lo que un determinado Estado habilite respecto del cuerpo del sujeto pasivo en el marco del poder punitivo evidenciará un aspecto importante de lo que deba saberse de su compromiso con el respeto por los derechos fundamentales<sup>233</sup>. Así, afirma FERRAJOLI: "[l]a policía... al contrario que otras ramas de la administración pública, actúa en contacto directo con las libertades fundamentales; y ahí tiene que actuar no solo como función auxiliar de la jurisdicción, sino también en ejercicio de competencias propias y autónomas, como son las preventivas y cautelares frente a sujetos peligrosos y sospechosos. Por ello su "fuerza" se manifiesta como "violencia", y de ahí proviene su

---

<sup>231</sup> El tratamiento tangencial de los dos últimos ámbitos (elementos contenedores y vehículos) se impone por las derivaciones en materia de intromisiones corporales, pero no integra el objeto de estudio de la presente investigación; véase al respecto, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Sobre la pobreza cultural de una práctica (judicial) sin teoría", en *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, n° 79, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017, págs. 123-125.

<sup>232</sup> Véase CARRIÓ, Alejandro, "Facultades policiales en materia de arrestos y requisas. ¿Qué puede o debe hacer la policía y qué no?", en *La Ley*, 1988-E-269. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, Valencia, 2003, p. 37, señala con total acierto que el recorte de garantías procesales en la limitación de los derechos fundamentales posiciona al poder ejecutivo por sobre el legislativo, principalmente a través de la policía (de seguridad o judicial) y del Ministerio Fiscal.

<sup>233</sup> Véase FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 800, nota 4.

*latente ilegitimidad con respecto al paradigma del estado de derecho*"<sup>234</sup>. En similar sentido, indica BUSTOS RAMÍREZ: "[s]e trata de que la policía, en cuanto órgano de intervención del Estado, entra también a aplicar la fuerza como atributo legal... Lo importante, sin embargo, es que ella no se convierta en violencia estatal. La violencia implica la institucionalización de la fuerza, su uso amplio y generalizado para solucionar los problemas políticos y sociales de una sociedad"<sup>235</sup>.

En consecuencia, corresponde dar cuenta de los supuestos legales que autorizan a la policía a detener sin orden judicial, según lo prescripto por la Ley Orgánica de la Policía Federal Argentina —decreto-ley 333/58<sup>236</sup>— y por el CPPN<sup>237</sup>.

La privación de la libertad, como regla general, debe ser dispuesta por una autoridad competente (arts. 14 y 33 de la CN)<sup>238</sup>. Así lo dispone

---

<sup>234</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 766; RUIZ GUTIÉRREZ, Adriana María, "Walter Benjamin: una crítica a la violencia del derecho", en *Estudios de Derecho*, volumen 69, n° 153, enero-junio, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2012, págs. 71-84.

<sup>235</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Las funciones de la policía y la libertad y seguridad de los ciudadanos", en *Nuevo Foro Penal*, Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, n° 32, enero-abril, Temis, Bogotá, 1986, págs. 176-177.

<sup>236</sup> Decreto-ley del Poder Ejecutivo Nacional n° 333, del 14 de enero de 1958.

<sup>237</sup> En tal sentido, debe remarcarse, con GUILLÉN LASIERRA, Francesc, *Modelos de policía. Hacia un modelo de seguridad plural*, Bosch, Barcelona, 2016, págs. 37 y 42-43, que "la policía no ha de ser más que la ejecutora de los mandatos legislativos, pasados por el tamiz de las órdenes del Ejecutivo, teóricamente sin poner ni quitar nada... el poder ejecutivo y, por tanto, la policía como un órgano dependiente del mismo, han de seguir y respetar aquello que ha establecido el poder legislativo que representa a la población... Si la policía se ciñe a las prescripciones legales, las restricciones de los derechos de los ciudadanos que son objeto de sus intervenciones se llevan a cabo bajo la total legitimidad del sistema".

<sup>238</sup> Véase VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. 2, 2° ed., Lerner, Buenos Aires, 1969, p. 484.

el art. 18 de la CN: "*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente*". Afirma BIDART CAMPOS que la expresión "*autoridad competente*" no se encuentra expresamente definida, "*limitándose (el art. 18 de la CN) a calificarla de "competente", parece que, como principio, debe serlo la autoridad judicial, y sólo por excepción la que no lo es*"<sup>239</sup>. Cabe, en consecuencia, dedicar unas líneas a delimitar a qué autoridad competente confiere la Constitución argentina la potestad de restringir el derecho fundamental a la libertad. Al respecto, EKMEKDJIÁN considera que, si bien la cláusula constitucional no especifica a qué autoridad se refiere, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que se trata del juez de la causa<sup>240</sup>.

Sin embargo, la tarea policial de oficio constituye también una excepción, aunque de segundo orden, a la prohibición de detener a cualquier persona, que debe observarse y analizarse de modo estricto, ya que, según el art. 2 del CPPN, toda disposición legal que limite la libertad personal o el ejercicio de un derecho debe ser interpretada restrictivamente. Los agentes cuentan con autorización para detener sin orden judicial en base a los compromisos que emergen del Preámbulo de la CN. Tal atribución puede apoyarse en la justificación por un estado de necesidad o por legítima defensa, propia o de terceros (art. 34 incs. 3º, 6º y 7º del CP), siempre en el marco del cumplimiento del deber<sup>241</sup>, con apego a los principios de legalidad y reserva de ley<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. 2, cit., págs. 325-326.

<sup>240</sup> EKMEKDJIÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 2, cit., p. 267.

<sup>241</sup> HERRERO HERRERO, César, *Estudios de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la

## **1.2. Detención a fin de averiguar la identidad**

### **1.2.1. La identificación como prevención en fase preparatoria**

La normativa aplicable a las detenciones policiales de carácter preventivo o predelictivo se desprende de lo prescrito por el art. 5 inc. 1º del citado decreto-ley 333/58, cuyo texto dispone que la Policía Federal, fuera de los casos previstos en el CPPN, no pueda detener sin orden del juez competente. Ahora bien, el precepto añade que *“si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiese, con noticia al juez con competencia en lo correccional en turno y demorada por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas”*<sup>243</sup>.

---

Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 238.

<sup>242</sup> Frente a la justificación por estado de necesidad se presentan posturas dogmáticas que consideran que la tarea policial en cumplimiento de un deber actúa como causa de atipicidad, no así en supuestos de legítima defensa, ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 496-498.

<sup>243</sup> El inc. 1º fue reformado por el art. 1º de la ley 23.950, sancionada el 29 de mayo de 1991, BO del 11 de septiembre de 1991. CAFFERATA NORES, José Ignacio - TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, t. 2, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 266 y ss. La ausencia de motivación importará la nulidad del procedimiento y la responsabilidad del funcionario actuante desde el mismo momento de la detención, véase CARBONELL, Miguel, “Proteger la libertad: una propuesta de reforma constitucional”, en *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba*

La policía, como es sabido, despliega su actividad en dos áreas: prevención e investigación (también llamada judicial o procesal). Desde la perspectiva de la prevención, la policía puede privar de la libertad solo para averiguar la identidad de una persona de la que se sospecha que va a cometer algún delito o contravención y conforme a las autorizaciones de las leyes orgánicas policiales<sup>244</sup>. En otras palabras, debe intervenir cuando aún no se ha constatado la comisión o el intento de comisión de un delito o contravención.

La redacción de la norma, cuando se refiere al delito o contravención “cometidos”, se superpone con las disposiciones que regulan la flagrancia y la urgencia, por lo que corresponde aplicar estas y no aquella, que debe reservarse para la labor de prevención o predelictiva<sup>245</sup>.

---

*Medrano. Estudios de derecho público y política*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2006, p. 37.

<sup>244</sup> MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, t. 2, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 409. Corresponde diferenciar la sospecha como presunción de los tipos penales de sospecha (basados en estereotipos), que, como apunta MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal”, en *Aequitas. Revista cuatrimestral del Poder Judicial del Estado de Sinaloa*, n° 1, año 1, septiembre-diciembre (tercera época), Culiacán Rosales, 2012, p. 17, resultan “incompatibles con un proceso penal construido sobre la base del reconocimiento de la presunción de inocencia como derecho fundamental”. Respecto de los antecedentes de la medida de identificación, véase ANITUA, Gabriel Ignacio, *Derechos, seguridad y policía*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, págs. 11-44; ARNAUS LOMAÑA, Pedro, *Policía Práctica. Breve estudio con datos y observaciones sobre la forma y manera que la gente maleante realiza los timos, robos, hurtos y estafas, especificación de nombres y procedimientos; dactiloscopia e identidad personal*, Imprenta Española, Madrid, 1911, con un capítulo dedicado al “Timo Argentino”, p. 119.

<sup>245</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. 1, 2° ed., Lerner, Buenos Aires, 1969, págs. 261-262.

En consecuencia, las "*circunstancias debidamente fundadas*" solo podrán ser aquellas conectadas con la presunción de que alguien se encuentra por (dispuesto a) cometer un delito o contravención. O sea, con un comportamiento predelictivo interrumpido en fase preparatoria del *iter criminis* y en labores de prevención policial<sup>246</sup>. El estadio preparatorio referido se encuentra específicamente receptado, por ejemplo, por el art. 10 bis de la Ley Orgánica de la Policía de la Provincia de Santa Fe, que habilita la identificación "*solo cuando hubiere sospecha o indicios ciertos respecto de personas que pudieran relacionarse con la preparación o comisión de un hecho ilícito podrán ser demorados en el lugar o en dependencia policial hasta tanto se constate su identidad*"<sup>247</sup>. De modo similar lo regula el art. 11 inc. 3º de la Ley Orgánica de la Policía de la Provincia de Mendoza que utiliza la expresión "*a punto*" de cometer un delito, que impone la exigencia de comprobar un comportamiento predelictivo para privar de la libertad en procura de una identificación y con el objetivo concomitante de interrumpir y disolver la continuidad del mismo en clave de coacción administrativa directa<sup>248</sup>.

---

<sup>246</sup> PICOTTI, Lorenzo, "La expansión de las formas preparatorias y de participación", traducción de José Luis de la Cuesta Arzamendi, en *Revue internationale de droit pénal*, volumen 78, n° 3/4, Éditions Érès, Toulouse, 2007, p. 458.

<sup>247</sup> Art. 10 bis de la ley 7.395, promulgada el 28 de mayo de 1975, modificada por ley 11.516, del 14 de septiembre de 1997. Corresponde señalar que en Argentina la Policía Federal cuenta con atribuciones respecto de los delitos de tal índole cometidos en cualquier parte del territorio nacional y que las provincias, según el art. 121 de la CN, se han reservado el poder de regular sus propias instituciones policiales.

<sup>248</sup> Art. 11 de la ley 6.722, BO del 15 de noviembre de 1999, texto según ley 8.848, BO del 20 de abril de 2016. Véase BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad, y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Servicio de



### **1.2.2. La identificación y su relación con la privación de la libertad**

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con fecha 23 de diciembre de 2015, sostuvo que una breve interrupción de la circulación por el tiempo estrictamente necesario para solicitar la exhibición de documentación personal no configura una privación de la libertad en los términos del art. 18 de la CN<sup>249</sup>. También el TS ha entendido en distintas ocasiones que la diligencia de identificación y cacheo no puede equipararse a la privación de la libertad de la CE —en tanto tal derecho no se ve afectado por aquella— ni a las hipótesis de detención de la LECrim —pues su efecto es cuantitativamente reducido—<sup>250</sup>. Por el contrario, por lo que respecta al cacheo propiamente dicho, en la STS 156/2013, del 7 de marzo de 2013, afirmó que el cacheo constituye la primera y más frecuente medida policial que afecta tanto la libertad (art. 17 CE) como la libre

---

Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1995, págs. 312-315; MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., p. 511.

<sup>249</sup> TSJCABA, autos “Ministerio Público s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Vera, Lucas Abel s/ infracción art. 85 CC” (expediente 11835/15).

<sup>250</sup> Sentencias 879/1993, del 15 de abril de 1993; 3997/1995 (recurso 3054/1994), del 7 de julio de 1995; 74/1996, del 2 de febrero de 1996; y 352/2006, del 15 de marzo de 2006, así lo consideró también el TC en los recursos de amparo 2252/1990, 2260/1991 y 2262/1991; véase URIARTE VALIENTE, Luis M. – FARTO PIAY, Tomás, *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, Manuales Profesionales, La Ley, Madrid, 2007, págs. 124-125, 201 y 203. En similar sentido se expiden RIFÁ SOLER, José María – RICHARD GONZÁLEZ, Manuel – RIAÑO BRUN, Iñaki, *Derecho Procesal Penal*, Colección “Pro Libertate”, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2006, p. 294.

circulación (art. 19 CE), ya que, como la identificación misma, importa inevitablemente la inmovilización de la persona durante el tiempo imprescindible para su práctica.

Comparto esta última posición y entiendo que toda interceptación o interrupción de la circulación para identificar constituye una privación de la libertad<sup>251</sup>. Así lo considera también FERNÁNDEZ ENTRALGO al afirmar que *"no parece tan irrazonable considerar que las retenciones para identificación o registro personal constituyen auténticas detenciones, privaciones de la libertad de movimientos, que sus autores deben poder justificar con razones objetivas, asumidas como tales por la ley (tópicamente, la represión o sanción de un hecho colectivo) y conforme a un pronóstico anterior a su práctica, y no apelando a meras intuiciones personales. Cuando faltan esas razones, el acto policial puede ser descalificado como vulnerador de derechos fundamentales (a la libertad, a la intimidad), y por ello, aun cuando haya revelado la perpetración de un delito, el material resultante no podría ser utilizado procesalmente como prueba de cargo"*<sup>252</sup>. En igual sentido, señala PORTILLA CONTRERAS: *"estaremos en presencia de una detención en el instante en que no sea*

---

<sup>251</sup> MAGARIÑOS, Héctor Mario, "La detención de personas sin orden escrita de autoridad competente y la Constitución Nacional", en *La Ley*, 1999-D-661; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "La lógica del sospechoso como nuevo modelo procesal-policial instaurado en el Proyecto de Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana", en *Jueces para la Democracia*, nº 12, Madrid, 1991, p. 10. El TC español en el Pleno nº 341/1993, del 18 de noviembre de 1993, BOE nº 295, del 10/12/1993, págs. 96-134, en el que se analizó la medida de identificación de la llamada "Ley Corcuera" (LO 1/1992, del 21 de febrero, BOE nº 46, del 22/2/1992), entendió, por mayoría, que la misma constituía una privación de la libertad ambulatoria y rechazó la declaración de su inconstitucionalidad.

<sup>252</sup> FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, "Las entendederas del ministerio fiscal (El sospechoso oficio de paseante)", en *Jueces para la democracia*, nº 11, Madrid, 1990, p. 58. En términos similares, HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 421.

posible la elección de la situación en el espacio físico debido a una actuación policial, siendo indiferente, a efectos de calificación, la duración de aquella”<sup>253</sup>. También coincido con el autor citado, en tanto descarta toda zona intermedia (entre la libertad y la detención) desprotegida por la Constitución<sup>254</sup>.

Ese desamparo se agrava cuando algunas detenciones se basan, como en Argentina, en actuaciones arbitrarias y discriminatorias sobre estereotipos y en prácticas asentadas en causas inventadas, como se aprecia en distintos supuestos de hecho analizados por la jurisprudencia<sup>255</sup>.

La condición de detenida de toda persona sometida a identificación y cacheo se adquiere desde que aquella, a partir de la intervención policial, ya no podrá decidir voluntariamente la continuidad de su deambular<sup>256</sup>. Tal condición no varía pese a la brevedad del

---

<sup>253</sup> PORTILLA CONTRERAS, “La lógica del sospechoso como nuevo modelo procesal-policial instaurado en el Proyecto de Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana”, cit., p. 10.

<sup>254</sup> PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros “entretenimientos” de la libertad. Una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en materia de libertad y seguridad personal”, en *Jueces para la democracia*, n° 26, Madrid, 1996, p. 20.

<sup>255</sup> CIDH, casos “Acosta Martínez y otros vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n° 410; “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, sentencia del 1° de septiembre de 2020, Fondo y Reparaciones, Serie C, n° 411; “Bulacio vs. Argentina”, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n° 100, párr. 56. Véase RAFECAS, Daniel Eduardo, “Procedimientos policiales fraguados. Una seria disfunción en el sistema penal argentino”, en *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, t. 2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, págs. 735-744.

<sup>256</sup> Lo que no debe confundirse con una posible aceptación voluntaria de la medida, ya que, como lo sostuvo el TEDH en el caso “Wilde, Ooms y Versyp v. Bélgica”, con fecha 18 de junio de 1971 (Sentencia 2832/66), “La detención podría infringir el art. 5 [Convención Europea de Derechos Humanos: “Derecho a la libertad y a la seguridad”] incluso si el individuo de que se tratase la

procedimiento<sup>257</sup>. En otras palabras, una decisión legítima de actuar para identificar, motivada en indicios objetivos de una conducta potencialmente ilícita y de ejecución exigua en el tiempo, no neutraliza ni diluye el carácter de privación física y material de la libertad<sup>258</sup>, aun si se la minimizara mediante expresiones suavizadas como “mera restricción”, “simple demora”, “retención”, “sometimiento legítimo”, “efímera interrupción de la libertad” o “acompañamiento”<sup>259</sup>. Así como recuerda LALINDE ORDÓÑEZ respecto de la solicitud por la policía de documentos de identidad: *“Si bien la simple aproximación de un agente de policía no parecería impactar en el derecho a la intimidad, esto no es del todo cierto, toda vez que esta medida... inhibe su disposición de*

---

*hubiese aceptado”*, véase European Court of Human Rights, versión en español disponible en <https://bit.ly/3iXqWwX>.

<sup>257</sup> El art. 5 inc. 1º del decreto-ley 333/58 establece que la detención del sospechoso lo sea *“por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas”*.

<sup>258</sup> TORIJA ZANE, Francisco, *Ontología y Derecho positivo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 63.

<sup>259</sup> Tal y como se prevé, por ejemplo, en España por el art. 16 inc. 2º de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana 4/2015, del 30 de marzo de 2015, publicada en el BOE N° 77, del 31 de marzo de 2015, referencia: BOE-A-2015-3442, págs. 27216-27243: *“Cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas”*; véase PORTILLA CONTRERAS, “La lógica del sospechoso como nuevo modelo procesal-policial instaurado en el Proyecto de Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana”, cit., p. 10, refiere (aludiendo a la legislación italiana) que la “dulzura” del término acompañamiento a una oficina policial pretende eludir la materialidad de un verdadero arresto ilegal, basado en la mera sospecha y en la discrecionalidad policial.

*escoger, constriñe su espontaneidad y, en últimas, quebranta su intimidad*<sup>260</sup>.

En consonancia con lo señalado, el TC entendió en su día que *"la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal (no de otro modo cabe entender la expresión legal "para impedir la comisión de un delito o falta") o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una "infracción" administrativa, estableciendo así la Ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad"*<sup>261</sup>.

En definitiva, a los efectos que aquí interesan, la *"disposición actual de cometer un ilícito penal"* configura, según lo expuesto, un acto preparatorio no punible susceptible de las diligencias de identificación y cacheo.

### **1.3. Detenciones procesales**

En fase de investigación, la policía cuenta con la atribución de detener en casos de arresto, fuga, urgencia o flagrancia por delito o

---

<sup>260</sup> LALINDE ORDÓÑEZ, Sebastián, *Requisas ¿a discreción? Una tensión entre seguridad e intimidad*, Documentos n° 21, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), Bogotá, 2015, págs. 63-65.

<sup>261</sup> Pleno del TC 341/1993, del 18 de noviembre de 1993, BOE n° 295, del 10/12/1993. Véase MARTÍN RÍOS, Pilar, "El derecho a la libertad personal frente a la "retención" policial con fines de identificación", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 38, n° 112, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, págs. 87-113.

contravención<sup>262</sup>. En el ámbito procesal las detenciones policiales se justifican en la premura de las investigaciones y en el aseguramiento tanto de las eventuales pruebas como de la persona sospechosa y proceden cuando se ha cometido presuntamente un delito o una contravención. Se trata de actos policiales de investigación que la policía lleva a cabo como auxiliar de la justicia y que vienen regulados en los códigos procesales (arts. 184 y 186 del CPPN)<sup>263</sup>.

Tales privaciones de la libertad deben respetar las siguientes condiciones: comprobación del hecho delictivo<sup>264</sup>; de la participación del detenido<sup>265</sup>; acreditación del "*peligro de oscurecimiento de la*

---

<sup>262</sup> El art. 184 inc. 8° del CPPN autoriza a la policía a detener a los presuntos culpables en los casos y formas que el mismo código autoriza. El primer párrafo del art. 281 del CPPN regula las medidas de prohibición de alejamiento y arresto. Por su parte, el art. 284 del mismo texto legal establece las hipótesis de detención en supuestos de flagrancia y urgencia, MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., p. 183, lo categoriza como "derecho penal provincial", en tanto poder de policía que se han reservado las provincias para disciplinar las contravenciones o faltas. EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 2, cit., p. 268, considera "*inconstitucional el arresto dispuesto por funcionarios administrativos, ya sean policiales o municipales, en carácter de sanción por la comisión de contravenciones*".

<sup>263</sup> Véase CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. 2, cit., págs. 360-361; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. 2, cit., p. 475; SOZZO, Máximo, "Estrategias de prevención del delito y reforma policial en la Argentina", en *Inseguridad, prevención y policía*, FLACSO, Colección "Ciudadanía y violencias", volumen 4, Quito, 2008, págs. 187-189; MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, t. 2, cit., págs. 408-409.

<sup>264</sup> PALACIO, *La prueba en el proceso penal*, cit., págs. 14-15; CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, cit., págs. 9-12. Para ELLERO, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*, traducción de Adolfo Posada, El Foro, Buenos Aires, 1994, p. 51, "*un caso es probable en cuanto el ánimo propende más a tenerle como cierto que a desconocerle tal carácter*".

<sup>265</sup> Este segundo requisito suele legislarse bajo el equívoco término "culpabilidad", aunque no se refiere a la categoría del delito, sino al carácter de presunta culpable de la persona detenida (art. 284 inc. 3° del CPPN).

*prueba*<sup>266</sup>; y justificación de la imposibilidad de requerir la orden judicial en tiempo y forma, esto es, de la urgencia para proceder a la detención<sup>267</sup>.

Como destaca LANGER, los términos flagrancia y urgencia no se superponen<sup>268</sup>. A diferencia de la flagrancia, la detención policial por urgencia procede solo cuando preexiste una información suficientemente formalizada, esto es, una investigación en trámite que permita afirmar, en grado de probabilidad, tanto la comisión de un hecho delictivo como la participación del presunto autor y el peligro de oscurecimiento de la prueba. En esas situaciones, a juicio de MAIER, la actuación policial de oficio se torna impostergable<sup>269</sup>.

Dadas las referencias expuestas en cuanto a las facultades policiales para privar de la libertad, entiendo posible vincular las mismas

---

<sup>266</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, "Medidas limitadoras de derechos fundamentales en el proceso penal", en *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, Universidade da Coruña, 2012, p. 76; MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., p. 524.

<sup>267</sup> "Sólo sospecha objetiva y vehemente, más urgencia, permiten excepcionar la orden judicial", BIDART CAMPOS, Germán, "Lo nulo y lo válido en una causa por drogas", en *El Derecho*, t. 161, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 325.

<sup>268</sup> LANGER, Máximo, "La requisita personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal", en *Nueva Doctrina Penal 1996/A*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 244. VARELA CASTEJÓN, Xerman – RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, "Doce tesis en materia de detención policial preprocesal", en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº 22, Institut de Seguretat Pública de Catalunya, Barcelona, 2010, págs. 207-230, señalan: "Si la actuación policial es... "a prevención" de la autoridad judicial, la detención, amparada en este supuesto, solo puede entenderse justificada cuando la urgencia de la situación impida que la policía pueda poner los hechos en conocimiento del juez, de manera que este esté en disposición de ordenar directamente e inmediatamente la detención...".

<sup>269</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, cit., p. 198.

con algunas de las injerencias sobre el cuerpo del imputado, principalmente aquellas de carácter urgente y sin orden judicial, cuya validez se encontrará conectada con la legitimidad de la detención precedente (art. 172 del CPPN).

#### **1.4. El vacío legislativo en materia de cacheos**

El cacheo en los contextos de prevención policial o de investigación judicial no cuenta con regulación legal en Argentina<sup>270</sup>. Tampoco ha merecido espacios de discusión en la literatura o en la jurisprudencia local. Únicamente, aisladas reglamentaciones administrativas, y como tales inestables y cambiantes, aluden al cacheo. Así, por ejemplo, la Resolución 1149-E/2017 del Ministerio de Seguridad de la Nación<sup>271</sup>, del 24 de octubre de 2017, define el cacheo como: *"palpado sobre todo el cuerpo en busca de elementos peligrosos, armas o elementos que puedan utilizarse como tales, utilizado como medida preventiva"*<sup>272</sup>. El Anexo III de dicha resolución se refiere al cacheo como *"inspección superficial de ropas exteriores"*<sup>273</sup>.

---

<sup>270</sup> La normativa internacional también ofrece lagunas en cuanto al uso de la coacción *"en el período inicial de la privación de la libertad"*, *Custodia policial. Guía práctica de monitoreo*, Asociación para la Prevención de la Tortura, Centre Jean-Jacques Gautier, traducción de Manuel Urgel, María José Urgel e Isabelle Heyer, Ginebra, 2013, p. 128.

<sup>271</sup> Disponible en <https://bit.ly/2V5yqEu>.

<sup>272</sup> Art. 2.c.1) del Anexo I de la Resolución n° 1149-E/2017, "Protocolo General de Actuación de Registros Personales y Detención para Personas Pertenecientes al Colectivo Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgénero".

<sup>273</sup> "Pautas mínimas de actuación para registros personales y detención en la vía pública de personas pertenecientes al colectivo LGBT".



Por su parte, la Resolución 742/2011 del Ministerio de Seguridad de la Nación<sup>274</sup>, del 17 de agosto de 2011, incluye el cacheo como una medida asociada a la planificación del procedimiento, al referirse a la "*búsqueda anticipada de testigos para suscribir actas y presenciar todos los eventos derivados del procedimiento, como secuestros, cacheos, detenciones, levantamiento de pruebas, huellas y rastros, etc.*". Desde otra perspectiva, los protocolos vinculados a los espectáculos futbolísticos comprenden asimismo el cacheo, aunque como diligencia preventiva en espacios con acceso restringido<sup>275</sup>. También los reglamentos carcelarios lo prevén como medida de seguridad que debe regirse por los principios de necesidad y proporcionalidad<sup>276</sup>.

Pese al silencio normativo en el ámbito procesal, es posible brindar un esquema ajustado a parámetros constitucionales que colaboren a limitar la intromisión estatal en torno a la libertad ambulatoria, la dignidad y la intimidad a partir de la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la CIDH, en el caso "Fernández Prieto y Tumbeiro" (2020)<sup>277</sup>, remarcó, que el uso de los poderes coercitivos conferidos por la legislación argentina

---

<sup>274</sup> "Protocolo de actuación de las Fuerzas Federales para el rescate de víctimas de trata de personas", art. 6 inc. "e"; disponible en <https://bit.ly/36dGlpH>.

<sup>275</sup> Resolución n° 1202/2012 del Ministerio de Seguridad de la Nación, sobre "Régimen de seguridad en el fútbol", del 10 de octubre de 2012, disponible en <https://bit.ly/2JhqCxc>.

<sup>276</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis – BLANCO CORDERO, Isidoro, "El sistema prisional en España", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° 12, San Sebastián, 1998, p. 257. La Procuración Penitenciaria de la Nación toma como estándar en la materia el art. 54.1 de las "Reglas Penitenciarias Europeas", plasmadas en la Recomendación n° 2006-2, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa del 11 de enero de 2006, véase *Procedimientos de registros personal y requisa en cárceles federales*, Cuadernos de la Procuración Penitenciaria de la Nación n° 11, PPN, Buenos Aires, 2017, págs. 33 y 129.

<sup>277</sup> Caso "Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina", sentencia del 1° de septiembre de 2020, Fondo y Reparaciones, Serie C, n° 411.

para exigir a una persona que se someta a un registro detallado, tanto de su cuerpo como de su ropa y objetos, equivale a una clara injerencia en el derecho al respeto de la vida privada del art. 8 de la CEDH<sup>278</sup>, y su ejecución en un espacio público puede, en ciertas hipótesis, potenciar la gravedad de la lesión, debido a los factores de humillación y vergüenza<sup>279</sup>.

### **1.5. Fundamento del cacheo**

Toda privación de la libertad, por tratarse de un acto de fuerza, cuenta con potencial para generar una acción de resistencia. Además, debe garantizarse la seguridad ante riesgos inminentes que pudieran afectar al propio detenido, a los funcionarios, a terceros o a bienes ajenos. Una respuesta no improbable del sujeto pasivo de una detención podría incluir el uso de elementos para agredir o dañar. Ante tal eventualidad se justifica el uso necesario y proporcional de la fuerza como mal menor o en defensa propia o de terceros a partir de la diligencia de cacheo, cuya finalidad se orienta a la protección de las

---

<sup>278</sup> Con cita del caso "Guillan y Quinton vs. Reino Unido" (nº 4158/05), sentencia del 28 de junio de 2010, del TEDH.

<sup>279</sup> Según PETRINO, Romina, "Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad", en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Enrique Alonso Regueira director, La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, págs. 208-209, la revisión de partes íntimas de una mujer por empleados penitenciarios masculinos en un establecimiento carcelario o el cacheo de un ciudadano tirado en el piso durante un tiempo prolongado a la vista de todos en una plaza pública constituyen tratos deshonrosos.

personas y de los bienes cercanos ante una agresión o daño inminentes y de mayor gravedad<sup>280</sup>.

Así, el fundamento del cacheo radica en la provocación de un mal para evitar otro mayor, en base a un estado de necesidad justificante y, concomitantemente, a una legítima defensa propia o de terceros en función de una eventual agresión ilegítima (art. 34 inc. 4º del CP)<sup>281</sup>. El mal mayor que pretende evitarse con el cacheo deberá ser inminente (no futuro), debe revestir una eventual agresión ilegítima —en cuyo caso se apelará a la legítima defensa— o un posible daño a bienes materiales —y en este caso se invocará el estado de necesidad—. El fundamento aquí propuesto es considerado también por HERRERO HERRERO, quien entiende que el accionar policial en el supuesto de la diligencia de cacheo se encuentra legitimado por las eximentes de estado de necesidad y cumplimiento de un deber<sup>282</sup>.

## **1.6. Los motivos de sospecha para el cacheo**

---

<sup>280</sup> La coerción policial no debe ser degradante ni causar dolor, pues colisionaría con la prohibición de torturas y malos tratos, VAN BOVEN, Theo, "Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención", en *Informe del Relator Especial del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas*, Comisión de Derechos Humanos, E/CN, 4/2004/56, del 23 de diciembre de 2003, párr. 45, disponible en <https://bit.ly/2JApMXj>.

<sup>281</sup> El art. 3 del decreto-ley nº 333, del 14 de enero de 1958, Ley Orgánica para la Policía Federal, dispone que tenga como funciones, entre otras, las de "prevenir delitos" (inc. 1º) y "proveer a la seguridad de las personas o cosas de la Nación" (inc. 3º).

<sup>282</sup> ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 496-498; HERRERO HERRERO, *Estudios de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, cit., p. 238.

Los casos problemáticos se verifican en los procedimientos de detención para identificar a una determinada persona cuando del cacheo surgen elementos incriminatorios de un delito. La sospecha opera para proceder a la identificación de la persona que muestra comportamientos compatibles con la inmediata comisión de un delito<sup>283</sup>. Ahora bien, en muchos casos en la práctica nos encontramos con detenciones arbitrarias que se justifican con posterioridad a partir de argumentaciones estandarizadas, tales como el nerviosismo, el cambio de dirección ante la presencia policial o una actitud evasiva, por citar algunas<sup>284</sup>. De allí las críticas y cuestionamientos que han merecido tales detenciones en Argentina<sup>285</sup>.

Para proceder al cacheo debe comprobarse una sospecha relacionada con comportamientos que habiliten privaciones de la libertad para identificar en el espacio previo al intento de presunta comisión de

---

<sup>283</sup> CIDH, casos "Acosta Martínez y otros vs. Argentina", sentencia del 31 de agosto de 2020, y "Fernández Prieto y Tumbreiro vs. Argentina", sentencia del 1º de septiembre de 2020; MARTÍNEZ, Josefina – PALMIERI, Gustavo – PITA, María Victoria, "Detenciones por averiguación de identidad: policía y prácticas rutinizadas", en *Violencia Social y Derechos Humanos*, Inés Izaguirre editora, Eudeba, Buenos Aires, 1998, págs. 147-163; TISCORNIA, Sofía – EILBAUM, Lucía – LEKERMAN, Vanina, "Detenciones por averiguación de identidad. Argumentos para la discusión sobre sus usos y abusos", en *Detenciones, facultades y prácticas policiales en la ciudad de Buenos Aires*, Hugo Frühling coordinador, CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), Buenos Aires, 2000, págs. 42-63.

<sup>284</sup> EILBAUM, Lucía, "La sospecha como fundamento de los procedimientos policiales", en *Cuadernos de Antropología Social*, n° 20, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 2004, págs. 79-91.

<sup>285</sup> GINGOLD, Laura, "Feos, sucios y malos. El poder de sentencia de las etiquetas sociales", en *Nueva Sociedad*, n° 117 ("Juventud, hábitos y fluctuaciones"), enero-febrero, Caracas, 1992, p. 104 y ss. MARTÍNEZ, Josefina, "Prácticas violentas y configuración de verdades en el sistema penal de Argentina", en *Revista de Sociología e Política*, n° 13, noviembre, Curitiba, 1999, págs. 105-113, quien describe con precisión el caso de "JL".

un delito, entre los que podríamos citar, por ejemplo, la de quien camina por la vereda mirando hacia el interior de los vehículos estacionados y tantea sus manijas para abrirlos; o la de aquel que se encuentra en el interior de un automóvil a la salida de un colegio o de un local de ocio y convoca a los adolescentes y jóvenes para que se acerquen, en presunta posición de ofrecerles o venderles drogas<sup>286</sup>.

En definitiva, por lo que respecta al cacheo, considero que será legítimo siempre que lo sea la detención inicial que hizo posible el mismo<sup>287</sup>.

### **1.7. Autoridad competente y sujeto pasivo en el cacheo**

El cacheo propiamente dicho, aun reconociendo la carencia de regulación legal, debe ser realizado por fuerzas policiales o de seguridad estatales. Por esta razón, cuando se trate de una aprehensión por un particular, este podrá proceder a la práctica de una requisa y no de un cacheo respecto de la persona sospechosa a fin de diluir cualquier

---

<sup>286</sup> El art. 5 inc. 1º del decreto-ley 333/58 prescribe: "*si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien... pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional*".

<sup>287</sup> Lo contrario se observa en la referencia de FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, "Sólo se llamaba Trinidad", en *Jueces para la democracia*, nº 16-17, Madrid, 1992, págs. 13-14, quien señala que resulta muy significativa la insistencia policial en configurar los actos de identificación y registro personal como poderes implícitos, ajenos a la legitimidad que importan los principios de necesidad, proporcionalidad y proscripción de prácticas abusivas o discriminatorias.

peligro, despojándolo de armas o de elementos con los que pudiera agredir o dañar (arts. 287 del CPPN y 240 del CP)<sup>288</sup>.

En supuestos de control de espacios con acceso restringido, la realización del cacheo dependerá del ámbito respectivo. Así, en aeropuertos o cárceles será ejecutado por fuerzas estatales y en espectáculos de asistencia masiva (deportivos, musicales, etc.) o en locales de ocio —en principio— por particulares pertenecientes a la seguridad privada.

Para el funcionario policial su intervención implicará el cumplimiento de un deber (arts. 248 y 274 del CP). Para el particular —al que queda equiparado el agente de seguridad privada— se tratará siempre de un derecho, de una facultad que puede o no ejercer en torno a un estado de necesidad justificante o a una legítima defensa. Si un particular detiene a una persona, actuará justificadamente si la revisa para despojarla de las armas o elementos con los que pudiera agredir o dañar y para recuperar lo que esta le robó o lo que le robó a un tercero (mal menor que tiende a evitar el mal mayor de pérdida de evidencias para el proceso y de los bienes para su titular). Lo primero constituirá un cacheo, lo segundo una requisa, aunque sin encontrarse

---

<sup>288</sup> Los empleados de seguridad privada se encuentran equiparados a los particulares. En ciertas circunstancias, como en los supermercados o grandes comercios, actúan a partir de una sospecha de delito y proceden a la revisión de las personas o de sus pertenencias, pero esta medida es compatible con una requisa y no con un cacheo, pues no atiende a cuestiones de seguridad, sino de recuperación de bienes desapoderados (ulteriormente útiles en clave probatoria).

condicionada por las reglas formales que la regulan, pues estas se encuentran dirigidas a los funcionarios públicos<sup>289</sup>.

En cuanto al sujeto pasivo, este podrá ser tanto una persona legítimamente detenida por funcionarios policiales, en cualquiera de las situaciones previstas por la ley (identificación, arresto, flagrancia, fuga, urgencia, orden judicial)<sup>290</sup>, o por un particular en casos de flagrancia o fuga (art. 287 del CPPN), como así también quien pretenda ingresar a espacios con acceso restringido.

### **1.8. Tipos de injerencias corporales y características del cacheo**

Inicialmente pueden distinguirse dos grupos de casos respecto del imputado y su cuerpo<sup>291</sup>. Por un lado, las injerencias que proceden abordándolo, independientemente de su voluntad y del requerimiento de un comportamiento activo, con límite en la dignidad<sup>292</sup>. Por el otro, aquellos supuestos en los que voluntariamente decide intervenir, con límite en la prohibición de autoincriminación, tratándose de actos de

---

<sup>289</sup> La requisita corporal, como se ha indicado, constituye una medida de prueba tendiente al hallazgo de evidencias relacionadas con el delito, aspecto que la diferencia de la diligencia de cacheo.

<sup>290</sup> Tales hipótesis resultan aplicables tanto para delitos como para contravenciones, siempre que la legislación respectiva lo autorizare.

<sup>291</sup> CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 72; VAN DYKE, Vernon, *Ciencia Política: un análisis filosófico*, traducción de Fernando Morán, Tecnos, Madrid, 1962, p. 77.

<sup>292</sup> BERTOLINO, Pedro J., "El modo de ejecutar las medidas de coerción personal como una hipótesis de injerencia en los derechos del imputado", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, págs. 29 y 39.

defensa material refractarios a toda coerción, por lo que se descarta toda intromisión legítima.

En cualquier caso, la regla respecto de los derechos fundamentales radica en su libre disfrute, aunque sometido a reglamentación<sup>293</sup>. La prioridad se enfoca en asegurar el respeto por las libertades individuales y no en cómo restringirlas legítimamente en busca de efectividad o en cómo dar pretendidas soluciones simbólicas en la lucha contra el crimen<sup>294</sup>.

Conforme surge de la legislación vigente y de la práctica, cuatro son las diligencias que habilitan injerencias en el cuerpo de una persona<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> CANDIA FALCÓN, Gonzalo, "El estado de derecho: ¿al servicio de los derechos fundamentales?", en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, volumen 30, n° 2 (diciembre), Valdivia, 2017, págs. 181-201.

<sup>294</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, págs. 17-20; FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., págs. 385, 415-418 y 561-562; CARRASCO JIMÉNEZ, Edison, "El concepto de "expansión" del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de "inflación" penal", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad Santiago de Compostela, volumen 37, Santiago de Compostela, 2017, págs. 39-86; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Luis Arroyo Zapatero – Ulfrid Neumann – Adán Nieto Martín coordinadores, Colección "Estudios", n° 91, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, págs. 147-172.

<sup>295</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "¿Qué es ser "persona" para el derecho?", en *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, n° 54, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, p. 333. DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 35; PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 18.



El cacheo constituye una medida de seguridad precautoria, de carácter coactivo, lo que implica el uso potencial de la fuerza estatal para su concreción, consistente en la palpación externa del cuerpo de una persona detenida, mediante deslizamiento sobre sus prendas, con el fin de localizar objetos o elementos que pudiera utilizar para lesionar o dañar<sup>296</sup>. A diferencia de las demás injerencias, el cacheo no tiene como objetivo el descubrimiento de evidencias que pudieran servir a la investigación, sino solo asegurar el procedimiento de privación de la libertad a fin de evitar riesgos para el propio sospechoso, para la persona que practica la detención y para terceros<sup>297</sup>. Como se explicó, no cuenta con regulación legal en la Argentina y puede proceder de modo autónomo (antes de una identificación, con carácter predelictivo<sup>298</sup>) o como paso previo a una intromisión ulterior (requisa, inspección o intervención).

---

<sup>296</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, José *et al.*, *Manual del policía*, Francisco Alonso Pérez coordinador, 4º ed., La Ley, Madrid, 2004, p. 493. En el mismo sentido, PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 292.

<sup>297</sup> Similar definición se encuentra en el ámbito español, aunque con finalidad de recolección de evidencias, así lo proponen RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia – IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, Fernando Luis, “La prueba en el proceso penal”, en *La investigación policial y sus consecuencias jurídicas*, Alicia Rodríguez Núñez coordinadora, Dykinson, Madrid, 2013, p. 157: “[e]l cacheo consiste en el registro superficial del perímetro corporal de una persona, de sus ropas, efectos y enseres personales que lleve en su poder o tenga a su inmediata disposición para saber si oculta elementos, sustancias u objetos que puedan servir como prueba de un delito”.

<sup>298</sup> En España, según apunta DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 55, el cacheo tiene carácter “postdelictual”, ya que “los procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones corporales concebidas como diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios”. Aunque luego aclara que tales medidas precautorias “[s]e practican conforme a normas de policía y con distinta finalidad, sin perjuicio de que en su ejecución puedan hallarse materiales que justifiquen el inicio de una investigación penal”.

La requisita corporal se encuentra prevista en los arts. 230 y 230 bis del CPPN y 137 y 138 del CPPF y constituye una diligencia de investigación consistente en la revisión exploratoria del cuerpo y prendas del imputado o de un tercero, con el fin de hallar y secuestrar evidencias delictivas allí ocultas y de interés para la pesquisa (droga, armas, bienes desapoderados, etc.)<sup>299</sup>. La requisita se extiende a todo elemento contenedor que el sujeto pasivo pudiera llevar consigo (bolsos, valijas, mochilas) y a los ámbitos personales que no constituyan domicilio (vehículos, armarios, cajas de seguridad). Con carácter general, debe ser ordenada por una autoridad competente, es decir, judicial (arts. 18 de la CN y 230 del CPPN)<sup>300</sup>. Excepcionalmente, en casos de urgencia, puede ser ejecutada de oficio por funcionarios policiales (art. 184 inc. 5° del CPPN).

La inspección corporal también constituye un acto de investigación consistente en la observación y reconocimiento por percepción mediante los sentidos de toda característica, rastro o señal que pudiera hallarse en la superficie del cuerpo, total o parcialmente desnudo, del imputado o de un tercero<sup>301</sup>. También, con carácter general, debe ser dispuesta

---

El autor citado, en p. 93, indica que *"los cacheos... no solo se realizan con posterioridad a la comisión del delito, sino que también pueden practicarse con carácter preventivo"*.

<sup>299</sup> La vinculación del tercero podría darse a través de alguna modalidad del tipo de encubrimiento, por lo que se tratará de un hecho independiente, o también si el objeto buscado se encontrara en poder de un tercero que desconociera tal posesión (fue dejado por el imputado en un bolso, valija o bolsillo sin que aquel lo supiera), quien se conectaría al proceso a partir de su deber de declarar como testigo.

<sup>300</sup> Véase BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. 2, cit., p. 267.

<sup>301</sup> Debe distinguirse el acto de inspección, a partir de la percepción sensorial, de su registro por cualquier medio (acta escrita, filmación, fotografía, etc.). Esto último no es más que una forma de documentación, innecesaria en el

por autoridad competente, aunque excepcionalmente puede ser realizada por la policía sin orden judicial (arts. 184 inc. 4º, 216 y 218 del CPPN)<sup>302</sup>.

La requisita concluye con el secuestro de evidencias que no forman parte del cuerpo intervenido, sino que se encuentran ocultas en él. La inspección termina con el registro documentado de lo que se percibe, pero sin incautación, pues se trata de características o propiedades no susceptibles de extracción (tatuajes, cicatrices, moretones, mutilaciones, lesiones cerebrales o internas detectables por mapeos, tomografías o radiografías, etc.). Generalmente se darán a través de un examen médico, aunque no es condición necesaria (art. 218 del CPPN).

Por último, la intervención corporal constituye un acto de investigación consistente en la obtención de material constitutivo del cuerpo humano (sangre, cabello, etc.) o alojado en su interior (proyectil de arma de fuego, esquirlas, vidrios incrustados, etc.), sea del cuerpo del imputado o de un tercero<sup>303</sup>. Su realización comporta, en principio y

---

debate oral y público, regido por la intermediación (el imputado o la víctima podrían, por ejemplo, mostrar a los jueces una cicatriz o herida en el marco de la audiencia). Aunque los casos pudieran resultar excepcionales, la inspección también podría llevarse a cabo por un particular en el marco de un estado de necesidad justificante. Por ejemplo, si el imputado aprehendido tuviera alguna marca en el cuerpo (pintura por un roce o maquillaje luego de un abuso sexual) que pudiera desaparecer o disolverse antes del arribo de la policía. En las inspecciones corporales, la vinculación del tercero al proceso podría darse como víctima (lesiones, abusos, etc.) o como testigo (un tercero auxilia a la víctima que le impregna por transferencia pintura, sangre, etc., o un tercero es rozado por el imputado que huye perseguido por la policía y le impregna por transferencia alguna sustancia o le deja alguna marca por forcejear con este en el camino).

<sup>302</sup> El carácter externo de la inspección, sin invasión corporal, surge de lo normado por el art. 264 del CPPN.

<sup>303</sup> La vinculación del tercero, como en el caso de las inspecciones, podrá darse como víctima (droga en sangre suministrada por el imputado para adormecerla

en distintos grados, la mutación de la configuración corporal de la persona intervenida.

Dentro del espectro de las injerencias corporales, es posible aún diferenciar entre registros precautorios y registros procesales. Los primeros no tienen como finalidad el descubrimiento de evidencias, sino la seguridad operativa del procedimiento, como sucede con el cacheo<sup>304</sup>. Los segundos sí tienen como objetivo el hallazgo de elementos probatorios, se ejecutan en base a las formas previstas en los códigos procesales y en el marco de una investigación judicial por la comisión de un delito.

Como señalan CABANILLAS SÁNCHEZ *et al.*, en España el cacheo cumple ambos fines, de aseguramiento para despojar de armas al sospechoso, pero también para buscar otros objetos que pudieran tener relación con un hecho presuntamente delictivo, con cita de la STS del 7 de julio de 1995<sup>305</sup>. También GIL HERNÁNDEZ indica que que el cacheo *"lleva consigo el acto de palpar superficialmente, al tacto manual, el perfil corporal del sospechoso de haber cometido un delito, con la finalidad de detectar armas u otros instrumentos peligrosos para la vida o la integridad física de los funcionarios intervinientes o de terceros, de*

---

y abusar de ella, ADN o un proyectil alojado en el cuerpo) o como testigo (el imputado disimula droga en la entrega de un alimento). Según GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 58, "[p]ueden ser sujetos pasivos de las medidas de intervención corporal tanto el imputado o sospechoso, como un tercero".

<sup>304</sup> BANACLOCHE PALAO, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el derecho español*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1996, p. 263.

<sup>305</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ *et al.*, *Manual del policía*, cit., págs. 492-493. En igual sentido se expresa PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 281: "[l]a finalidad del registro es, por tanto, además de preventiva como el cacheo, investigadora".

*detectar piezas de convicción o efectos de la sospechada infracción penal, y caracterizado por realizarse por agentes de la autoridad y en un momento, por lo general, previo a la apertura del proceso penal*<sup>306</sup>. En Argentina, el cacheo no cuenta con regulación legal, por tal motivo y por el ámbito en el que aplica la medida de requisa, su alcance debe limitarse únicamente a la búsqueda de armas o de elementos con los que el detenido pudiera agredir o dañar.

Si bien, como afirma HAIRABEDIÁN, "*no es tarea fácil*" delimitar las intervenciones, inspecciones, requisas y cacheos, una conceptualización técnica y precisa se impone, pues se trata de medidas que confluyen sobre el cuerpo del imputado (o de un tercero) y que ofrecen ese mismo punto de convergencia como un germen de posibles ambivalencias y confusiones<sup>307</sup>.

El cacheo, por su propia naturaleza, no requiere orden judicial y procede en todas las hipótesis de detención (de oficio —precautoria o procesal — o con orden judicial), en algunos casos como única medida —identificación— y en otros como paso previo a otro registro corporal<sup>308</sup>.

El descubrimiento de evidencias no integra el objetivo principal del cacheo por dos razones. En primer lugar, porque se trata de una revisión superficial sobre el cuerpo. En segundo lugar, porque el estadio cronológico en el que se desarrolla impide contar con los testigos requeridos legalmente en Argentina para formalizar y convalidar la

---

<sup>306</sup> GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 69, agrega que con el cacheo se afectan "*prima facie... dos derechos fundamentales del sometido: su derecho a la libertad y el de la intimidad corporal*".

<sup>307</sup> HAIRABEDIÁN, *Requisas y otras inspecciones corporales*, cit., p. 24.

<sup>308</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 414. Sin embargo, nada obsta a que, orden de detención y requisa mediante, el juez disponga el cacheo previo.

ejecución de una requisita, inspección o intervención y el secuestro consecuente (art. 138 del CPPN).

El cacheo puede derivar en los siguientes resultados: negativo, es decir, sin hallazgo alguno; positivo, pero de elementos cuya tenencia no constituya ni delito ni contravención, aunque idóneos para agredir o dañar (martillo, destornillador, etc.); o positivo respecto de objetos cuya tenencia o portación constituyan delito (arma de fuego, cuchillo, etc.) o el medio utilizado o el producto de la comisión de un delito (llave falsa, ganzúa, teléfono celular desapoderado, etc.). En este último caso podrán aparecer intempestivamente en el marco de una identificación, lo que obligará a reconfigurar el procedimiento como un supuesto de flagrancia; o también formar parte de la evidencia que pretendía descubrirse con la requisita ulterior, lo que configurará un hallazgo casual adelantado y válido (siempre que se hubieran respetado las exigencias formales del cacheo).

A pesar de la levedad de la intromisión, cabe considerar que el riesgo de afectación de derechos como la libertad, la intimidad y la dignidad, y el posible hallazgo de elementos incriminatorios deben guiar la legitimidad del origen del cacheo y la corrección de su ejecución, en tanto corresponde encuadrarlo en el contexto de una potencial incautación de material relacionado con un delito. Y, ello, teniendo presente que cabe distinguir esta diligencia de la requisita.

El cacheo que genera controversias es aquel que se ejecuta cuando la persona ha sido detenida solo para su identificación y deriva en el descubrimiento de elementos probatorios, porque las causas que usualmente motivan dicha privación de la libertad, en su mayoría,

resultan arbitrarias o inaccesibles para terceros, como seguidamente analizaré<sup>309</sup>.

### **1.9. Hallazgo durante el cacheo**

El cacheo tiene naturaleza precautoria y se diferencia de otras injerencias porque opera como única medida en casos de identificación, tratándose de una invasión superficial que no requiere testigos para su validez. La legitimidad del cacheo comportará la legitimidad consecuente de cualquier hallazgo casual en el marco del recorrido específico de la medida. Toda intromisión de mayor intensidad o respecto de objetos no destinados a agredir o dañar deberá excluirse del cacheo y reservarse para la requisa, bajo la supervisión de los testigos requeridos por la ley argentina.

En otras palabras, todo aquello que supere el palpado externo deberá formar parte del objeto de una requisa, siempre y cuando previamente se hubiera constatado la presunta comisión de un delito, con el grado de convicción propio de la tarea policial de oficio. De todos modos, aun si externamente se detectaran objetos o elementos de carácter presuntamente delictivo, pero no idóneos para agredir (en sentido propio o impropio), como, por ejemplo, sustancias estupefacientes, las disposiciones procesales imponen su formalización en clave probatoria, por lo que habrán de respetarse los requisitos de la diligencia de requisa.

---

<sup>309</sup> CIDH, caso "Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina", sentencia del 1º de septiembre de 2020; MARTÍN, *Detenciones policiales ilegales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal*, cit., p. 17.

Como se indicó, el cacheo no requiere la presencia de testigos<sup>310</sup>. Aun sin ellos, cualquier hallazgo durante su ejecución será válido, legítimo y refractario, en principio, a cualquier planteamiento de nulidad, pues no se ha incumplido forma alguna. Distinta, aunque en la práctica suelen confundirse, será la cuestión de su valoración. Es decir, de la credibilidad que pudieran merecer los funcionarios policiales.

De un cacheo, salvo circunstancias extraordinarias, deberían quedar excluidos, por ejemplo, los hallazgos de billetes, documentación falsa, dispositivos de almacenaje (pendrive) con información de transacciones fraudulentas o con pornografía infantil por poner algún ejemplo, así como anotaciones con teléfonos de presuntos vendedores de drogas o de clientes, etc. Al no tratarse de armas o elementos análogos, no deberían removerse de su lugar o ubicación originaria hasta la ejecución formal de una requisita. Si el objeto se hubiese retirado, por la necesidad de verificarlo, deberá mantenerse inalterado, reiniciándose y agotándose la búsqueda en presencia de los testigos exigidos por la ley.

En cuanto a los bolsos o mochilas que pudiera llevar consigo el sujeto pasivo, el cacheo también debe ser superficial. Si por su tamaño, constitución o material ello no fuera posible, podrán abrirse, pero la revisión del interior deberá ejecutarse mediante una observación superficial o por el tacto. El cacheo no habilita la inspección de

---

<sup>310</sup> Según CARRIÓ, "Facultades policiales en materia de arrestos y requisas. ¿Qué puede o debe hacer la policía y qué no?", cit., p. 269 y ss., "*si un agente policial realmente tiene razones para pensar por ejemplo que un individuo está armado y se está por cometer un delito, creo que sería una exigencia innecesaria y hasta perjudicial pedirle a aquel que se ponga a conseguir testigos de lo que se propone hacer. Es claro que en ese supuesto el policía debe actuar sin dilaciones*".



billeteras, agendas, documentación, papeles, carpetas, anotaciones o bolsillos internos, ni de aplicaciones, contactos, mensajes, llamadas y cualquier otra información de dispositivos electrónicos, ya que se excedería el marco de justificación motivado en un mal menor o por legítima defensa basado en cuestiones de seguridad, en tanto el mal mayor ya se habría disuelto al constatar la inexistencia de armas o de elementos que pudieran utilizarse como tales. Hasta dicho límite y de acuerdo con lo expuesto, se respetan los principios de necesidad y proporcionalidad.

### **1.10. Espacios con acceso restringido**

Un espacio con acceso restringido o controlado se presenta cuando un emplazamiento, establecimiento, área o sector imponen para su ingreso o circulación interna, mediante un formato preestablecido y genérico, una revisión superficial sobre el cuerpo, pertenencias o vehículos del ingresante.

En tal contexto, es posible diferenciar dos tipos de espacios: públicos y privados, lo que no implica una separación equivalente entre funcionarios públicos y particulares que los controlen, ya que en algunos casos interactúan, pero no en todos (por ejemplo, en un establecimiento carcelario solo proceden los agentes penitenciarios). Los accesos a espectáculos deportivos, festivales musicales, ferias, parques de diversiones o barrios cerrados suelen enmarcarse en una inspección privada. Los aeropuertos, edificios de gobierno, legislaturas, salas de audiencias en tribunales o embajadas se encuentran controlados por

funcionarios públicos, lo que no excluye una posible coexistencia con empleados de seguridad particular. Inclusive, más allá de la especial regulación con la que cuentan y del particular ámbito en el que se desenvuelven, las aduanas, los controles de migración y los puestos fronterizos también encuadran en la descripción propuesta.

Los registros a internos en centros carcelarios exceden el marco propuesto en la presente investigación, pues operan en un contexto de privación del derecho a la libertad impuesta por un órgano judicial y proceden —con carácter general— sin necesidad de contar con el consentimiento de la persona sometida y aplican según reglas propias previstas en la legislación penitenciaria, aunque, como bien señala Carmen ALCAYDE BLANES, estas también resultan mínimas y parcas<sup>311</sup>.

La característica distintiva de los registros en espacios con acceso restringido la constituye el consentimiento del sujeto pasivo<sup>312</sup>. Su voluntad cancela la obligación de contar con el primero de los requisitos legales para una revisión personal: los motivos previos<sup>313</sup>. Pese a ello, la implementación del control deberá obedecer a razones legítimas, como, por ejemplo, cantidad de personas (espectáculos multitudinarios),

---

<sup>311</sup> ALCAYDE BLANES, Carmen, "Los registros personales externos sobre las personas privadas de libertad", en *Foro FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales)*, n° 2019-2, Diego Manuel Luzón Peña director, Madrid, 2019, págs. 148-149.

<sup>312</sup> Al comentar el caso "Lemos, Ramón Alberto s/ causa n° 11.216", de la CSJN, Fallos 338:1504, resolución del 9 de diciembre de 2015, CARRÍO, Alejandro, "Requisas de automotores: ¿algo que aprender del reciente caso "Lemos"?", en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 20, Leonardo Pitlevnik director, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 67, señala que en algunos controles, como en las fronteras, la expectativa de privacidad de las personas debe ceder, porque se han presentado allí voluntariamente, lo que permite entender que han consentido la inspección o comprobación a la que se exponen.

<sup>313</sup> LALINDE ORDÓÑEZ, *Requisas ¿a discreción? Una tensión entre seguridad e intimidad*, cit., págs. 64-65.

condiciones de alta peligrosidad (vuelo en avión), calidad del lugar (edificios públicos, museos), valores existentes (shopping, grandes tiendas), particular interés jurisdiccional del Estado (aduana, migraciones, fronteras), etc.

En función de las particulares circunstancias en las que proceden, es posible enunciar las siguientes condiciones para el cacheo previo a espacios con acceso controlado:

1. El consentimiento del sujeto pasivo, pues la persona no se encuentra obligada ni sometida a un cacheo coactivo, sino que lo admite porque ha decidido libre y voluntariamente acceder a un determinado espacio físico<sup>314</sup>. De lo contrario, podrá retirarse sin consecuencias.

2. Por la razón precedente, el sujeto pasivo de la medida, en estos casos, no se encuentra privado de su libertad.

3. Los cacheos o registros previos no pueden darse fuera del ámbito físico respectivo, sólo resultan válidos si se ejecutan en el sitio de ingreso o puesto de control predeterminado.

4. El sujeto activo podrá ser un funcionario público o un particular.

5. Las medidas deben encontrarse estandarizadas y protocolizadas y deben cumplirse —en general— sin excepción (prendas, apertura de bolsos, extracción de elementos electrónicos, revisión mediante escaneo, etc.).

6. Los controles deben ser generales y abstractos, no se dirigen respecto de persona alguna por sospecha en particular. Aunque pueden ser selectivos, dada una numerosa afluencia de público o en virtud de una determinada rutina de trabajo. Sin embargo, dicha selectividad no

---

<sup>314</sup> PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 287.

operará —en principio— en función de la calidad del sujeto pasivo (aunque podría darse si fuera el caso, por ejemplo, ante un comportamiento irregular o extraño según el contexto: un pasajero de avión que arriba sin equipaje y sin boleto de regreso<sup>315</sup>), sino en virtud de una dinámica de revisión preestablecida.

7. Las expectativas de privacidad pretendidas en tales espacios se encuentran atenuadas y condicionadas por el desarrollo y objetivos del respectivo control. Salvo sospecha de la comisión de un delito, las injerencias llegarán, siempre teniendo presente la proporcionalidad, hasta donde las condiciones de la inspección lo justifiquen. Por ejemplo, la revisión previa al ingreso a un show musical no será la misma que la prevista por el art. 122 del Código Aduanero para la denominada “zona primaria”<sup>316</sup>.

8. Cuando las áreas o lugares se encuentren bajo control estatal (aeropuertos, aduana, migraciones, fronteras, cárceles, etc.), además del consentimiento, incidirán las características de la jurisdicción que se ejerza sobre las mismas, ya que se tratará de zonas o emplazamientos en los que el Estado aplicará un poder estricto en función de la importancia que en cada caso corresponda, por cuestiones económicas, de soberanía, de seguridad, de inmigración u otras.

---

<sup>315</sup> En tal supuesto, dicha persona será excluida del control rutinario y sometida a una revisión estricta, en base a una sospecha en particular.

<sup>316</sup> Art. 122 de la ley 22.415, Código Aduanero, sancionado el 2 de marzo de 1981: “1. En la zona primaria aduanera, sin perjuicio de sus demás funciones y facultades, el servicio aduanero, sin necesidad de autorización alguna, podrá: a) detener personas y mercadería, incluidos los medios de transporte, a fin de proceder a su identificación y registro. Asimismo podrá adoptar todas las medidas pertinentes para lograr la detención o retención de los medios de transporte, en casos debidamente justificados, y proceder a su visita e inspección de su carga, en cualquier condición o lugar en que esta última se encontrare...”.

9. El procedimiento estandarizado podrá ejecutarse a partir de medios tecnológicos, lo que no altera la naturaleza del control.

## **2. LA REQUISA CORPORAL**

### **2.1. Concepto, naturaleza y fines de la requisita corporal**

La requisita corporal se encuentra regulada en los arts. 230 y 230 bis del CPPN y 137 y 138 del CPPF. En cuanto a la labor policial, el art. 184 inc. 5° del CPPN autoriza a los funcionarios de la policía a disponer —con arreglo al artículo 230— los allanamientos del art. 227, las requisas e inspecciones del art. 230 bis y los secuestros del art. 231, dando inmediato aviso al órgano judicial competente.

Por su parte, el art. 96 inc. "l" del CPPF determina que la policía pueda ejecutar allanamientos y requisas "cuando les esté permitido". Tal autorización es la que surge del art. 138 que, a diferencia del art. 230 bis del CPPN, fija el requisito de la urgencia en su inciso "b".

Por lo tanto, de acuerdo con las mencionadas exigencias legales, es posible definir la requisita como una diligencia de investigación consistente en la revisión exploratoria del cuerpo, prendas, elementos contenedores y ámbitos que no lleguen a constituir domicilio, del imputado o de un tercero, con el fin de hallar y secuestrar evidencias delictivas allí ocultas y de interés para la pesquisa<sup>317</sup>. Aquí se tratará solo la requisita que incumbe al cuerpo del sospechoso, no las demás.

---

<sup>317</sup> D'ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 4° ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 408. El carácter incriminatorio de la evidencia a secuestrar no es condición de la

La definición postulada se asienta en los siguientes presupuestos: se trata de un acto de investigación definitivo e irreproducible; el material a incautar debe ostentar carácter delictivo (instrumento, medio o producto del delito) y encontrarse oculto; se ejecuta mediante revisión exploratoria, es decir, mediante acceso a los espacios del cuerpo que lo permiten sin necesidad de una intervención; puede disponerse respecto del imputado o de un tercero; y la coacción posible, como se verá, tiene carácter jurídico, esto es, solo permite prescindir del consentimiento del sujeto pasivo<sup>318</sup>.

La requisita se diferencia del cacheo porque este no tiene como finalidad el hallazgo y secuestro de elementos probatorios, sino la seguridad operativa del procedimiento, evitando lesiones o daños a partir del uso de armas o de elementos asimilables; de la inspección porque esta se concreta sin posibilidad material de incautación, pues consiste en observar y documentar; y de la intervención porque esta procede mediante extracción de material corporal o alojado en el interior del cuerpo humano.

En similar sentido se pronuncia LANGER, quien sostiene que "[l]a requisita personal es una medida de coerción procesal mediante la cual se

---

medida, en tanto el Ministerio Público Fiscal debe guiarse por el principio de objetividad, ver DUCE, Mauricio, "¿Deberíamos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 19, n° 1, 2013, págs. 77-138. Según CARRIÓ, Alejandro, "Requisitas personales, privacidad y actuación policial (la Casación habló y los derechos encogieron)", en *La Ley*, 1994-E-143, Buenos Aires, 1994, p. 143 y ss., "existe un derecho constitucional a la privacidad más allá del domicilio y los papeles privados".

<sup>318</sup> Según la posición que aquí se sustenta, las expresiones "coacción", "coerción" o similares solo significan e implican que la medida pueda ejecutarse aun en contra de la voluntad del sujeto pasivo, pero no por la fuerza.

*examina el cuerpo de una persona o el ámbito de custodia adherente a aquél, con el fin de secuestrar cosas relacionadas con un delito, que se sospecha están ocultas en dichos ámbitos*<sup>319</sup>.

Para MAIER, "[a]l igual que el allanamiento, la requisa personal no persigue un fin en sí misma, sino que, antes bien, sirve al hallazgo de rastros o al secuestro de cosas que contienen rastros del hecho punible, elementos o instrumentos de él, o de su resultado"<sup>320</sup>.

La requisa constituye, en definitiva, un acto de investigación con propósito probatorio, pues así surge de su propia naturaleza y de la ubicación sistemática que el legislador le ha asignado a los arts. 230 y 230 bis del CPPN<sup>321</sup> y 137 y 138 del CPPF<sup>322</sup>. Puede, por ejemplo,

---

<sup>319</sup> LANGER, "La requisa personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal", cit., págs. 229-230. CAFFERATA NORES, José I., *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984)*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 3, considera que son cosas relacionadas con el delito tanto el cuerpo, instrumentos o efectos del delito como aquellas que pudieran servir como medio de prueba. FINZI, Marcelo, "La requisa personal", en *La Ley*, t. 30, abril-junio de 1943, Buenos Aires, 1943, págs. 993-994, presenta una clasificación diferenciada de los objetos a secuestrar a través de una requisa, sin embargo, concluye en un patrón común: "cosas que de cualquier modo que sea puedan tener alguna conexión o concatenación con el delito".

<sup>320</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, cit., p. 190. Según LANGER, "La requisa personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal", cit., p. 230, "la requisa no tiene un fin en sí misma, sino que tiende a garantizar la efectivización de una medida coercitiva principal: el secuestro de cosas relacionadas con el delito".

<sup>321</sup> La naturaleza de la requisa deriva también de su capacidad para confirmar una probabilidad, véase ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Editorial Juris, Rosario, 2007, p. 18. ELLERO, *De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*, cit., p. 74, señala que "las pruebas vienen a ser los atestados de personas o de cosas acerca de la existencia de un hecho". En similar sentido, FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, t. 1, traducción de Simón Carrejo y Jorge Guerrero, Imprenta de Agustín Avrial, Madrid, 1894, págs. 101-102.

procurar el hallazgo de armas o bienes producto del delito (teléfonos, dinero, joyas), como así también de restos de la deflagración tras un disparo con arma de fuego o restos de material en cualquier lugar del cuerpo (pintura, tierra, polvo, minerales, sangre, piel, etc.).

La medida de requisa comprende, además del cuerpo de la persona sospechosa, la vestimenta, bolsos y elementos contenedores manuales, las cavidades naturales susceptibles también de una intervención, como pueden ser la vagina, el ano y otros pliegues, y los vehículos<sup>323</sup>. Y se delimita de acuerdo con el alcance del resto de las intromisiones corporales, pues cada una ocupa un espacio de acción propio, que no se superpone con los demás. De este modo puede afirmarse que el límite inferior para la requisa lo traza la diligencia de cacheo, mientras que el límite superior vendría constituido por el registro domiciliario y la intervención corporal.

## **2.2. Motivos para requisar**

---

<sup>322</sup> El Título II del Libro Cuarto ("Medios de prueba") del CPPF, que incluye la requisa personal, se denomina "Comprobaciones directas", lo que denota un vínculo estrecho con los actos iniciales de investigación. Comprobaciones directas que, salvo con los testigos, no se verifica en la etapa de juicio oral.

<sup>323</sup> El art. 230 bis del CPPN alude al cuerpo de la persona sospechosa, a los efectos personales que portare y a los vehículos, aeronaves y buques. Para GULLCO, Hernán Víctor, "¿Es necesaria una orden judicial para el registro de automóviles?", en *La Ley*, 1994-E-129, Buenos Aires, 1994, p. 129 y ss., el vehículo se encuentra amparado por la cláusula del art. 19 de la CN y solo una ley podría habilitar su registro, considerando que, en el ámbito nacional, dicha ley "parece ser... el art. 224 del CPPN", cuando se refiere a "determinado lugar". Véase BIDART CAMPOS, Germán, "Droga mal hallada en una requisa policial", *La Ley*, 1998-B-352, Buenos Aires, 1998, p. 352 y ss.



El cumplimiento de las formas procesales no permite convalidar una requisita realizada sin motivos suficientes (arts. 230 del CPPN y 137 del CPPF)<sup>324</sup>. Tales motivos deben ser previos, es decir, no pueden asentarse en un descubrimiento ulterior<sup>325</sup>. Sobre el punto, señala HAIRABEDIÁN: "*[e]n materia de motivación judicial de las requisas, no hay un desarrollo doctrinal o jurisprudencial tan prolífico como en la materia análoga del allanamiento, en la que también se exige una orden escrita y fundada en motivos suficientes. El motivo es que la mayor parte de los registros corporales cuya validez se discute en las causas penales se verifican como una actuación policial sin orden judicial, por razones de urgencia*"<sup>326</sup>.

Los motivos suficientes prescritos por los arts. 230 del CPPN y 137 del CPPF se corresponden con el grado de convicción vinculado a la probabilidad, según se ha señalado anteriormente. CAFFERATA NORES define la probabilidad como la coexistencia de elementos positivos y negativos, pero los elementos positivos son superiores en "fuerza conviccional" a los negativos, es decir, aquellos son preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento<sup>327</sup>. En el mismo sentido explica JAUCHEN: "*será necesario que, conforme a la investigación, se hayan obtenido elementos que lleven a superar aquella*

---

<sup>324</sup> MORENO CATENA, "La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal", cit., p. 17.

<sup>325</sup> LANGER, "La requisita personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal", cit., p. 249.

<sup>326</sup> HAIRABEDIÁN, *Requisas y otras inspecciones corporales*, cit., p. 34.

<sup>327</sup> CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, cit., págs. 9-12. Véase asimismo PALACIO, *La prueba en el proceso penal*, cit., págs. 14-15; ELLERO, *De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*, cit., p. 51. Para D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, cit., p. 408, "la sospecha debe tener entidad para considerar imputado al sujeto sobre quien se practica el examen".

*inicial sospecha hasta el grado de probabilidad. Ello implica más que la mera posibilidad. Y estando referida a la existencia del hecho y a la participación del imputado, requiere que los elementos positivos o incriminantes superen a los negativos o desincriminantes*<sup>328</sup>.

Los arts. 230 bis del CPPN y 138 del CPPF se refieren a "circunstancias previas o concomitantes" y no a motivos, por lo que corresponde determinar si se trata de estándares diferentes<sup>329</sup>. En tal sentido, cabe recordar que toda intromisión estatal debe contar con razones que descarten la arbitrariedad, aun si se las denomina "circunstancias". Lo contrario acarreará la nulidad del acto<sup>330</sup>.

Los motivos para detener por flagrancia o urgencia se presentan como condición necesaria, pero no suficiente, de una requisita, pues esta exige otros dos requisitos: que se sospeche razonablemente que la persona oculta elementos vinculados a un delito y que se acredite la

---

<sup>328</sup> JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 41.

<sup>329</sup> NAVARRO, Guillermo Rafael – DARAY, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2, 5° ed., actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 282; BERTELOTTI, Mariano, "La ley 25.434 y su influencia en la regulación de la requisita personal", en *Nueva Doctrina Penal 2004/A*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 189.

<sup>330</sup> La exigencia de motivación surge de lo previsto por los arts. 1 y 28 de la CN, 7.3 y 11.2 de la CADH, 9.1 y 17.1 del PIDCP y 12 de la DUDH. Tal premisa se compadece con lo resuelto por la CNCP, Sala IV, causa n° 8.121, "N., Maximiliano Franco s/ recurso de casación", con fecha 15 de octubre de 2008: "una actuación al amparo de la situación de excepción prevista en el art. 230 bis, supone como requisito indispensable la existencia de motivos previos que legitimen el mismo inicio del acto invasivo de la privacidad. Tales motivos deben ser, además, suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo, en las pertenencias que lleva consigo o en el vehículo en el que se traslada cosas relacionadas con un delito. Y, por último, la existencia de los motivos suficientes previos debe encontrarse razonable y objetivamente acreditada para justificar la intromisión en la esfera de intimidad que la requisita comporta".

urgencia para prescindir de la orden judicial<sup>331</sup>. No existe, ni podría justificarse, una relación directa entre los motivos para detener y los motivos para requisar. Es posible que en algunos casos los primeros también brinden razones sobre la necesidad de proceder a una requisa, pero esta exigirá una segunda sospecha que deberá acreditarse en cada caso<sup>332</sup>.

Una visión secuencial de los procedimientos policiales o judiciales permite distinguir los motivos para detener de los motivos para requisar<sup>333</sup>, aunque en ambos supuestos deben ser previos a la decisión de intervenir, pues se trata de dos actos diferenciados en el tiempo<sup>334</sup>.

---

<sup>331</sup> Ley Orgánica de la Policía Federal Argentina, decreto-ley 333/58 y arts. 184 inc. 8º y 284 del CPPN. Una exhaustiva enumeración de situaciones valoradas por la jurisprudencia proporciona HAIRABEDIÁN, *Requisas y otras inspecciones corporales*, cit., págs. 51-64.

<sup>332</sup> Según MARTÍN, *Detenciones policiales ilegales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal*, cit., p. 169, "en diversos casos la Cámara de Casación pareció estar dispuesta a aceptar como regla general... que cada vez que personal policial efectúa una detención en la vía pública, y ella es válida, la intervención policial lleva ínsita la facultad de requisar al individuo al que se ha arrestado". Para NAVARRO – DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2, cit., págs. 111-112, "[l]a flagrancia siempre justifica la requisa, aun la 'ficta o presunta flagrancia'".

<sup>333</sup> JUÁREZ, Mariano Gabriel, "Requisa y exclusión de la prueba en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Estados Unidos (un aliciente para que la Corte Suprema argentina escape al "preferiría no hacerlo")", en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Externado de Colombia, volumen 33, nº 94, enero-junio, Bogotá, 2012, p. 49.

<sup>334</sup> Al respecto, la Sala I de la CNCP, con fecha 2 de mayo de 2011 (causa nº 12.570, registro Nº 17.687, "Inostroza, Penino Leonardo s/ recurso de casación"), resolvió: "no puede considerarse que constituya una "actitud sospechosa" para detener una persona el hecho de "que salía de un asentamiento, y al ver el móvil policial aceleró la marcha"... el hecho de salir de un complejo habitacional en el que presuntamente vivirían personas vinculadas al tráfico de estupefacientes en modo alguno podría dar lugar a que toda persona que circule en sus inmediaciones pueda ser calificada como

La CSJN en distintas resoluciones paradigmáticas avaló detenciones y requisas basadas en nerviosismos y sospechas policiales por estereotipo<sup>335</sup>. En otros supuestos ofreció justificaciones escuetas<sup>336</sup>. Los criterios de la CSJN resultan producto de unos pocos casos cuyo tratamiento ha admitido y que, tal como lo afirma CARRIÓ, resultan preocupantes en términos de garantías constitucionales, pues, excepto en el precedente "Daray" (1994), en el que se resolvió la ilegalidad del procedimiento policial de detención, requisa y secuestro, en todos los demás convalidó actuaciones policiales carentes de motivación<sup>337</sup>. Tal línea interpretativa fue radicalmente corregida por la CIDH en 2020 en el caso "Fernández Prieto y Tumbeiro", en el que la CIDH cuestionó los fundamentos que la CSJN expuso para convalidar los procedimientos policiales respecto de Fernández Prieto y Tumbeiro, en tanto los justificó en la eficacia de la prevención del delito y en los resultados obtenidos,

---

*sospechosa de la comisión de un delito.. Desde mi perspectiva, no existe fundamento suficiente para justificar la actuación policial en tanto el resultado de la requisa no justifica el procedimiento que le dio origen".*

<sup>335</sup> CSJN, Fallos 321:2947, 12 de noviembre de 1998 ("Fernández Prieto"); CSJN, Fallos 325:2485, 3 de octubre de 2002 ("Tumbeiro"); CSJN, Fallos 325:3322, 12 de diciembre de 2002 ("Monzón"); CSJN, Fallos 326:41, 6 de febrero de 2003 ("Szmilowsky").

<sup>336</sup> CSJN, Fallos 338:1504, "Lemos, Ramón Alberto s/ causa n° 11.216", resolución del 9 de diciembre de 2015; CSJN, "Stancatti, Oscar s/ causa n° 462/2013", CSJ 578/2014 (50-S)/CS1, resolución del 24 de mayo de 2016; CSJN, "García, Andrés Heraldo s/ delito", FRO 61000101/2013/1/RH1, resolución del 13 de junio de 2017.

<sup>337</sup> CSJN, Fallos 317:1985, "Daray, Carlos Ángel", resolución del 22 de diciembre de 1994. CARRIÓ, "Requisas de automotores: ¿algo que aprender del reciente caso "Lemos"?", cit., p. 69; CARRIÓ, Alejandro, "El derecho a la libertad y los "trámites de identificación". De "Daray" a "Fernández Prieto" a "Tumbeiro" (o de Guatebuena a Guatemala a Guatepeor)", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 2003-I-729, Buenos Aires, 2003, p. 729 y ss.; GARGARELLA, Roberto, "Cuatro enfoques sobre el caso 'Bignone'", en *Pensar en derecho*, n° 10, año 5, Eudeba, Buenos Aires, 2017, p. 89.

tratándose de argumentos de naturaleza consecuencialista que no tomaron en consideración si la actuación de la policía pudo subsumirse en alguno de los supuestos legales previstos en el ordenamiento procesal o policial para detener sin orden judicial<sup>338</sup>.

Prevención, eficiencia, mano dura y lucha contra la inseguridad se han presentado (y se presentan) como elementos de reemplazo de la legalidad y de la exigencia de motivación para interferir en los derechos fundamentales de las personas<sup>339</sup>. Tales políticas preventivo-generales tienden a convertir el sistema penal en *prima ratio* y no en *ultima ratio*<sup>340</sup>. Se trata de un pragmatismo tendiente a combatir un mal y a justificarse en la excepción o en la emergencia, desconociendo que el Estado de derecho debe subordinar sus leyes no solo a mecanismos

---

<sup>338</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Eficiencia y derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 49, fascículo 1, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, págs. 120-127; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "Fundamentos teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo", en *Jueces para la democracia*, n° 49, Madrid, 2004, págs. 43-50.

<sup>339</sup> GARGARELLA, Roberto, "Mano dura sobre el castigo. Igualdad y comunidad (I)", en *Nueva Doctrina Penal 2007/B*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 451 y ss.; GARCÍA ARÁN, Mercedes, "El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales", en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n° 18, Institut de Seguretat Pública de Catalunya, Barcelona, 2008, p. 39; GARCÍA ARÁN, Mercedes – PERES NETO, Luiz, "Discursos mediáticos y reformas penales de 2003", en *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 153-188.

<sup>340</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Política criminal y Estado", en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 8, n° 12, San José de Costa Rica, 1996, p. 5 y ss.; HASSEMER, Winfried, "Proceso penal y derechos fundamentales", traducción al portugués por Augusto Silva Díaz y al castellano por Inés Sosa y Pablo Carignano, en *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, t. 2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 57.

formales sobre su producción, sino también a normas sustanciales, es decir, a los derechos fundamentales consagrados por la Constitución<sup>341</sup>.

Por lo tanto, a mi juicio, las requisas corporales, como todo acto de persecución penal que invade derechos fundamentales, debe estructurarse a partir del principio de legalidad, que fija no solo la habilitación para proceder, sino su alcance y condiciones (arts. 230 y 230 bis del CPPN y 137 y 138 del CPPF). Previo a la ejecución deben comprobarse los motivos que justifican la medida. Motivos que se relacionan, por un lado, con la sospecha de comisión de un delito y de la participación del imputado en el mismo y, por el otro, con la necesidad de la injerencia, esto es, con la probabilidad de que la persona oculte elementos vinculados con el hecho delictivo. Por último, tanto al momento de decidir como al momento de su realización, deben ponderarse el principio de proporcionalidad y sus principios derivados. Solo así la intromisión será válida, independientemente del valor de convicción que luego le corresponda, el que, por una parte, se relacionará con los presupuestos señalados y, por la otra, con sus condiciones epistemológicas<sup>342</sup>.

---

<sup>341</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal", en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, págs. 35-36; ANITUA, Gabriel Ignacio, "La legislación penal en la dinámica de la guerra contra el mal o el enemigo", en *Políticas de seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, María Laura Böhm – Mariano Gutiérrez compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 38; FERRAJOLI, Luigi, "Entrevista a Luigi Ferrajoli", por Gerardo Pisarello y Ramón Suriano (Universidad Complutense de Madrid), en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho del Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México*, n° 9, México DF, 1998, págs. 187-188.

<sup>342</sup> ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Lecciones de epistemología. Algunas cuestiones epistemológicas de las ciencias jurídicas*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004, p. 155, señala que "la prueba se articula en el ámbito de la

### **2.3. Derivaciones de la jurisprudencia de la CIDH en materia de requisas**

A partir del referido caso “Fernández Prieto y Tumbeiro”, la CIDH generó un cambio significativo en torno a las injerencias estatales en el ámbito de la vida, la intimidad y la dignidad de las personas en Argentina<sup>343</sup>. Este cambio dio nacimiento a una doctrina regional respetuosa con los derechos fundamentales en relación a las intervenciones policiales arbitrarias en materia de detenciones y requisas. El caso “Fernández Prieto y Tumbeiro” implica un antes y un después en dichas problemáticas. El supuesto de hecho que dio lugar a la citada resolución es, resumidamente, el siguiente: en 1992, Alberto Fernández Prieto y dos acompañantes fueron interceptados, sin orden judicial, por policías de la sección “Sustracción de Automotores” mientras circulaban en un vehículo por la ciudad de Mar del Plata, al considerar que el rodado transitaba en “actitud sospechosa”. Los detuvieron, los requisaron y registraron el vehículo, hallando dos paquetes de marihuana cuya posesión fue reconocida por Fernández Prieto. En base a tales hechos, ese mismo año, se dispuso su prisión preventiva. En 1995, Fernández Prieto fue condenado por el delito de transporte de estupefacientes. Su defensa alegó que la detención y la requisa habían sido arbitrarias, pues no bastaba la “mera sospecha”. A

---

*facticidad y tiende a la acreditación de la veracidad o falsedad de los hechos, y la demostración funciona en el espacio de las justificaciones abstractas”.*

<sup>343</sup> CIDH, caso “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, sentencia del 1º de septiembre de 2020, Fondo y Reparaciones, Serie C, nº 411.

pesar de ello, el imputado fue condenado a cinco años de prisión en 1996. Por su parte, la CSJN confirmó la condena. Años después, en 1998, la Policía Federal requisó al Sr. Tumbeiro en la vía pública, fundando la medida en el nerviosismo que mostró ante la presencia policial, en su forma de vestir —pues no coincidía con la de la gente del lugar— y en que adujo que se encontraba comprando productos que no se vendían en esa zona. Según declaró Tumbeiro, los agentes policiales lo condujeron a un vehículo donde le bajaron los pantalones y la ropa interior y luego le dijeron que encontraron una bolsa con cocaína en un periódico que aquel llevaba consigo. Por estos hechos, Tumbeiro fue condenado en 1998 a un año de prisión por el delito de tenencia de estupefacientes. También la CSJN confirmó la condena.

Respecto del primer proceso penal comentado, el incoado contra Fernández Prieto, es preciso recordar que el derogado CPMP (vigente en 1998) preveía tres hipótesis de detención sin orden judicial en su art. 4: flagrancia, indicios vehementes de culpabilidad y semiplena prueba de culpabilidad. La CIDH advirtió que no se justificó la intervención en base a alguno de los supuestos de dicho art. 4 o en alguna otra norma, puesto que los policías solo alegaron una “actitud sospechosa” no equiparable a ninguno de aquellos supuestos. El no haber basado la detención en alguna de tales causas previstas en la ley acarreó el incumplimiento del requisito de legalidad. La CSJN había convalidado la actuación policial, justificándola en la eficacia en la prevención del delito y en función de los resultados obtenidos, sin considerar si el proceder policial encuadró en alguno de los supuestos legalmente establecidos. Para la CIDH la interceptación del vehículo resultó violatoria de los arts. 7.1 y 7.2, en relación al art. 1.1, de la CADH.



En esta misma línea, la detención de Tumbeiro tampoco cumplió con el requisito de legalidad y, por lo tanto, constituyó una violación de los artículos 7.1 y 7.2, en relación con el artículo 1.1, de la CADH. La privación de la libertad no obedeció a criterios objetivos, sino a la aplicación por parte de los agentes policiales de estereotipos sobre la apariencia de Tumbeiro y a la falta de correlación con el entorno por el que transitaba. Para la CIDH la intervención policial constituyó una actuación discriminatoria, arbitraria y violatoria de los artículos 7.3 y 24, en relación con el artículo 1.1, de la CADH.

En definitiva, la CIDH consideró que las pertenencias que una persona lleva consigo en la vía pública, incluso cuando se encuentra dentro de un automóvil, son bienes que, al igual que aquellos que se resguardan en un domicilio, están comprendidos dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada y la intimidad. Por esta razón, no pueden ser objeto de interferencias arbitrarias por parte de terceros o de las autoridades, de acuerdo con lo previsto en el art. 11 de la CADH.

En el caso de Fernández Prieto, la CIDH señaló que el CPMP no contemplaba la facultad de registrar automóviles sin orden judicial y que toda restricción al derecho a la vida privada debe, como primer requisito para no ser catalogada como abusiva o arbitraria, estar prevista en la ley<sup>344</sup>. En consecuencia, la requisa del vehículo en el que circulaba Fernández Prieto constituyó una injerencia ilegal en su vida privada.

En cuanto a Tumbeiro, la CIDH entendió que todo registro corporal incide en la protección de la honra y la dignidad. Por ello, las requisas

---

<sup>344</sup> CIDH, caso "Tristán Donoso vs. Panamá", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de enero de 2009, Serie C, n° 193, párr. 56.

que realicen las autoridades estatales a personas detenidas deben ejecutarse considerando los límites impuestos por la CADH. En tal sentido, la CIDH compartió el criterio del TEDH en el caso "Guillan y Quinton vs. Reino Unido", similar al de Tumbeiro, en el que se trataron los alcances del ámbito de protección del derecho a la vida privada respecto de los registros de personas en el espacio público: "*[c]on independencia de que en cualquier caso la correspondencia, los diarios u otros documentos privados personales, se hallen o se lean, o se encuentren otros objetos íntimos durante el registro, el Tribunal considera que el uso de los poderes coercitivos conferidos por la legislación, para exigir a una persona a someterse a un registro detallado, de su persona, su ropa y sus objetos personales, equivale a una clara injerencia en el derecho al respeto de la vida privada. Aunque el registro se lleve a cabo en un lugar público, esto no significa que el art. 8 no sea de aplicación. De hecho, el Tribunal opina que el carácter público del registro, puede en ciertos casos, agravar la gravedad de la lesión, debido a los factores de humillación y vergüenza. Los objetos tales como bolsos, carteras, cuadernos y diarios, pueden incluir además, información personal con la que el propietario pueda sentirse incómodo por haberse expuesto a la vista de sus compañeros o del público en general*"<sup>345</sup>.

La CIDH entendió que el derecho a la vida privada no es absoluto y que puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; para ello, las mismas deben encontrarse

---

<sup>345</sup> TEDH, caso "Guillan y Quinton vs. Reino Unido", Sentencia n° 4158/05, del 28 de junio de 2010, párr. 63.

previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de proporcionalidad, idoneidad y necesidad<sup>346</sup>.

En el supuesto de Tumbeiro, quien se identificó exhibiendo su documentación personal, los policías procedieron a requisarlo en el interior de una patrulla y lo obligaron a bajarse la ropa interior. En tal hipótesis, el CPPN autorizaba (y aún autoriza) las requisas corporales sin orden judicial cuando estuvieran basadas en motivos suficientes para presumir que la persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. En el caso, no hubo orden judicial previa y las razones alegadas por los policías para justificar, primero, la detención con fines de identificación y, posteriormente, la requisa (la forma de vestir de Tumbeiro, su aparente actitud sospechosa y su presunto nerviosismo) no constituyeron “motivos suficientes” —en los términos del art. 230 del CPPN— que permitieran presumir que ocultaba objetos vinculados a la comisión de un delito y que, por lo tanto, habilitaran la ejecución de una requisa corporal.

Si bien el art. 184 inc. 5° del CPPN establece una excepción a la perentoriedad de procurar una orden judicial en casos de urgencia, la CIDH destaca, por un lado, que la propia normativa no contempla una definición de urgencia, otorgando así un amplio margen de discrecionalidad a los agentes policiales para realizar este tipo de intervenciones sin un control judicial previo. Y, por el otro, que en el caso de Tumbeiro no se acreditó que hubiera mediado algún supuesto de urgencia, pues el sospechoso se identificó debidamente ante los agentes policiales, facilitándoles su documento de identidad, y estos

---

<sup>346</sup> CIDH, caso “Tristán Donoso vs. Panamá”, párr. 56; caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, n° 239, párr. 74.

podieron comprobar dicha información vía radial y verificar que no existía impedimento legal alguno a su libertad ambulatoria. A pesar de ello, los agentes policiales procedieron a requisarlo en base a conjeturas o apreciaciones meramente subjetivas que, ante la ausencia de elementos objetivos, resultaban insuficientes para presumir el ocultamiento de objetos relacionados con la comisión o participación en un delito. Siendo así, la CIDH advirtió que la requisita personal de Tumbeiro constituyó una injerencia ilegal en su vida privada que, además, resultó arbitraria y desproporcionada en la medida en que el art. 230 del CPPN resulta impreciso y contrario al principio de tipicidad, porque no define los supuestos de urgencia para proceder sin orden judicial. Aun si no se considerara tal indefinición normativa, los agentes nunca acreditaron una situación de urgencia, máxime porque la finalidad inicial de la detención fue la comprobación de su identidad y no la comisión de delito alguno<sup>347</sup>.

La sospecha, basada en el estado emocional o la idoneidad o no de la reacción y la forma de vestir de Tumbeiro, constituyó una apreciación subjetiva que, ante la ausencia de elementos objetivos, de ningún modo demostró la necesidad de la medida. Inclusive si se admitiera que lo anterior configura un motivo suficiente o urgente para proceder con la requisita, el hecho de que la misma excediera el palpamiento superficial sobre la ropa de Tumbeiro y este fuera obligado a desnudarse resulta desproporcionado, pues supuso una grave afectación de la intimidad del

---

<sup>347</sup> Tal interpretación de la CIDH se compadece con los distintos objetivos de las atribuciones para detener. La identificación, en principio, habilita un cacheo por seguridad. La aprehensión o detención en flagrancia o por urgencia justifica, en general, una requisita personal.

detenido, sin que la medida persiguiera satisfacer la protección de bienes jurídicos relevantes.

El Estado argentino, en su reconocimiento de responsabilidad internacional, admitió que las detenciones de Fernández Prieto y Tumbeiro se enmarcaron en un contexto general de privaciones de la libertad practicadas sin orden judicial<sup>348</sup>. En el escrito de alegatos finales, del 18 de junio de 2020, el Estado aceptó que ambos casos fueron producto de un emblema de lo que se conoció en Argentina, durante la década del 90, como “olfato policial”, que abarcó actuaciones policiales descontroladas, incentivadas por políticas de seguridad pública que se definieron bajo el paradigma de la llamada “guerra contra las drogas” y que, además, resultaban amparadas por un inadecuado o inexistente control judicial.

La CIDH estableció que tanto el registro del automóvil en el caso de Fernández Prieto como la requisita corporal de Tumbeiro fueron llevados a cabo en el ámbito de la prevención policial y no como parte de una investigación penal, transformándose en detenciones a partir de las pruebas obtenidas “durante” el registro y la requisita respectivamente. En conclusión, ambos supuestos debían ser analizados en función de los derechos a la libertad personal y a la protección de la honra y la dignidad, reconocidos en los arts. 7 y 11 de la CADH.

#### **2.4. Autoridad competente y sujeto pasivo en la requisita**

---

<sup>348</sup> Reconocimiento del Estado Argentino ante la CIDH en el caso “Fernández Prieto y Tumbeiro”, suscripto el 4 de marzo de 2020.

La requisita, con carácter general, debe ser ordenada por una autoridad judicial (art. 230 del CPPN)<sup>349</sup>. Como bien sostiene CARRIÓ, *"tanto en materia de restricciones a la libertad como de invasiones a la intimidad, nuestro sistema legal exhibe una preferencia porque las decisiones trascendentes en estas áreas queden en manos de los jueces"*<sup>350</sup>; lo que coincide con la acuñada expresión de NINO: *"[e]l ideal de una democracia liberal es que entre el individuo y la coacción estatal se interponga siempre un juez"*<sup>351</sup>.

En los sistemas inquisitivos o mixtos será atribución exclusiva del juez de instrucción. En los modelos acusatorios deberá decidir el juez de garantías a petición del fiscal o directamente el fiscal cuando la ley así lo previera (art. 59 inc. 1° del CPPBA). Excepcionalmente, en casos de urgencia, la requisita puede ser ejecutada de oficio por funcionarios policiales (art. 184 inc. 5° del CPPN). Las condiciones y presupuestos que debe cumplir la policía no son menores que aquellas que le corresponden al juez, sino, como mínimo, las mismas<sup>352</sup>.

Los citados arts. 184 inc. 5° y 230 bis del CPPN y 138 del CPPF, que autorizan las requisas policiales de oficio, no prevén el requisito de la urgencia. No obstante, tal condición se impone porque la primera excepción constitucional al disfrute de la vida privada y la intimidad, según lo afirmado por la CIDH en el caso "Fernández Prieto y Tumbeiro", deriva de una resolución judicial. Si la policía pudiera proceder sin

---

<sup>349</sup> BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. 2, cit., págs. 325-326; EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 2, cit., p. 267.

<sup>350</sup> CARRIÓ, Alejandro, "Requisas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los standards light", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 5, n° 1, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2000, p. 16.

<sup>351</sup> NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., p. 446.

<sup>352</sup> CARRIÓ, "Requisas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los standards light", cit., p. 18.

urgencia, o sea, en las mismas circunstancias en las que puede hacerlo un juez, entonces no haría falta la intervención de este y se desconocería un principio de raigambre constitucional (art. 18 de la CN). En consecuencia, para que la actuación policial de oficio resulte razonable deberá presentarse, además de la urgencia, la imposibilidad de contar con la orden judicial en tiempo y forma y sin riesgo de pérdida o alteración de las evidencias.

Por último, debe remarcarse la necesidad obvia de intervención de profesionales médicos o sanitarios cuando la requisa se practique en cavidades corporales naturales (ano, vagina o boca)<sup>353</sup>. Si bien tal exigencia no se encuentra prevista en los textos legales, corresponde considerarla como derivación de los derechos fundamentales a la integridad física y a la salud, porque la actuación de profesionales médicos o sanitarios permite tutelar la "dignidad e intimidad corporal atendida la zona afectada por la medida"<sup>354</sup>.

En cuanto al sujeto pasivo, cabe señalar que la requisa no siempre recaerá sobre una persona detenida y sospechosa de haber participado

---

<sup>353</sup> Según ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel, *El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 46, "conviene realizar una precisión conceptual. Lo cierto es que, en muchas ocasiones, se recurre al término responsabilidad "médica" para identificar los supuestos en los que se produce una conculcación de la praxis profesional... No obstante, desde nuestra perspectiva, es más adecuado aludir a la responsabilidad "sanitaria". De alguna forma, este último vocablo es más amplio y comprende todos los casos que podemos encontrarnos en la práctica...". Corresponde señalar, siguiendo a DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 80, que "[l]os casos en que se exige la presencia de un médico o de personal sanitario no se deben siempre a la necesidad de conocimientos científicos para llevar a cabo la diligencia... sino para garantizar el derecho a la salud del afectado y su intimidad (pudor) al practicar la diligencia".

<sup>354</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 165.

en un delito, pues también podría disponerse respecto de un tercero ajeno al mismo, como, por ejemplo, cuando el autor del delito coloca material estupefaciente en las valijas de otra persona o esconde el arma homicida en un bolsillo de su saco u oculta el objeto robado en su bolso o bien guarda algún elemento, instrumento o producto del delito en un armario o gaveta en alguna oficina o club o en el automóvil en el que hubiera viajado o, simplemente, el tercero recibe, sin saberlo, un bien producto de un delito<sup>355</sup>. Si ese tercero no resulta sospechoso de haber participado en el mismo o de haberlo encubierto, la requisita que se lleve a cabo (maletas, ropa, bolso, vehículo) no tendrá porqué ir acompañada de su detención, pero es evidente que aquella igualmente supondrá una restricción inherente a los actos propios del proceso penal<sup>356</sup>. Siendo así, la requisita podrá recaer tanto sobre una persona detenida (por flagrancia o urgencia) como sobre una persona en libertad, sin perjuicio de proceder a su detención si las circunstancias lo justificaran<sup>357</sup>.

---

<sup>355</sup> HAIRABEDIÁN, *Requisitas y otras inspecciones corporales*, cit., págs. 7 y 25; DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 170-171.

<sup>356</sup> ANITUA, Gabriel I., "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012, págs. 51-52; HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 379, quien cita la Decisión 8278/1978 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, del 13 de diciembre de 1979, que señaló "que cuando es necesario efectuar una investigación sobre una persona —en referencia concreta a la realización coactiva de un análisis de sangre—, esta ve afectado su derecho a la libertad, aunque sea por un corto período de tiempo, si bien dicha privación de libertad estaría justificada para asegurar el cumplimiento de una obligación legalmente establecida".

<sup>357</sup> Por los mismos motivos, quien deba someterse a una intervención corporal también podrá encontrarse en libertad, como sucedería con un imputado que nunca estuvo detenido o que fue excarcelado y que resulta convocado, por ejemplo, para una extracción de sangre.



## 2.5. Requisitos de la orden judicial para la requisa

Como se ha explicado, las requisas deben ser ordenadas por una "autoridad competente" según lo establece el art. 18 de la CN. Para BIDART CAMPOS se trata de la autoridad judicial y, solo por excepción, la que no lo es<sup>358</sup>; para EKMEKDJIÁN solo puede ser el juez de la causa<sup>359</sup>. Excepcionalmente pueden ser dispuestas por la policía en situaciones de necesidad y urgencia (arts. 184 inc. 5° del CPPN y 96 inc. "I" del CPPF)<sup>360</sup>.

La orden judicial debe ser escrita y fundada. El art. 18 de la CN se encuentra reglamentado por los arts. 230 del CPPN y 137 del CPPF, que exigen un decreto o auto "fundado" para disponer una requisa. Sin embargo, el art. 283 del CPPN, previo fijar como principio que la orden deba ser escrita, prevé que pueda "impartirse" verbalmente en casos de suma urgencia (art. 283 del CPPN), lo que puede llevar a la duda. Pero ello no significa que no deba cumplirse con la regla del art. 230, sino, simplemente, que puede comunicarse verbalmente (al Ministerio Público Fiscal o a la policía que deba ejecutar la requisa), ya que el art. 283 no permite prescindir de la orden escrita, tan solo habilita una notificación

---

<sup>358</sup> BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. 2, cit., págs. 325-326.

<sup>359</sup> EKMEKDJIÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 2, cit., p. 267.

<sup>360</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 340-342, señala que "las investigaciones corporales, en tanto medidas restrictivas de derechos fundamentales, deben ser acordadas por los órganos jurisdiccionales... Sin embargo, razones de urgencia o de riesgo para el éxito de la investigación penal, justifican excepciones a tal regla en las que el órgano judicial tendría una función de control y confirmación posterior".

verbal de la misma. Otras razones avalan dicha premisa: el art. 18 de la CN, especialmente orientado a la medida de privación de la libertad, impone la orden escrita; por su parte, el art. 224, párrafo tercero, del CPPN prescribe que *"en caso de urgencia, cuando medie delegación de la diligencia, la comunicación de la orden a quien se le encomiende el allanamiento podrá realizarse por medios electrónicos"*, descartando que la orden pueda resolverse verbalmente; también es importante destacar que el art. 2 del CPPN establece el principio de interpretación restrictiva de toda disposición legal que coarte la libertad personal o que limite el ejercicio de un derecho.

Las detenciones y requisas afectan valores fundamentales, por lo tanto, una interpretación taxativa del art. 283 debería primar por sobre otra que llevara a reducir la protección que importa contar con una orden judicial escrita al momento de interferir en tales derechos. Asimismo, una orden verbal limitaría las ulteriores facultades de recurso, dada la imposibilidad de ejercer un control adecuado sobre los antecedentes y fundamentos de la decisión.

## **2.6. La urgencia para requisar: los arts. 230 bis del CPPN y 138 del CPPF**

Como regla general, la requisita debe ser ordenada por un juez. Sin embargo, con el objetivo de afianzar compromisos previstos en el Preámbulo de la CN, la reglamentación del derecho fundamental a la

intimidación autoriza, como excepción, la intervención policial de oficio<sup>361</sup>. Como sostiene CARRIÓ, para la policía las exigencias no son menores que aquellas que le corresponden al juez<sup>362</sup>. Inclusive, es posible considerar que son mayores, ya que, además de las prescripciones generales, el agente debe acreditar la urgencia, es decir, la imposibilidad de contar con la pertinente orden en tiempo y forma.

Corresponde aclarar desde el inicio que las críticas que merece el vigente art. 230 bis del CPPN en relación a la urgencia han sido subsanadas por el legislador al sancionar el CPPF, en tanto su art. 138 establece específicamente el presupuesto de la urgencia en su inciso "b", siendo válida la requisita policial sin orden judicial cuando *"no fuere posible esperar la orden judicial ante el peligro cierto de que desaparezcan las pruebas que se intentan incautar"*.

BERTELOTTI, refiriéndose al art. 230 bis del CPPN, apunta: *"al suprimir la urgencia, se equipara a la policía con el juez, pues a ambos se le exigen similares requisitos para requisar —los motivos suficientes/circunstancias previas o concomitantes—, cuando, en realidad, lo que corresponde es que a la policía se le exija, siempre, más de lo que se le requiere al juez para disponer medidas de coerción,*

---

<sup>361</sup> Los códigos procesales y las leyes orgánicas policiales constituyen parte de la reglamentación de la CN (art. 28).

<sup>362</sup> En similar sentido resolvió la CFCP, Sala II, causa n° 11.516, registro n° 769/13, "Pini, Luis Alberto s/ recurso de casación", resolución del 18 de junio de 2013, voto de la jueza Ledesma, al que adhiriera el juez Slokar: *"Pues si a los jueces, para autorizar la requisita, se les exige "motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito", al personal policial no puede exigírsele menos"*.

*pues... la preferencia constitucional es clara en cuanto a que ellas queden en manos de los jueces*<sup>363</sup>.

Si bien el art. 230 bis del CPPN no establece el requisito de la urgencia para que la policía proceda a requisar, ello se desprende de la exigencia constitucional de una orden judicial y de su concordancia con el art. 230<sup>364</sup>. Una simple lectura permite observar que ambas disposiciones establecen requisitos similares, salvo en lo concerniente a las circunstancias de lugar. Es decir, de la letra del art. 230 bis del CPPN podría entenderse que las fuerzas de seguridad cuentan con la atribución de proceder por sospecha sin necesidad de requerir la orden a un juez. Trazando el camino correcto, señala BIDART CAMPOS: "*[e]s que se ha de arrancar del principio liminar de que procedimientos como el de nuestro caso, que lleva a cabo una autoridad no judicial, sólo tienen excepcionalísima cabida y justificación sin previa resolución de juez competente cuando existe fundada razón de sospecha y ésta no admite demora. Es, entonces, un doble condicionamiento: la sospecha cierta y razonable, más la urgencia de realizar el procedimiento*"<sup>365</sup>. Y agrega: "*[s]olo sospecha objetiva y vehemente, más urgencia, permiten excepcionar la orden judicial*"<sup>366</sup>. De lo contrario, no se justificaría que sea el juez quien deba ordenar una requisa<sup>367</sup>.

Por tanto, la mera circunstancia de que un individuo se encuentre en un vehículo, buque o aeronave no permite concluir en la validez de la

---

<sup>363</sup> BERTELOTTI, "La ley 25.434 y su influencia en la regulación de la requisa personal", cit., p. 224.

<sup>364</sup> El art. 184 inc. 5° del CPPN también regula la atribución policial para requisar sin aludir a la urgencia.

<sup>365</sup> BIDART CAMPOS, "Droga mal hallada en una requisa policial", cit., p. 352 y ss.

<sup>366</sup> BIDART CAMPOS, "Lo nulo y lo válido en una causa por drogas", cit., p. 325.

<sup>367</sup> HAIRABEDIÁN, *Requisas y otras inspecciones corporales*, cit., págs. 43-44.

requisa efectuada en su interior o sobre sus ocupantes. Solo cuando la interceptación, justificada por motivos previos, requiriera una requisita —por urgencia— podrá aceptarse la "excepción de los automóviles" creada por el legislador federal<sup>368</sup>. Explica, en este sentido, BERTELOTTI: "[m]ás allá de la denominación que le otorguemos —"motivos suficientes" o "circunstancias previas o concomitantes", "actitud sospechosa", "sospecha razonable" o "causa probable"—, el personal de la prevención que proceda a la requisita, para que esta sea válida, deberá explicar con claridad y suficiencia cuáles fueron los elementos objetivos de la realidad que, antes de intervenir, le hicieron presumir fundadamente que la persona requisada llevaba consigo objetos relacionados con un delito"<sup>369</sup>.

La exigencia de los presupuestos para la validez de una requisita policial sin orden judicial en casos de urgencia, principalmente en lo que atañe a su fundamentación, no ha sido suficientemente aplicada por la jurisprudencia<sup>370</sup>, como se ha visto a partir del contenido del fallo de la CIDH en el caso "Fernández Prieto y Tumbeiro", que dejó atrás una doctrina de la CSJN condescendiente con la arbitrariedad policial. Doctrina que, como bien sostiene MAIER, se corresponde con el amplio

---

<sup>368</sup> JUÁREZ, "Requisita y exclusión de la prueba en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Estados Unidos (un aliciente para que la Corte Suprema argentina escape al "preferiría no hacerlo")", cit., p. 48.

<sup>369</sup> BERTELOTTI, "La ley 25.434 y su influencia en la regulación de la requisita personal", cit., p. 208; en igual sentido, HAIRABEDIÁN, *Requisitas y otras inspecciones corporales*, cit., p. 48.

<sup>370</sup> ESCANDAR, Nicolás - FRENCH, Santiago, "Injerencias y estándares probatorios", en *Diario DPI Cuántico*, n° 93, del 11 de diciembre de 2015, Buenos Aires, 2015, disponible en <https://bit.ly/2y2nYoF>, refiriéndose a la jurisprudencia, consideran que "existen dudas con respecto a numerosas acciones cuya prueba... da lugar a la convalidación de una injerencia",

espectro de aplicación que surge del criterio de "motivos suficientes" establecido en la ley<sup>371</sup>.

Dada la prioridad constitucional por la intervención de un juez cuando puedan afectarse derechos fundamentales, considero que la policía puede actuar de oficio solo si la demora en solicitar la orden tuviera como consecuencias la alteración o desaparición de evidencias de interés para la investigación. Ese debe ser el patrón a evaluar al momento de convalidar un acto policial "de excepción". En este sentido, según CARRIÓ, "*[l]a sospecha del policía de que alguien ha cometido o está por cometer un delito, y de que la requisita inmediata de sus pertenencias ayudaría a impedirlo o esclarecerlo, tiene que estar acompañada por el hecho de que no haya sido posible o haya sido impráctico, requerir una orden judicial previa*"<sup>372</sup>.

Al respecto, debe delimitarse la urgencia de la flagrancia. Como destaca LANGER, los términos flagrancia y urgencia "no se superponen"<sup>373</sup>. Conforme lo expone MARTÍN: "*[p]arecería... que los motivos previos para efectuar la detención (indicios vehementes de culpabilidad, flagrancia, comisión de delito o contravención) podrían llevar ínsitos, además, los motivos para presumir que esa persona oculta elementos provenientes o constituyentes de un delito. Esta asimilación, o ampliación en abstracto, resulta al menos discutible*"<sup>374</sup>.

---

<sup>371</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, cit., p. 193.

<sup>372</sup> CARRIÓ, "Facultades policiales en materia de arrestos y requisas. ¿Qué puede o debe hacer la policía y qué no?", cit., p. 269 y ss.; HAIRABEDIÁN, *Requisas y otras inspecciones corporales*, cit., p. 42.

<sup>373</sup> LANGER, "La requisita personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal", cit., p. 244.

<sup>374</sup> MARTÍN, *Detenciones policiales ilegales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal*, cit., p. 170.

Hasta la resolución de la CIDH<sup>375</sup>, casos como los de Fernández Prieto y Tumbeiro marcaron el rumbo de la jurisprudencia nacional, que descartaba la exigencia de descripciones y referencias fácticas en el ámbito de la sospecha<sup>376</sup>. Sin embargo, y siguiendo lo puntualizado por LANGER y MARTÍN, debe remarcarse que no toda situación de flagrancia justifica una requisa sin orden judicial, pues los motivos para proceder en uno y otro caso difieren y porque, en muchos de ellos, una vez detenidos los autores, las evidencias a secuestrar no correrán riesgo alguno (vehículo, bolsos, etc.)<sup>377</sup>, pudiendo esperarse (preservación mediante) la pertinente orden judicial<sup>378</sup>.

## **2.7. Formalidades a cumplir durante la ejecución de la requisa**

La ejecución de la requisa debe ordenarse con absoluto respeto por los derechos individuales y de acuerdo a su respectiva reglamentación (art. 28 de la CN). En ese sentido, los códigos procesales ratifican tal deber en torno al pudor de la persona intervenida, cuyo decoro y recato corresponde resguardar, evitando que la diligencia se transforme en un espectáculo público. Así lo estipulan tanto el art. 230 del CPPN como el art. 137 del CPPF. Tales premisas

---

<sup>375</sup> CIDH, caso "Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina", cit.

<sup>376</sup> Crítico al respecto, CARRIÓ, "El derecho a la libertad y los "trámites de identificación". De "Daray" a "Fernández Prieto" a "Tumbeiro" (o de Guatebuena a Guatemala a Guatepeor)", cit., p. 729 y ss.

<sup>377</sup> BERTELOTTI, "La ley 25.434 y su influencia en la regulación de la requisa personal", cit., p. 229; LANGER, "La requisa personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal", cit., p. 244.

<sup>378</sup> PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 37.

deben priorizarse porque, a diferencia de las inspecciones e intervenciones corporales —que suelen disponerse por orden judicial, realizarse de modo programado y, en la mayoría de los casos, por profesionales médicos o sanitarios—, la requisita habitualmente se practica sin orden judicial, en la vía pública o lugares de acceso público y por funcionarios policiales. Dichas circunstancias obligan a extremar las precauciones al momento de su realización, a fin de preservar el pudor, recato, intimidad y dignidad de la persona.

El art. 137 del CPPF establece, además, que la requisita debe cumplirse "*con perspectiva de género, respetando el pudor y la dignidad personal*". El género conlleva un respeto desvinculado de connotaciones sexuales y de estrictas posturas binarias. Dicha perspectiva implica el respeto no solo durante la práctica de la diligencia, sino también desde el trato dispensado; ya que cualquier manifestación o expresión denigrante podría vulnerar la dignidad de la persona, desde el nombre, debiendo utilizarse aquel que la persona indique, hasta los apodos o artículos empleados. Así surge de lo establecido por el art. 12 de la ley 26.743<sup>379</sup>, que dispone: "*Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas... En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada*".

En cuanto a la diligencia, y si se dieran las circunstancias, podrá consultarse a la persona requerida y someter a su decisión la condición

---

<sup>379</sup> Sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada el 23 de mayo de 2012, publicada en el BO el 24 de mayo de 2012.



de género de quien habrá de proceder a la requisa<sup>380</sup>. En todos los casos podrá requerirse la respectiva autorización judicial o la asistencia que correspondiera para que la persona pueda consentir la injerencia. Por el contrario, si se tratara de una medida programada, obviamente con orden judicial, y se conociera la identificación de género del sujeto pasivo, entonces la planificación y la orden deberán considerar e incluir las condiciones de quien habrá de realizar la requisa.

En función de lo establecido por la ley 26.743, no cabe duda de que la tarea policial debe orientarse por ese camino, pues así lo indica su art. 13: *"Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo"*.

Otra de las formalidades a cumplir surge con el deber de información, que constituye un derecho del sujeto pasivo. Esa información debe contemplar, por un lado, las razones que llevan a proceder y, por el otro, una individualización, descripción o referencia de

---

<sup>380</sup> La "Guía de procedimiento de "visu médico" y de "control y registro" de personas trans en el ámbito del servicio central de alcaldías", publicada en el Boletín Público Normativo del Servicio Penitenciario Federal, n° 596, año 23, del 11 de abril de 2016, Anexo I de la Resolución del Director Nacional n° 441, del 31 de marzo de 2016, prevé dicha preferencia en el art. 5 inc. 3°, en relación al género del médico que realice la práctica, fijando su alcance respecto de *"personas cuya percepción interna acerca de su género no se corresponda con el sexo asignado al momento del nacimiento"*. Debe entenderse por identidad de género la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la sienta, incluyendo la vivencia personal del cuerpo, que puede corresponder o no con el sexo asentado en el documento al momento del nacimiento. Esto incluye la apariencia, la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

los objetos a descubrir y secuestrar. Al respecto, cabe señalar que el art. 230 del CPPN no establece expresamente tal exigencia; de todos modos, aquellos pueden determinarse en función del vínculo con los motivos previos (plasmados en la orden judicial o en el acta policial) y porque las disposiciones sobre los registros domiciliarios, íntimamente ligadas a las requisas, imponen tal condición. El art. 224 del CPPN prescribe que la orden de allanamiento deba incluir *"la indicación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados, la finalidad con que se practicará el registro"* y *"la descripción de las cosas a secuestrar o personas a detener"*.

Por el contrario, el art. 137 del CPPF sí dispone que la orden indique *"los objetos buscados"*. Dicha información es importante para que la persona pueda responder a la invitación previa a la requisas, regulada por los arts. 230 del CPPN y 137 del CPPF. Una invitación que tiene como propósito evitar la realización de la diligencia cuando lo que se busca puede ser exhibido y entregado directamente por la persona requerida. Si la entrega cumpliera de modo suficiente y conclusivo con el objeto de la medida (se buscaba un reloj y la persona lo dio), habrán desaparecido los fundamentos para actuar sobre la persona requisándola.

La invitación es facultativa en el CPPN (art. 230) y obligatoria en el CPPF (137); no obstante, cabe consignar que podrá proponerse siempre que no hubiera peligro de agresión o daño mediante el uso de ese mismo objeto que se busca<sup>381</sup>.

---

<sup>381</sup> En similar sentido, MAIER, *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, cit., p. 206.

Por tratarse de una medida que prescinde del consentimiento del sujeto pasivo, la negativa a entregar o a exhibir el objeto de que se trate no impedirá su ejecución. Salvo, como lo establecen los arts. 230 del CPPN y 137 del CPPF, que mediaren causas justificadas, lo que, en todo caso, se resolverá en base a los principios de proporcionalidad y necesidad.

Por supuesto que la invitación será válida únicamente si existieran motivos previos para requisar<sup>382</sup>. Pues si se tratara de una actuación arbitraria, ninguna entrega voluntaria podría convalidar un procedimiento carente de fundamentación. Así, es preciso desterrar la eventual práctica consistente, aun ante la inexistencia de motivos previos o concomitantes, en “invitar” o preguntar al detenido o interceptado (en un operativo, por ejemplo) si la persona tiene alguna objeción a que revisen, por ejemplo, el baúl de su auto o una mochila cuando no cuentan con respaldo legal ni con motivos para hacerlo<sup>383</sup>.

Otra formalidad legalmente impuesta consiste en la realización por separado de las requisas cuando fueran varias personas (arts. 230 del CPPN y 137 del CPPF). Ello tiende a evitar registros masivos, denominados policialmente como “razzias”<sup>384</sup>, que denigran y agravian

---

<sup>382</sup> BERTELOTTI, “La ley 25.434 y su influencia en la regulación de la requisa personal”, cit., p. 230.

<sup>383</sup> RAFECAS, “Procedimientos policiales fraguados. Una seria disfunción en el sistema penal argentino”, cit., págs. 735-744. La pregunta encierra una trampa, generalmente interpretada de este modo: si el sujeto pasivo acepta y da su “anuencia”, entonces es posible revisar, pero si no acepta, entonces “algo esconde”, por lo que se torna imperioso revisar; por cualquier vía, siempre se llega al mismo resultado.

<sup>384</sup> La CIDH, en el caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia del 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), sostuvo: “*Las razzias son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener —salvo*

la dignidad, tanto en la vía pública como, por ejemplo, en el patio de una comisaría. Por supuesto que, si se diera el caso, la detención sí podrá ser grupal, pero no la requisa consecuente.

En lo demás, cada etapa del procedimiento debe documentarse formalmente. Los arts. 138 del CPPN y 137 del CPPF establecen que cuando un funcionario público deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia deberá redactar un acta según los presupuestos legales precedentemente señalados.

## **2.8. Las cavidades naturales en supuestos de requisa**

Entiendo conveniente diferenciar las cavidades naturales y el interior del cuerpo humano, pues este puede ser sometido solo mediante una intervención corporal, en tanto las cavidades naturales pueden revisarse a través de una requisa, que sería el equivalente español a la "inspección". Por cavidad natural puede entenderse todo hueco, espacio o resquicio de la anatomía humana, como la vagina, el ano, la boca o cualquier otra que admita la penetración e inserción de vestigios vinculados a un delito (uñas, axilas, pabellón auricular, orificio nasal o pliegues de la piel).

Las cavidades naturales se caracterizan por ser partes del cuerpo a las que tiene acceso la misma persona sospechosa. Ello descarta, en principio, una intervención médica o conocimientos especiales para el examen o para la obtención del material a incautar, excepto que la

---

*en hipótesis de flagrancia— y de la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad" (párr. 137).*

extracción pusiera en riesgo la salud o la integridad física o la dignidad e intimidad de la persona. Y en este caso, según de qué cavidades se trate, me parece evidente que únicamente personal sanitario podrá realizar la requisa<sup>385</sup>. En tales casos deberá intervenir un profesional médico o sanitario. Dada esta hipótesis, la medida deberá operar como intervención, y no solo por la actuación de un especialista, sino por el resguardo que importa la obtención del material sin afectar la salud o la integridad física del sujeto pasivo, como así también su dignidad e intimidad.

Refiere D'ALBORA, diferenciando una y otra medida, que la inspección corporal no va más allá de verificar, mediante la percepción, el aspecto externo del cuerpo, en tanto la requisa involucra el acceso a cavidades naturales y el eventual secuestro de las cosas relacionadas con el delito<sup>386</sup>.

Dentro de las cavidades naturales corresponde destacar, por su estrecha relación con los derechos fundamentales a la intimidad y a la integridad física, el ano, la vagina y la boca.

Respecto del ano y la vagina, comparto la postura de Isabel HUERTAS MARTÍN: *"...en mi opinión, sí resulta degradante la realización de un registro anal o vaginal, aunque lo sea por un facultativo y no medie fuerza física, por ser las mencionadas partes del cuerpo humano, según los parámetros culturales de la sociedad en que vivimos, un reducto que la generalidad de las personas consideran absolutamente privado e*

---

<sup>385</sup> Esto podría suceder, por ejemplo, por dispersión del material oculto (rotura del respectivo envoltorio) o porque el acceso sin cuidados y precauciones sanitarias (instrumental adecuado, condiciones de higiene, etc.) pudiera causar alguna infección o lesión.

<sup>386</sup> D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, cit., p. 389.

*inviolable, y un examen de los mismos, realizado por una persona —aunque ostente la cualidad de profesional de la medicina— a la que no se autorizara personalmente constituiría un acto de degradación por cuanto conllevaría una humillación de entidad considerable*<sup>387</sup>.

Esa imposibilidad de intromisión determina que la medida a ejecutar consista en una requisa, porque se trata de elementos intencionalmente ocultos en el ano o en la vagina. En caso de negativa, deberá aislarse a la persona (sin afectar su dignidad ni agravar las condiciones de su detención) y aguardar a que los mismos decanten naturalmente, si ello es posible<sup>388</sup>. De igual modo opina TAPIA: "*La requisa conlleva la búsqueda de objetos ocultos que se encuentran en o bajo la indumentaria del afectado o sobre la superficie corporal (cosas sujetas al cuerpo mediante adhesivos) y en el interior de los orificios corporales naturales (boca, ano, vagina)*"<sup>389</sup>.

La boca y cualquier otra cavidad natural también deben revisarse mediante una requisa. La STS del 15 de enero de 1993 afirmó que un registro bucal, consistente en extraer unas bolsitas de cocaína de la boca del sujeto afectado, no incidió en el derecho a la intimidad

---

<sup>387</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 376-377. Coinciden con lo aquí expuesto PÉREZ MANZANO, Mercedes – TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, "Artículo 15", en *Comentarios a la Constitución Española. XL aniversario*, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer – María Emilia Casas Baamonde directores, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, p. 389.

<sup>388</sup> LÓPEZ, Claudia – TENCA, Adrián Marcelo, "La relevancia del consentimiento en la obtención de pruebas y la autorización judicial", *La Ley*, 1989-B-512, Buenos Aires, 1989, p. 512 y ss.

<sup>389</sup> TAPIA, Juan Francisco, "Extracciones hemáticas compulsivas: en búsqueda de una molécula contra la impunidad", en *Fallos de la Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires*, año 3, n° 3, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2011, p. 107.

personal, por no constituir dicha cavidad natural del cuerpo humano un espacio subjetivamente íntimo<sup>390</sup>.

Siempre que se comprobaran motivos para proceder, y aun en casos de urgencia, el consentimiento legitimará la medida ante la imposibilidad de ejercer fuerza física en zonas íntimas del cuerpo. Si alguien, invitación mediante, se resistiera a la entrega de aquello que pudiera tener en su ano o vagina, inclusive ante una orden judicial, no sería posible forzarlo para vencer tal oposición, toda vez que cualquier fuerza aplicada constituiría un trato humillante o degradante. En otras palabras, cualquier coerción en tal sentido implicaría un trato prohibido (forcejeos, presiones o tirones para abrir las piernas o la boca de la persona). En estos casos la medida consistirá en aguardar la distensión y serenidad del sujeto pasivo para proceder al secuestro del objeto buscado. Por supuesto que la espera será posible siempre que no se comprobara una situación de peligro para la salud, pues en esta hipótesis la injerencia procederá de urgencia como causa de justificación a fin de salvaguardar su vida y no como acto de investigación.

En 2012, la Sala I de la CNCCF<sup>391</sup>, en una intervención policial que desconoció los principios antes apuntados, resolvió: "*[e]n el sub-lite la requisa vaginal de Cárdenas Berrospi fue practicada por una oficial de la policía, sin previa orden judicial, en un lugar en que la nombrada se hallaba expuesta a una situación humillante (aun cuando se tratara de la entrada de un garage, estaba sobre la vía pública y cerca de donde se encontraban los testigos y preventores) y a dudosas condiciones de*

---

<sup>390</sup> Citada por HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 382.

<sup>391</sup> CNCCF, Sala I, causa n° 46.398, caratulada "Cárdenas Berrospi, Yulisa Yovani s/ falta de mérito", registro n° 1.036, resolución del 18 de septiembre de 2012.

*higiene —como se dijo, se realizó en la calle y por medio de una oficial que no era médica—. En ese contexto, tuvo que soportar una invasión a su cuerpo, la cual no era absolutamente necesaria —al menos bajo aquellas condiciones—, dañándose de ese modo su dignidad e integridad”.*

Por ende, la predisposición de la persona requerida determinará el alcance de la actuación policial a fin de secuestrar evidencias ocultas en las cavidades naturales del cuerpo humano. Pero, tal como se aclaró al hacer referencia a los sujetos activos de la diligencia, debe exigirse la intervención de personal médico o sanitario cuando la requisa se practique en el ano o la vagina, porque así lo imponen los derechos fundamentales a la integridad física y a la salud en todos los supuestos (incluida la boca) y la dignidad e intimidad en las hipótesis de ano y vagina.

### **3. INSPECCIÓN E INTERVENCIÓN CORPORAL**

#### **3.1. La inspección corporal. Concepto y naturaleza**

La inspección corporal constituye una diligencia de investigación consistente en la observación y reconocimiento por percepción mediante los sentidos de toda característica, rastro o señal que pudiera hallarse en la superficie del cuerpo, total o parcialmente desnudo, del imputado o de un tercero<sup>392</sup>. La inspección excluye la recuperación de material

---

<sup>392</sup> Según el diccionario de la RAE, percibir significa “*captar por uno de los sentidos las imágenes, impresiones o sensaciones externas*” (segunda acepción) o “*comprender o conocer algo*” (tercera acepción), tratándose de



corporal o de cualquier otro tipo de componente o elemento, pues se trata de una comprobación sin intromisión<sup>393</sup>. El propósito radica en la constatación y el medio lo conforman los sentidos humanos para percibir<sup>394</sup>. El resultado debe documentarse por escrito (acta) y/o mediante otros métodos de registro, tal como lo prevé el art. 109 del CPPF. Se trata de una medida que debe ser practicada de acuerdo con los principios de proporcionalidad y necesidad e incide en los derechos a la dignidad y a la intimidad<sup>395</sup>, sin afectación de los derechos a la integridad física y a la salud.

El concepto de inspección se cimienta en las siguientes particularidades: se trata de un acto de investigación; no procura el

---

acciones plenamente compatibles con la medida de inspección. Para DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 71, "por inspecciones corporales cabría entender cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano (total o parcialmente desnudo) en sí mismo considerado".

<sup>393</sup> FINZI, "La requisita personal", cit., p. 995, expone que "mientras la requisita se endereza a secuestrar cosas útiles para el descubrimiento de la verdad, la inspección se propone el fin de realizar comprobaciones".

<sup>394</sup> Según MAIER, *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, cit., p. 191, la inspección corporal, categoría en la que incluye las intervenciones, constituye una "...reglamentación de la percepción directa...".

<sup>395</sup> SAN MIGUEL CASO, Cristina, "Medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales", en *Manual de Derecho Procesal Penal para Guardias Civiles*, Raúl Sánchez Gómez y Juan Alejandro Montoro Sánchez coordinadores, Dykinson, Madrid, 2021, págs. 134-135. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Protección penal de la intimidad genética", en *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, María Casado - Margarita Guillén coordinadoras, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, p. 93, enseña que "[l]a específica naturaleza de la información genética, que se ha denominado "polimórfica", ha configurado un aspecto muy concreto de la intimidad conocida como la "intimidad genética", sentando las bases de lo que ya se conoce como *Ética de la información genética*". Véase al respecto RUIZ MIGUEL, Carlos, "La nueva frontera del derecho a la intimidad", en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, nº 14, Dykinson, Madrid, 2001, p. 165.

secuestro o incautación de elemento o material alguno; se basa en la percepción y observación; recae sobre la superficie corporal sin alterarla; puede disponerse respecto del imputado o de un tercero; y la coacción, como en las demás injerencias, tendrá únicamente carácter jurídico, en función de la limitación al uso de la fuerza que impone el derecho fundamental a la dignidad de la persona<sup>396</sup>.

Como bien enseña D'ALBORA, la inspección judicial *"no se restringe a la mera percepción visual... el magistrado puede limitarse a escuchar en la verificación de ciertos ruidos, o a gustar para apreciar un sabor, o bien utilizar el olfato si se trata de comprobar un olor. También a través del tacto puede conocer la consistencia de una materia... Es el arquetipo de la inmediatez en la apreciación de la prueba"*. La inspección corporal no es más que una especie de la inspección judicial y, tal como aquí se sostiene, *"no va más allá de verificar, por la percepción, el aspecto externo del cuerpo"*; por el contrario, la requisa implica el acceso a cavidades naturales y el eventual secuestro de elementos relacionados con el delito<sup>397</sup>.

La inspección corporal, por ejemplo, puede procurar la comprobación de tatuajes, cicatrices, manchas en la piel, contusiones, hematomas, marcas de nacimiento, equimosis, lunares, pecas, rasguños, vello, vestigios de coloración por el sol o dimensiones de

---

<sup>396</sup> Ratificando el carácter absoluto de la dignidad, conforme aquí se postula, se expide OEHLING DE LOS REYES, Alberto, "El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 31, nº 91, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, págs. 135-176, quien analiza las Constituciones de distintos países europeos.

<sup>397</sup> D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, cit., págs. 387-389.

algún miembro o extremidad (glúteos, brazos, pene<sup>398</sup>). También puede recaer sobre deformaciones corporales, ausencia o falta de algún órgano, miembro o extremidad (dedo, ojo, oreja, etc.), características particulares (color de ojos, tamaño de las cejas o de las orejas, etc.), verrugas, abultamientos, tumores, raspones, etc.

Aunque con algunas diferencias respecto de los casos encuadrables en cada tipo de medida, según lo que aquí se sustenta, la STC 207/1996, del 16 de diciembre de 1996, consideró que *"dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba —en su caso, anticipada— recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización: a) en una primera*

---

<sup>398</sup> Distinto es el caso de las pruebas falométricas, cuyo grado de afectación, sin consentimiento del imputado, las torna degradantes, véase TAPIA, Juan Francisco, "Las intervenciones corporales en el proceso penal", Buenos Aires, 2008, p. 48, disponible en <https://bit.ly/2t48MBD>. Asimismo, YULIS, Sergio, "La respuesta genital: su investigación experimental y sus aplicaciones clínicas", en *Revista Latinoamericana de Psicología*, volumen 9, n° 1, Fundación Universitaria Konrad Lorenz, Bogotá, 1977, págs. 29-45. El Parlamento Europeo, en respuesta a la cuestión E-010829/2010, consideró: *"La Comisión está muy preocupada por la información a la que se refiere su Señoría relativa a la "prueba falométrica" utilizada en la República Checa de acuerdo con la información disponible. La Comisión estima que, a la luz de lo dispuesto en la Directiva 2004/83/CE (Directiva sobre requisitos de reconocimiento) y la Directiva 2005/85/CE (Directiva sobre los procedimientos de asilo), la práctica plantea serias dudas sobre su conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en particular sus artículos 4 y 7 relativos a la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes y al respeto de la vida privada y familiar, respectivamente. La prueba constituye una clara intromisión en la esfera privada de la persona y en su dignidad. Resulta, además, tanto más inapropiado tratándose de solicitantes de asilo que han sido perseguidos por razón de su orientación sexual. Dada su naturaleza intrusiva, la prueba no parece respetar el principio de proporcionalidad"*, disponible en <https://bit.ly/3uneYSK>.

*clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales, eso es, en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado —diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.— o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible —electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.— o para el descubrimiento del objeto del delito —inspecciones anales o vaginales, etc.—, en principio, no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 de la CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad, y b) por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial —análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.— o en su exposición a radiaciones —rayos X, TAC, 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 de la CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa<sup>399</sup>.*

Usualmente, la inspección corporal forma parte de la revisión médica ulterior a una detención o a una denuncia por hechos que

---

<sup>399</sup> Véase DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 224-226.

hubieran dejado marcas en el cuerpo (lesiones, abuso sexual, etc.), tanto respecto del imputado como de la víctima.

La inspección corporal se encuentra específicamente prevista en el art. 218 del CPPN, norma que prioriza el respeto por el pudor de la persona y que extiende la medida a terceros distintos del imputado para casos de "*grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad*"<sup>400</sup>. Dicha norma asigna la inspección al juez, quien, de ser necesario, podrá ser auxiliado por peritos. Como ese apoyo o auxilio es eventual, pues el juez puede inspeccionar por sí mismo, la intervención de los peritos también tendrá carácter eventual, dependiendo de los requerimientos del caso (desde un médico hasta un experto en tatuajes).

Por su parte, los arts. 184 inc. 4º del CPPN y 96 inc. "f" del CPPF habilitan a la policía a la realización de inspecciones para hacer constar el estado de las personas en casos de urgencia ("*peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación*").

El art. 216 del CPPN regula la inspección como una medida de prueba, específicamente destinada a la "comprobación", para que el juez de instrucción examine a una persona y describa detalladamente los

---

<sup>400</sup> DE LUCA, Javier, "El cuerpo y la prueba", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, t. 3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 44, considera que "[l]as medidas probatorias sobre el imputado, víctimas y testigos están previstas por los ordenamientos procesales mediante normas genéricas, poco precisas, que se refieren a las requisas e inspecciones corporales". Véase también TAPIA, "Las intervenciones corporales en el proceso penal", cit., págs. 22-23. Según RIQUERT, Marcelo, "Las intervenciones corporales en el proceso penal", en *Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 430, la carencia de anclaje normativo puede resolverse considerando el principio de libertad probatoria. De otra opinión, PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "La prueba como información y la "autodeterminación informacional" como derecho fundamental del imputado", en *Homenaje a la Escuela Procesal Penal de Córdoba*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2015, p. 195.

rastros que el delito hubiera dejado en ella, permitiendo, si fuera posible, la recolección de "*elementos probatorios útiles*". Si esta última hipótesis se diera, cualquier levantamiento o extracción deberá canalizarse como requisita o como intervención, dependiendo del espacio en el que se hallara el objeto a incautar. Tales inspecciones pueden ir acompañadas de "*todas las operaciones técnicas y científicas convenientes*" (art. 222 del CPPN).

El carácter externo y superficial de la medida aquí analizada puede apreciarse con claridad en la regulación de la autopsia, según el art. 264 del CPPN, que impone la realización de tal diligencia en caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, "*salvo que por la inspección exterior resultare evidente la causa de la muerte*". Aunque corresponde señalar que la variedad posible de inspecciones corporales excede las condiciones que le corresponden a una autopsia, y no solo porque en esta se trata de un cuerpo sin vida, sino porque puede enfocarse en múltiples aspectos que dependerán de las características del delito investigado, conforme los ejemplos ya expuestos (tatuajes, heridas, cicatrices, defectos congénitos, etc.).

La inspección, como la requisita, debe ser dispuesta por una autoridad judicial, conforme lo prevén los arts. 216, 218, 222 y 264 del CPPN. Excepcionalmente, puede ser realizada por la policía sin orden judicial, según lo estipulan los citados arts. 184 inc. 4º del CPPN y 96 inc. "f" del CPPF.

En general, la inspección recae sobre el cuerpo del imputado. Sin embargo, también se da respecto de terceros, como la víctima en supuestos de lesiones o abuso sexual o de testigos, por ejemplo, si un tercero auxilia a la víctima que —por transferencia mediante el

contacto— le impregna pintura, sangre, etc., o si un tercero es rozado por el imputado que huye perseguido por la policía y le impregna —también por transferencia mediante el contacto— alguna sustancia o le deja alguna marca por forcejear con este en el camino<sup>401</sup>.

En lo demás, es decir, en cuanto a derechos fundamentales afectados, finalidad, exigencia de motivación, características de la orden pertinente y respeto por la identidad de género, la inspección se aviene a las condiciones y características de la requisita<sup>402</sup>, por lo que cabe remitirse a lo ya referido.

## **3.2. La intervención corporal**

### **3.2.1. Concepto y naturaleza de la intervención corporal**

Tradicionalmente se ha extendido el concepto propuesto por GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, quien define las intervenciones corporales como *"las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir 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*

---

<sup>401</sup> Refiriéndose a las requisas, lo que puede extrapolarse sin esfuerzo a las inspecciones, véase HAIRABEDIÁN, *Requisas y otras inspecciones corporales*, cit., págs. 7 y 25.

<sup>402</sup> Inclusive, la inspección y la requisita comparten, tanto en el CPPN (art. 138) como en el CPPF (arts. 110 y 136), la condición de actos definitivos e irreproducibles.

*encontrar objetos escondidos en él*<sup>403</sup>. Sin embargo, coincido con DUART ALBIOL cuando afirma que la laxitud de tal definición "da cabida a un amplio elenco de medidas"<sup>404</sup>; laxitud que aquí intentaré ajustar a la legislación argentina, descartando, además, el referido uso de la coacción directa.

Según consideran Mercedes PÉREZ MANZANO y Carmen TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "[e]l de las intervenciones corporales constituye, probablemente, el más problemático de los ámbitos de juego del derecho a la integridad física, y aquel en el que la jurisprudencia constitucional presenta más oscuridades"<sup>405</sup>. Coincido con ellas, pues así se verifica también en Argentina en función del escaso material bibliográfico y jurisprudencial en la materia. Frente a tal panorama, es posible definir la intervención corporal como una diligencia de investigación<sup>406</sup>, consistente en la obtención de material constitutivo del

---

<sup>403</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 290.

<sup>404</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 37, quien añade en nota al pie que "[s]e trata de una definición más próxima al derecho procesal alemán que al estado actual de la cuestión en nuestro país en el que no se admite el recurso a la vis física".

<sup>405</sup> PÉREZ MANZANO – TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "Artículo 15", cit., p. 388. Inclusive desde el ámbito médico forense se afirma: "[e]xiste un vacío legal en esta materia, por otra parte muy sensible. Las intervenciones corporales para la obtención de evidencias que sirvan como medio de prueba en el proceso no son un tema pacífico, ni para los médicos, ni para los jueces, ni para la doctrina. Las soluciones no son fáciles", VILLANUEVA CAÑADAS, Enrique, Gisbert Calabuig. *Medicina legal y toxicología*, 7º ed., Elsevier España, Barcelona, 2019, p. 167.

<sup>406</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., p. 18, afirma que "cabe calificar a los análisis genéticos y su aplicación forense como auténticas diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales".



cuerpo humano o alojado en su interior, sea del imputado o de un tercero<sup>407</sup>.

La definición propuesta se apoya en las siguientes características: se trata de un medio de investigación; la finalidad de la diligencia debe resultar de importancia o relevancia para la investigación (arts. 218 bis del CPPN y 181 del CPPF); el material a recuperar debe constituir parte del cuerpo o encontrarse alojado en su interior; puede disponerse respecto del imputado o de un tercero; y la coacción, como en las demás injerencias, tendrá únicamente carácter jurídico<sup>408</sup>.

Una hipótesis de intervención corporal que no procura la obtención de material constitutivo del cuerpo humano se da en el caso de elementos alojados en su interior, como en el supuesto de un proyectil producto de un disparo con arma de fuego o de esquirlas o restos de objetos como consecuencia de una explosión o de un accidente automovilístico, cuya extracción resulta de interés para cotejo o examen. Por tales razones el concepto de intervención incluye, además

---

<sup>407</sup> Alojado en el interior del cuerpo se entiende como inserto o aposentado y sin vías naturales para evacuarlo mediante actos reflejos fisiológicos, a diferencia de lo que sucede con los líquidos o sólidos expulsados por orina o por deposición fecal. Los fluidos propios (mucosa, etc.) o dejados por terceros (transpiración, material genético, etc.), al no ser eliminados naturalmente deben considerarse alojados, según el sentido aquí expuesto. La intervención sobre un tercero no imputado es usual en el caso de la víctima y también de otros, debiendo considerarse las restricciones que, como testigos, rigen para determinados parientes, véase ETXEBERRÍA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 170-173.

<sup>408</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 70-72. Por ejemplo, la víctima de un abuso sexual, de un secuestro, de un envenenamiento, de una contaminación culposa o de un disparo por arma de fuego. Como sostiene D'ALBORA, Francisco J., "La requisita en el proceso penal", en *La Ley*, 1995-E-934, Buenos Aires, 1995, p. 934 y ss., "[s]ujeto pasivo puede ser tanto el imputado como un tercero"; en igual sentido, MAIER, *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, cit., p. 192.

de aquel que lo constituye como tal, el material alojado en el interior del cuerpo humano.

Una de las posibles modalidades de intervención corporal es la diligencia de obtención de ADN, cuyas condiciones y particularidades permiten considerarla una intervención corporal, encontrándose regulada en el art. 218 bis del CPPN, incorporado en 2009 por ley 26.549, cuyo texto comprende los alcances de tal acto de investigación<sup>409</sup>.

La obtención de ADN puede recaer sobre el imputado o sobre un tercero y debe ser dispuesta por orden judicial mediante auto fundado que exprese, bajo sanción de nulidad, los motivos que justifican su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad "*en el caso concreto*"<sup>410</sup>. El art. 218 bis del CPPN le asigna dos finalidades: identificación y constatación de circunstancias de "*importancia*" para la investigación.

La integridad física se encuentra tutelada a partir de la admisión de "*mínimas extracciones*" (sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras

---

<sup>409</sup> Según da cuenta HAZÁN, Luciano A., "La desaparición forzada de niños en Argentina a través de la sustitución de su identidad", en *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. Del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*, María Casado - Juan José López Ortega coordinadores, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014, p. 168, luego del fallo "Vázquez Ferrá" (2003) de la CSJN, la CIDH homologó un Acuerdo de Solución Amistosa presentado por las Abuelas de Plaza de Mayo (informe 160/10 de la ComIDH, del 1º de noviembre de 2010, en virtud de la Petición nº 242/03, "Inocencia Luca de Pegoraro y otros", aprobado por Decreto del PEN nº 1800/2009) y con ello se llegó a la ley 26.549, que incorporó el art. 218 bis al CPPN y reguló la obtención e investigación pericial de ADN. La ley 26.549 fue sancionada el 18 de noviembre de 2009 y publicada en el BO el 27 de noviembre de 2009.

<sup>410</sup> El art. 175 del CPPF cuenta con un texto similar al del art. 218 bis del CPPN, aunque no asigna competencia siempre al juez, pues la intervención puede ser ordenada por el fiscal si el sujeto pasivo, informado de sus derechos, presta su consentimiento.

biológicas) basadas en las reglas del "saber médico", la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La intimidad se protege al disponerse que la práctica deba realizarse del modo menos lesivo para la persona y para su pudor, considerando especialmente su género<sup>411</sup>.

El principio de necesidad, por su parte, se encuentra protegido en la norma de modo específico, pues debe descartarse la intervención si la misma finalidad puede alcanzarse por otros medios menos lesivos. El art. 218 bis del CPPN brinda como ejemplo el secuestro de objetos que pudieran contener células ya desprendidas del cuerpo, lo que podría conseguirse a partir de medidas como el allanamiento y la requisa y no a partir de una intervención sobre el cuerpo de la persona sospechosa.

En similares términos, el art. 363 de la LECrim prevé la obtención de muestras biológicas, siempre que fuera absolutamente indispensable para la investigación y se acreditaran razones que la justificaran<sup>412</sup>. Se exige también una resolución motivada que disponga las medidas adecuadas (inspección, reconocimiento o intervención corporal) en función de los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Para

---

<sup>411</sup> SANTURTÚN ZARRABEITIA, Ana – LEMA, Carlos – ZARRABEITIA CIMIANO, María Teresa, "Derechos fundamentales en el contexto de las bases de datos forenses: revisión y análisis de la Ley 78/2015 de Kuwait", en *Revista Española de Medicina Legal*, volumen 43, nº 2, Elsevier España, Barcelona, 2017, págs. 81-82.

<sup>412</sup> El segundo párrafo fue añadido por la disposición final 1.1.c) de la LO 15/2003, del 25 de noviembre, BOE nº 283, del 26 de noviembre de 2003, ref. BOE-A-2003-21538. Crítica en cuanto a la regulación imprecisa en la LECrim y a la falta de previsión respecto del levantamiento de muestras, cadena de custodia y examen ulterior, CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, "La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal", en *Diario La Ley*, nº 8.213, del 17 de diciembre, Madrid, 2013, págs. 1-13. Véase asimismo, ROMEO CASABONA, Carlos María, "Los perfiles de ADN en el proceso penal. Novedades y carencias del derecho español", en *Estudios de derecho judicial*, nº 58, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 411-476.

MONTERO LA RUBIA, la LO 15/2003, del 25 de noviembre de 2003, supuso introducir en el proceso penal español la cobertura legal de la que adolecían las intervenciones corporales, aunque, por sus carencias, *"no ha acabado completamente con las lagunas de su régimen jurídico"*<sup>413</sup>; lo mismo cabe afirmar respecto del art. 218 bis del CPPN argentino.

En nuestro ámbito, la medida específica de intervención corporal se encuentra prescrita en el art. 181 del CPPF, que dispone, sin alusión directa a la obtención de ADN, que puedan realizarse exámenes corporales al imputado o a la víctima siempre que fuera necesario para la constatación de circunstancias *"relevantes"* para la investigación. De ningún modo podrán ordenarse si hubiera riesgo para la salud o dignidad de la persona intervenida<sup>414</sup>.

En cuanto a la salud, corresponde señalar, siguiendo a María Isabel HUERTAS MARTÍN, que *"es suficiente con la simple probabilidad de peligro para excluir la intervención corporal, es decir, bastará con que el*

---

<sup>413</sup> MONTERO LA RUBIA, Francisco Javier, "Las intervenciones corporales tras la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal por ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1970, año 58, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 2958. En similares términos se pronuncia DOLZ LAGO, Manuel Jesús, "ADN y derechos fundamentales", en *La prueba de ADN en el proceso penal*, Juan Luis GÓMEZ COLOMER coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 69-116, para quien la LO 15/2003 brindó *"cierta cobertura jurídica específica a la toma de muestras de ADN en la instrucción penal"*. De otra opinión, ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, "Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)", en *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 4, Madrid, 2004, págs. 23-24.

<sup>414</sup> QUIROGA CORTI, María Paula, "El imputado como objeto de prueba. Intervenciones, registros e inspecciones corporales en el proceso penal argentino", José Martín Ostos y María Ángeles Pérez Marín directores, Universidad de Sevilla, 2017, disponible en <https://bit.ly/3BLIUx7>, p. 374.

*peligro para la salud sea hipotéticamente posible en el caso concreto para que la intervención no pueda llevarse a cabo*<sup>415</sup>.

En caso de consentimiento<sup>416</sup>, el examen podrá ser realizado por quien represente al Ministerio Público Fiscal o aquel en quien lo delegara. De no haber consentimiento, deberá solicitarse la respectiva orden judicial.

Como afirman FILIPPINI y TCHRIAN, "[e]l artículo 218 bis, CPP Nación, en definitiva, reglamentó expresamente una práctica que los jueces ya realizaban. El modo en que la ley trata los principales intereses en juego nos parece razonable y, si bien puede ser objeto de críticas de acuerdo con la importancia relativa que damos a los distintos derechos en juego, es difícil imaginar una solución alternativa que regule esta controvertida cuestión de un modo incontestablemente mejor"<sup>417</sup>.

Tanto el art. 218 bis del CPPN como los arts. 175 y 181 del CPPF se encuentran sistemáticamente ubicados en los capítulos dedicados a los medios de prueba, sin embargo, constituyen actos de investigación que adquirirán la condición de prueba en la etapa de juicio oral siempre

---

<sup>415</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 400.

<sup>416</sup> MARTÍNEZ DE PANCORBO, María Ángeles – CASTRO, Azucena – FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Isabel, "Límites a la tecnología basada en el ADN", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° 12, San Sebastián, 1998, p. 140, en torno al consentimiento, explican con claridad: "El consentimiento informado constituye un requisito para la práctica de cualquier actuación médica". En similar sentido, PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 149.

<sup>417</sup> FILIPPINI, Leonardo – TCHRIAN, Karina, "ADN: el nuevo artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 204.

que se respetaran las condiciones de ingreso y presentación en el mismo.

### **3.2.2. Principio de legalidad**

La normativa sobre intervenciones corporales resulta deficitaria. El CPPN no cuenta con norma específica alguna. En tanto el art. 181 del CPPF resulta escueto e insuficiente en términos de ejecución, recolección, custodia y ulterior examen en el laboratorio<sup>418</sup>. Por ello, resulta imperativo que las intervenciones corporales, por su grado de intromisión en los derechos fundamentales a la dignidad, integridad física y salud, cuenten con una legislación rigurosa<sup>419</sup>.

La validez de toda restricción de derechos fundamentales, según PÉREZ BARBERÁ, torna necesaria *"una ley previa y formal que taxativamente autorice las medidas procesales —entre ellas las probatorias—"*, cuya finalidad radica en obtener información vinculada a la imputación, *"por lo que, en tanto se trate de afectaciones significativas, no bastarán meras cláusulas generales como la de la*

---

<sup>418</sup> Con críticas similares respecto de la legislación española, CASTILLEJO MANZANARES, "La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal", cit., págs. 1-13. Véase también, FARFÁN ESPUNY, María José, "Recogida de muestras biológicas y obtención del perfil de ADN en el laboratorio forense", en *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, María José Cabezudo Bajo coordinadora, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 121-144.

<sup>419</sup> MÜLLER, Friedrich, *La positividad de los derechos fundamentales. Cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*, traducción de Alberto Oehling de los Reyes, Dykinson, Madrid, 2016, p. 140.

*"libertad probatoria" como base legal para la autorización de tales medidas*<sup>420</sup>.

Según María José CABEZUDO BAJO, con quien coincido, las actuaciones restrictivas de derechos fundamentales, como las intervenciones telefónicas y la obtención y tratamiento de ADN, requieren que la medida se encuentre legalmente estipulada, que persiga fines constitucionalmente legítimos, que delimite el ámbito de aplicación del derecho o derechos fundamentales que pueden verse vulnerados, que determine los diferentes supuestos de intromisión que dicho ámbito de aplicación en principio prohíbe y que se verifiquen los requisitos que hacen al principio de proporcionalidad<sup>421</sup>.

Por su parte, GUARIGLIA también critica con acierto la falta de tratamiento legislativo de la medida de intervención corporal en Argentina, al afirmar que el principio de reserva de ley reclama que toda afectación estatal en la esfera de derechos de los ciudadanos en el marco de una persecución penal se encuentre regulada expresamente en una norma de injerencia específica (*nulla coactio sine lege*). Las autorizaciones genéricas no constituyen una plataforma admisible: la norma debe establecer en forma clara y precisa los presupuestos y modalidades de la intromisión estatal<sup>422</sup>. Ausente dicha norma, el

---

<sup>420</sup> PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "La prueba como información y la "autodeterminación informacional" como derecho fundamental del imputado", cit., p. 195.

<sup>421</sup> CABEZUDO BAJO, María José, "La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional", en *Revista de Derecho Político*, nº 77, enero-abril, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2010, p. 180.

<sup>422</sup> En alusión al art. 339 de la LECrim, afirman PÉREZ MANZANO – TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "Artículo 15", cit., p. 392, que "los preceptos genéricos... no constituyen base legal suficiente para ordenar la "extracción coactiva" de elementos corporales. Lo que esto implica es, por tanto, que esa concreta

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. No se trata de buscar en el ordenamiento jurídico la "justificación" de una medida, sino un sustento normativo claro y específico para ella". Y añade GUARIGLIA, citando a RUDOLPHI, que *"el legislador omitió crear autorizaciones para ciertas medidas procesales penales de esclarecimiento y pesquisa que hoy aparecen como necesarias"*<sup>423</sup>.

Al respecto, expone ANDRÉS IBÁÑEZ, *"[p]ocos ejemplos tan elocuentes como los representados, entre nosotros, por las intervenciones corporales y las interceptaciones telefónicas. Las primeras, cuya afectación a derechos fundamentales como la integridad física, la libertad y la intimidad personal (arts. 15, 17 y 18.1, CE) es poco discutible... De este modo, tales medidas sumamente agresivas para aquellos derechos fundamentales, se hallan abiertas a una*

---

*previsión legal —absolutamente genérica— no puede servir de base a una extracción coercitiva, y ello, por cierto, ni siquiera aunque se satisficieran los demás requisitos de legitimidad de la intervención corporal, dado que la previsión legal se configura como un requisito previo que en todo caso ha de satisfacerse...".* En similar sentido, refiriéndose a las intervenciones corporales, afirma DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 110, que el art. 339 de la LECrim *"no puede constituir el pretendido marco legislativo de tales medidas"*.

<sup>423</sup> GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el proceso penal. Una propuesta de fundamentación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 201; GUARIGLIA, Fabricio, *"¿Ausencia de fundamento normativo, prohibición de método de prueba o lesión al principio de proporcionalidad? El fallo de la Corte Suprema en 'Vázquez Ferrá'"*, en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012, págs. 59-60.



*utilización que difícilmente puede dejar de ser arbitraria, cuando faltan los mínimos referentes normativos*<sup>424</sup>.

### **3.3. Criterios para distinguir las medidas de requisa, inspección e intervención**

#### **3.3.1. Por el derecho fundamental afectado**

Un primer criterio de diferenciación puede hallarse en la clase de derecho fundamental prioritariamente afectado. Todas las hipótesis de registros corporales implican la vulneración, aunque en diversos grados, de los derechos a la libertad, dignidad e intimidad<sup>425</sup>.

Una distinción evidente se presenta respecto de las intervenciones corporales por su posible incidencia en la integridad física y la salud, lo que no se verifica en los supuestos de cacheos, requisas e inspecciones, que afectan en mayor medida los derechos a la intimidad y a la dignidad<sup>426</sup>. María Ángeles PÉREZ MARÍN indica que *"en las intervenciones*

---

<sup>424</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo", en *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 14, nota al pie 44.

<sup>425</sup> Indica CORCOY BIDASOLO, "Protección penal de la intimidad genética", cit., p. 86, que *"un análisis sistemático de la Constitución Española de 1978 nos permite apreciar con claridad la prevalencia de los derechos fundamentales individuales como la vida, la libertad o la intimidad, sobre otros derechos como... la investigación, que son considerados principios rectores de la actuación de los poderes públicos"*.

<sup>426</sup> MAIER, Julio B. J., "Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 139. PÉREZ MANZANO – TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "Artículo 15", cit., p. 389, señalan que los registros y

*corporales el derecho principalmente afectado es el derecho a la integridad física, ya que normalmente este tipo de actuaciones exige en su práctica la extracción de una muestra de materia biológica lo cual conlleva una lesión aunque, en la mayoría de las ocasiones, muy pequeña*<sup>427</sup>.

Corresponde señalar que la eventual insignificancia de la actuación mediante una intervención no altera la sustancia de los derechos fundamentales en riesgo (integridad física y salud), pues lo que se considera, en términos potenciales, es el peligro para su indemnidad (contagio, infección, alergia, etc.)<sup>428</sup>.

María Isabel HUERTAS MARTÍN, aludiendo a las extracciones de sangre, refiere que no es que el derecho a la integridad física "no sufra menoscabo y que por tanto el análisis de sangre no suponga un atentado contra el mismo, sino que, en tal caso, y en razón precisamente de la salvaguarda de otro tipo de derechos, intervendría aquí el principio de proporcionalidad haciendo legítimo aquel menoscabo"<sup>429</sup>.

---

las inspecciones corporales, "si bien no afectan a la integridad física del sujeto sobre el que se realizan, sí pueden menoscabar su derecho a la intimidad corporal o el más general de la intimidad personal en la medida en que recaigan sobre partes íntimas del cuerpo, como es el caso de las inspecciones vaginales o anales o de los exámenes ginecológicos".

<sup>427</sup> PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 22.

<sup>428</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 400.

<sup>429</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 452.

### 3.3.2. Por el grado de vulneración del derecho fundamental

El nivel de afectación no depende del tipo de diligencia, pues una requisita o una inspección en zonas genitales podría resultar más ofensiva a la intimidad y dignidad que una extracción de sangre realizada según la *lex artis*. Mercedes PÉREZ MANZANO y Carmen TOMÁS-VALIENTE LANUZA destacan que las intervenciones corporales pueden dividirse "*en graves (aquellas susceptibles de poner en peligro la salud o de ocasionar sufrimientos al sujeto que las padece, como sería el caso de las punciones lumbares o la extracción de líquido cefalorraquídeo) y leves (en caso contrario); así, por ejemplo, se consideran intervenciones corporales leves la extracción de elementos externos del cuerpo, como el pelo... o las uñas, o incluso de algunos internos, como los análisis de sangre*"<sup>430</sup>.

Independientemente de la levedad e inclusive de la insignificancia de una injerencia, debe recordarse, compartiendo lo expuesto por Amelia PASCUAL MEDRANO, que la integridad personal constituye la suma de la integridad física y de la integridad moral o psíquica y que la integridad física se refiere al objeto "cuerpo humano" en toda su extensión, abarcando indistintamente cualquiera de las partes o componentes que integran la realidad física corporal. Siendo así, la expresión "integridad" alude a un cuerpo íntegro e incólume, es decir, sin lesión, menoscabo o daño; incluso, sin riesgo de lesión, menoscabo o daño. Y comprende también el cuerpo sin alteración o modificación, incluyendo la mera apariencia. Tal concepción se enlaza con lo resuelto

---

<sup>430</sup> PÉREZ MANZANO – TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "Artículo 15", cit., p. 389; PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 23.

por la STC 120/1990, que consideró que el derecho a la integridad personal resulta vulnerado por *"toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular"*<sup>431</sup>. En el mismo sentido, la STC 207/1996, del 16 de diciembre de 1996, afirma que una intervención activa sin consentimiento del titular *"incurre en intromisión aun no causando daño o molestias en el sujeto"*<sup>432</sup>.

Con tal alcance corresponde definir el derecho a la integridad personal y el carácter posible de toda injerencia, pues, concluyendo según lo postula Amelia PASCUAL MEDRANO, *"el objeto que ha sido delimitado jurisprudencialmente, incluye un ámbito de intangibilidad, una esfera de exclusión o prohibición de intervención del poder público o particulares de configuración similar a la de otros derechos fundamentales (inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones...), pero ajustada a la singular naturaleza del objeto y contenido del derecho a la integridad física"*<sup>433</sup>.

---

<sup>431</sup> Es posible entender el consentimiento de acuerdo con lo postulado por ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, "El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte I)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, nº 34, Dykinson, Madrid, 2011, p. 53: *"[s]alvo resolución judicial que observe las debidas prescripciones legales, solo el consentimiento del interesado válidamente otorgado; es decir, expreso, libre, no viciado e informado, permitirá considerar que la prueba genética se ha realizado sin vulneración de derechos fundamentales"*.

<sup>432</sup> PASCUAL MEDRANO, Amelia, "La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 38, nº 114, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, págs. 53-54. En similar sentido indica HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 375, que el derecho a la integridad física se vulnera inclusive *"frente a cualquier tipo de intromisión en el mismo que carezca del consentimiento de su titular"*.

<sup>433</sup> PASCUAL MEDRANO, "La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física", cit., p. 54.

Por ello, una vez dispuesta la injerencia, y en base a las circunstancias de su ejecución, podrá clasificarse según una escala que pondere la levedad o gravedad de la misma respecto de los derechos fundamentales involucrados<sup>434</sup>.

De antemano es posible determinar el nivel de vulneración de los derechos fundamentales en juego de acuerdo con la naturaleza e identidad del registro. Por ende, una medida de alta incidencia deberá ejecutarse con mayores garantías y, probablemente, con la actuación de personal especializado (profesionales de la sanidad, peritos o médicos), sea un cacheo, una requisita, una inspección o una intervención.

Una requisita fundada en la probable tenencia de armas en zonas íntimas (navaja pequeña, hoja de afeitar, etc.) o una inspección anal en caso de abuso sexual conllevan una grave afectación a la intimidad y a la dignidad, aunque esta última se implemente a través de una intervención corporal.

Por ende, la consideración del grado de afectación del derecho fundamental debe estimarse como un patrón de deslinde al momento de encuadrar la ejecución de todo registro corporal.

### **3.3.3. Por el sujeto competente para disponer la medida**

---

<sup>434</sup> Por ejemplo, en cuanto a los niveles de vulneración, expone PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 41, que "ha quedado prácticamente excluida la posibilidad de vulnerar el derecho a la intimidad corporal en la práctica de los cacheos, dado que la actuación policial consiste en palpar superficialmente, y por encima de la ropa, el contorno del cuerpo del sospechoso por lo que, al no tener como objeto zonas tan íntimas, es prácticamente imposible atacar el pudor".

Dejando de lado las hipótesis inusuales de intervención de particulares, avalados por la legislación vigente (art. 287 del CPPN), el sujeto competente para decidir la realización de un registro corporal será un funcionario público<sup>435</sup>. De acuerdo con la normativa procesal, el órgano jurídicamente habilitado para ordenar requisas, inspecciones e intervenciones será el juez o, en los modernos procesos acusatorios, el fiscal (arts. 184 inc. 4º, 216, 218, 222 y 264 del CPPN, 96 inc. "f", 175 y 181 del CPPF y 59 del CPPBA). En todo caso, se tratará siempre de una autoridad judicial<sup>436</sup>.

Excepcionalmente, pueden ser decididas de oficio por funcionarios policiales, con la exigencia de una sospecha similar a la requerida al juez (art. 184 inc. 5º del CPPN)<sup>437</sup>. Este tipo de autorizaciones opera en hipótesis de urgencia<sup>438</sup>. Es decir, ante la imposibilidad de contar con la respectiva orden judicial en tiempo y forma sin riesgo de pérdida o alteración de las evidencias (arts. 184 inc. 5º y 230 bis del CPPN).

---

<sup>435</sup> Tradicionalmente la doctrina distingue los conceptos "funcionario público" y "empleado público" y para establecer la diferencia entre uno y otro descarta criterios tales como la remuneración o la jerarquía, para limitarse al siguiente: el funcionario decide, representa la voluntad del Estado, mientras que el empleado, ejecuta, realiza los comportamientos materiales para llevar a la práctica las decisiones de los funcionarios, GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Parte general*, t. 1, 11º ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2017, p. XIII-1.

<sup>436</sup> BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. 2, cit., págs. 325-326; EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 2, cit., p. 267; CARRIÓ, "Requisas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los standards light", cit., p. 16; NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., p. 446.

<sup>437</sup> CARRIÓ, "Requisas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los standards light", cit., p. 18.

<sup>438</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 159, indica que "[l]a exclusividad jurisdiccional... puede tener sus excepciones... en razones de urgencia o de riesgo para el éxito de la investigación a favor del Ministerio Fiscal y de la Policía Judicial".

Vale aclarar que el cacheo se diferencia de las demás diligencias por no exigir orden judicial<sup>439</sup>; fundamentalmente porque se trata de situaciones de necesidad justificante que se deciden sin posibilidad de evaluación previa, en tanto se trata de sospechas que se comprueban en el ámbito de la tarea policial de prevención en la vía pública o en lugares de acceso público.

Respecto de las intervenciones corporales, corresponde mencionar dos acreditadas opiniones —que comparto— en torno a la posibilidad de que, en casos extremos, sean decididas por funcionarios policiales.

En primer lugar, señala MAIER: *"cuando la medida sea imprescindible, podrá ser ordenada por la policía y la fiscalía, órganos que, para conceder validez al elemento probatorio que se logre mediante el uso de la fuerza, deberán justificar... tanto la necesidad de la coacción y del medio de prueba, como la urgencia que los condujo a operar sin la autorización judicial en el caso"*<sup>440</sup>. Coincide ROXIN, quien, aludiendo a una orden que pudiera emanar de la fiscalía o de funcionarios auxiliares y no de un juez, destaca: *"no pueden ser*

---

<sup>439</sup> La medida de cacheo no se encuentra prevista legalmente. A pesar de ello, en la práctica, constituye el paso previo de toda detención policial, con o sin orden judicial. Ahora bien, que el cacheo sea frecuentemente dispuesto y ejecutado por la policía no impide que en algún caso el juez pueda autorizar, como diligencia precedente a la detención o a la requisa, el cacheo por cuestiones de seguridad.

<sup>440</sup> MAIER, "Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad", cit., p. 148; otros autores, como ASENSIO MELLADO, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO y GIL HERNÁNDEZ, también admiten la posibilidad de que la policía, en casos de urgencia, a veces por delegación del fiscal, pueda disponer intervenciones sin orden judicial, HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 391.

*bloqueadas las medidas que necesitan urgencia (p. ej., las pruebas de sangre)*<sup>441</sup>.

Al respecto, apunta MORENO VERDEJO que la validez del consentimiento del sospechoso a la policía cuando se trata de proporcionar una muestra de ADN no está exenta de problemas. ¿Debe recabarse necesariamente por el juez? ¿Puede considerarse libre el consentimiento en determinados ambientes o ante ciertas circunstancias objetivamente intimidatorias como un requerimiento policial? Y explica que “[l]as respuestas no son seguras y la LECrim y la LO 7/2010 no han venido apenas a regular nada de estos extremos, excepto la primera de las cuestiones, ya que deja en manos policiales la posibilidad de recabar ese consentimiento y, si se obtiene, tomar la muestra para su inclusión en la base”<sup>442</sup>.

Como señalé, concuerdo con la postura de MAIER y ROXIN en cuanto a la posible actuación policial para disponer intervenciones corporales en casos de urgencia, pues el criterio del sujeto activo, si bien es útil en general, no es decisivo ni determinante<sup>443</sup>. Las hipótesis son diversas, pudiendo darse, por ejemplo, en situaciones de detención alejadas de un centro sanitario en las que, previo consentimiento por parte del

---

<sup>441</sup> ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 292. También admite excepciones a la orden judicial. Véase asimismo DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 342.

<sup>442</sup> MORENO VERDEJO, Jaime, “Algunos problemas de la identificación penal a través de la prueba pericial de ADN: ámbito, asistencia letrada y empleo de fuerza”, en *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, María Casado – Margarita Guillén coordinadoras, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, p. 129.

<sup>443</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 146-150, propicia la reserva jurisdiccional para ordenar las diligencias de ADN y, a la vez, la inadmisibilidad de las mismas ante la ausencia de intervención judicial (p. 297).



sujeto pasivo, la policía proceda a la obtención de una muestra de cabello, a la extracción de algún elemento incrustado superficialmente (proyectil, esquirla de acero o chapa o vidrios luego de una colisión de vehículos), a la realización de una exploración radiológica<sup>444</sup> e inclusive a una extracción de sangre si se tuvieran los conocimientos necesarios. Por supuesto que esto podrá admitirse si se diera una situación de urgencia, si se respetaran los derechos fundamentales y los presupuestos legales para disponer la medida, si se garantizaran las condiciones técnicas para ejecutarla (medios, higiene, falta de riesgo para la integridad física, etc.) y, fundamentalmente, si hubiera consentimiento de parte del sujeto pasivo. Al respecto, el TS fija pautas generales vinculadas al consentimiento: debe ser otorgado por persona capaz, mayor y sin restricción de su capacidad de obrar; debe ser otorgado consciente y libremente, es decir, que no esté invalidado por error, violencia o intimidación, que no se condicione por circunstancias periféricas (promesas de beneficios, etc.) y que si la persona está detenida debe estar presente su abogado defensor; debe dejarse constancia documentada; debe otorgarse expresamente; debe ser otorgado por el titular; y debe ser dado para una diligencia concreta, sin que pueda aprovecharse para otros fines distintos<sup>445</sup>.

En este escenario, corresponde disociar las situaciones de necesidad justificante basadas en un peligro inminente para la salud,

---

<sup>444</sup> La toma de radiografías en el ámbito médico difiere de los escáneres que se utilizan en los aeropuertos. En algunos casos, porque utilizan ondas de radio milimétricas. En otros, porque, a pesar del uso de rayos "X", la radiación es de muy baja intensidad, TRILLA, Antoni, "Los escáneres de aeropuertos: riesgos para la salud y para la seguridad", disponible en <https://bit.ly/3vNveOq>.

<sup>445</sup> SSTs 1803/2002, del 4 de noviembre de 2002, y 261/2006, del 14 de marzo de 2006.

pues no se trata de intervenciones corporales en sentido estricto, en tanto se dan, por ejemplo, cuando un detenido se encuentra convulsionando o sangrando y, aun sin orden judicial y sin la actuación de un médico, el agente policial decide convocar a un enfermero o aplicar sus propios conocimientos sobre primeros auxilios y así extraer del sujeto pasivo envoltorios con droga atorados en su esófago o una esquirla o proyectil de arma de fuego alojado debajo de la superficie de la piel. El fin de la intervención radicarán en preservar la salud del detenido (evitando el mal mayor) y no en la búsqueda de evidencias. Sin embargo, todo hallazgo consecuente resultará válido, pues la intromisión originaria también lo habrá sido, en tanto justificada por un estado de necesidad<sup>446</sup>.

En cuanto al consentimiento del sujeto pasivo en un contexto policial, es decir, en un marco en el que se presume una coacción inherente, no hay razones que —de antemano— lleven a rechazar tal posibilidad<sup>447</sup>. Sin embargo, y siendo aceptable considerar que dicha aceptación puede encontrarse viciada por la falta de libertad para

---

<sup>446</sup> ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, "Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)", en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, Del Blanco Editores, Madrid, 2011, p. 63, alude a supuestos de hallazgos casuales aparecidos en el curso de intervenciones restrictivas no necesitadas de resolución judicial.

<sup>447</sup> El TEDH, en el caso "Imbrioscia c. Suiza", sentencia del 24 de noviembre de 1993, explicó que la razón última de que algunas de las garantías del art. 6 del CEDH (compatibles con las previstas en el art. 8 de la CADH) deban proyectarse sobre las actuaciones policiales previas al proceso radica en la necesidad de preservar el derecho de defensa. Véase MARTÍNEZ SANTOS, Antonio, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante las restricciones del derecho a la asistencia letrada en los primeros momentos de la privación de la libertad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 40, nº 118, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 113.

decidir, deben reclamarse ciertas exigencias. Por ejemplo, requerir la obligatoria presencia de testigos ajenos a la fuerza policial, del abogado defensor, la filmación o grabación del acto y la ulterior ratificación en sede judicial<sup>448</sup>. Al respecto, la CSJN, en autos "Francomano" (1987)<sup>449</sup>, sostuvo: "[p]arece evidente que no se le puede otorgar ningún valor autoincriminatorio a una confesión policial, rectificada posteriormente ante el juez de la causa, ni aun a título indiciario; ello responde a la imperiosa necesidad de que el mandato del art. 18 de la Constitución Nacional ("nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo") tenga efectiva vigencia y no se convierta en una mera formula verbal". Sin embargo, luego, en línea con lo anteriormente expuesto, la CSJN afirmó: "Debe admitirse como única excepción al principio según el cual no se le puede otorgar ningún valor autoincriminatorio a una confesión policial rectificada posteriormente ante el juez de la causa, ni aún a título indiciario, aquellos casos donde los funcionarios policiales hubiesen observado estrictos requisitos encaminados a asegurar la plena espontaneidad de las declaraciones del imputado".

#### **3.3.4. Por el sujeto competente para realizar la medida**

Quien ordene o disponga la medida no siempre será la misma persona que la lleve a cabo o la ejecute. Esto sucederá invariablemente en las hipótesis de cacheo, que serán decididas y realizadas por los

---

<sup>448</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 374.

<sup>449</sup> CSJN, Fallos 310:2384, "Francomano, Alberto Daniel", resolución del 19 de noviembre de 1987.

funcionarios policiales actuantes en el contexto de intermediación en el que deben cumplirse<sup>450</sup>.

Las requisas, haya o no orden judicial previa, también serán ejecutadas, en gran parte, por miembros de la policía. Excepto si se tratara de requisas con injerencia en zonas íntimas o sensibles (hisopados bucales o revisiones vaginales o anales), en las que deberá intervenir un profesional médico o sanitario o un perito.

Las inspecciones, en general, serán realizadas por médicos, pues suelen requerirse conocimientos especiales para determinados exámenes (lesiones, hematomas, rasguños, características o coloración de la piel, etc.). Aunque no se descarta la actuación de agentes policiales o del Ministerio Público Fiscal en caso contrario, es decir, si no se exigieran saberes específicos y solo se procurara una comprobación y su ulterior documentación (tatuajes, pérdida de un miembro, color de piel, vestigios de tonalidad por exposición al sol, etc.).

Las intervenciones corporales deben ser realizadas, también en la mayoría de los casos, por profesionales médicos o por personal sanitario especializado<sup>451</sup>. Excepcionalmente, podrán actuar agentes policiales o auxiliares judiciales si hubiera urgencia o no se requirieran mayores cuidados para la salud (extracción de una muestra de cabello)<sup>452</sup>.

---

<sup>450</sup> GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 70.

<sup>451</sup> RODRÍGUEZ NÚÑEZ – IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, "La prueba en el proceso penal", cit., p. 162.

<sup>452</sup> Afirma DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 160-161, que "ni todas las intervenciones corporales han de ser realizadas necesariamente por un médico, ni solo las intervenciones corporales exigen la presencia de un médico... Una vez más, no puede darse una regla general para todo tipo de investigaciones corporales, sino que hay que estudiar caso por caso".

Según señala correctamente María Isabel HUERTAS MARTÍN, siguiendo a GEERDS, *"las intervenciones corporales —en el sentido estricto del término, esto es, las que implican alguna lesión— deben ser realizadas siempre por un médico que, además, debe actuar conforme a la lex artis, es decir, conforme a las reglas propias de su profesión; esto debe aplicarse igualmente a las inspecciones —en sentido estricto— o registros corporales simples cuando los mismos tengan el calificativo de 'médicos'"*<sup>453</sup>.

Como podrá advertirse, las pautas de distinción o de demarcación de cada medida aplican de modo genérico. Esto es, se trata de características que se observan en la mayoría de los casos, por lo que no es posible establecerlas como regla, pues la redacción legal y las circunstancias vinculadas a la ejecución conllevan variables que impiden uniformar aquellas particularidades en torno a un único patrón. Sin embargo, cabe identificar las diligencias en función de elementos comunes que se presentan usualmente, como los que aquí se exponen.

### **3.3.5. Por la naturaleza y tipo del material a recuperar**

Las intervenciones corporales proceden cuando el material a recuperar o recolectar, por su naturaleza, constituye parte del cuerpo humano o cuando se encuentra alojado en su interior, pero sin que hubiera sido colocado por el imputado con el fin de ocultarlo. En el primer caso, se tratará de un componente del sistema orgánico de la

---

<sup>453</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 398-399.

persona (sangre, cabello, líquido cefalorraquídeo, plasma, piel, etc.). En el segundo, el material no será parte componente del cuerpo, sino alojado en su interior y sin posibilidad de expulsión voluntaria o por reflejo fisiológico.

En la requisita, el material se encuentra escondido por acción del mismo sujeto pasivo en algún lugar de su cuerpo al que pudo tener acceso sin lesión ni intervención quirúrgica alguna (boca, vagina, ano, etc.). Se trata de un elemento externo colocado intencionalmente en el cuerpo (o en las prendas).

Y en la inspección no hay material a recuperar, pues se trata únicamente de una comprobación o reconocimiento del cuerpo para dejar constancia de modo documentado.

### **3.4. El intervenido como objeto de prueba o como sujeto de derechos**

#### **3.4.1. Objeto de prueba, coacción estatal y pasividad**

La distinción entre objeto y sujeto de prueba permite diferenciar el binomio pasividad-actividad<sup>454</sup>, pues el imputado en ningún caso deja de ser epicentro de derechos<sup>455</sup>. Señala DE LUCA que la denominación "objeto" de prueba no se refiere a un ser humano tratado procesalmente como una cosa, sino a situaciones en las que se admiten determinadas injerencias en su cuerpo, con prescindencia de su voluntad y

---

<sup>454</sup> MAIER, "Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coacción personal para conocer la verdad", cit., p. 143.

<sup>455</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., p. 240.

consentimiento; situaciones en las que deben considerarse todos los derechos y garantías de los que sigue siendo titular ese ser humano por el simple hecho de serlo<sup>456</sup>.

Si bien habrá alusiones al imputado como objeto o sujeto de prueba, corresponde formular la diferenciación en torno a los actos sobre su cuerpo entre aquellos en los que rige su DEBER DE TOLERAR y aquellos en los que prima su DERECHO O VOLUNTAD DE INTERVENIR<sup>457</sup>. En la misma dirección, afirma GIL HERNÁNDEZ que *"se ha de distinguir los supuestos en que este deba colaborar activamente en dicha práctica —que no podrá ser requerido coactivamente a ello, pues su conducta omisiva entraría dentro del derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, del art. 24 CE—, de aquellas otras en las que su comportamiento deba ser simplemente negativo, un dejarse hacer"*<sup>458</sup>. En otras palabras, el binomio objeto de prueba – sujeto de prueba es asimilable al binomio deber de tolerar – derecho o voluntad de intervenir. En términos similares, entiende ROXIN que *"[e]l imputado únicamente es medio de prueba en sentido técnico"*<sup>459</sup>.

La categoría "objeto de prueba" aparenta una despersonalización del ente sobre el que debe recaer el registro y con ello el favorecimiento del uso de la fuerza, lo que debe rechazarse, pues el caso extremo de resistencia física o negativa categórica, único que justifica tratar la

---

<sup>456</sup> DE LUCA, "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", cit., p. 223. JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del imputado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 402, remarca que el imputado puede aportar pruebas, a su favor o en su contra, *"solo voluntariamente, tomando la decisión libremente, sin coacción de ninguna naturaleza"*.

<sup>457</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 177.

<sup>458</sup> GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 65.

<sup>459</sup> ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 208.

opción de ejercer coerción sobre la persona, solo habilita una acción consecuente de la misma naturaleza, lo que generaría un procedimiento lindante con los tratos degradantes o la tortura<sup>460</sup>; inaceptable en un Estado constitucional de derecho<sup>461</sup>.

La frontera entre objeto y sujeto de prueba, como veremos, se trazará a partir del derecho fundamental a la dignidad y de la garantía de prohibición de autoincriminación forzada o bajo engaño<sup>462</sup> y no por la posibilidad de apelar al uso de la coacción estatal para su consecución<sup>463</sup>. Coacción que, vale adelantar, ostenta carácter jurídico y no material; lo que significa que el Estado, siempre que se encuentre respaldado por los principios de legalidad y reserva de ley, ya no necesita del consentimiento del sujeto pasivo para la ejecución del registro corporal de que se trate (Cacheo, requisita, inspección o

---

<sup>460</sup> BOBBIO, Norberto, "El fundamento de los derechos humanos", en *Diccionario crítico de los Derechos Humanos*, Ramón Soriano Díaz - Carlos Alarcón Cabrera - Juan Mora Molina directores y coordinadores, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, Palos de la Frontera, 2000, págs. 12-13.

<sup>461</sup> De otra opinión, ROGALL, según refiere CÓRDOBA, Gabriela E., "Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?", en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 283.

<sup>462</sup> En la STS 535/2021, RC 3584/2019, del 17 de junio de 2021, ponente Javier Hernández García, con precisión se afirma: "*cabe recordar que el derecho a la no autoincriminación, en los términos perfilados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no protege frente a las aportaciones autoinculpatórias per se sino contra la obtención de esos datos con métodos coercitivos o de presión. Es la existencia de compulsión lo que hace surgir la preocupación acerca de si la garantía de no autoincriminación ha sido convenientemente respetada*".

<sup>463</sup> Sobre los antecedentes históricos de la prohibición de autoincriminación y los alcances actuales en materia procesal, véase DURÁN MUÑOZ, Geovanni de Jesús, "El derecho humano a la no autoincriminación", en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 15, nº 38, enero-abril, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México DF, 2020, págs. 53-75.



intervención corporal). El efecto de ese poder coercitivo radica en la posibilidad de prescindir de la aceptación o anuencia del intervenido, pero con límite en su dignidad y en los actos amparados por la prohibición de autoincriminación forzada o bajo engaño.

La falta de consentimiento o la negativa no obstan a la realización de la medida, pues la orden judicial o la decisión policial por urgencia (siempre que se acrediten sospecha probable, motivación suficiente y proporcionalidad, tal lo expresado reiteradamente) implican una autorización para la injerencia sin necesidad de contar con el consentimiento y sin que una mera disconformidad incidan en su ejecución<sup>464</sup>.

La resolución que dispone una diligencia de investigación sobre el cuerpo del imputado y autoriza el eventual uso de la fuerza puede recaer únicamente cuando se lo considera objeto de prueba, es decir, cuando tiene la obligación de tolerar y no respecto de acciones protegidas por la prohibición de autoincriminación<sup>465</sup>. En tales casos, el límite lo fijan los derechos a la dignidad de la persona, a la integridad física y a la salud<sup>466</sup>.

---

<sup>464</sup> En concordancia con ello, el Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal, conocido como Reglas de Mallorca (reuniones de expertos llevadas a cabo en Palma de Mallorca en noviembre de 1990, mayo de 1991, septiembre de 1991 y febrero de 1992), en su Regla 23, apartado 1º, señala: "*Toda intervención corporal estará prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo, y solo 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*".

<sup>465</sup> ASENCIO MELLADO, "El proceso penal con todas las garantías", cit., p. 243.

<sup>466</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, cit., p. 198.

El imputado como objeto de prueba solo debe adoptar una actitud pasiva, tolerando la injerencia<sup>467</sup>. Sin embargo, tal pasividad en su forma absoluta no existe, pues siempre habrá una parte activa dentro del marco de dicha pasividad. Esto significa que tolerar no es sinónimo de total pasividad, sino, si se quiere, sinónimo de no oposición o negativa rotunda<sup>468</sup>.

Como señala Gabriela CÓRDOBA, no parece posible una tolerancia completamente pasiva; pues, para poder llevar a cabo prácticamente cualquier diligencia de investigación en la que el imputado esté involucrado de algún modo, se necesitará siempre alguna participación de su parte en forma de "actividad", por mínima que fuera<sup>469</sup>. Esa mínima actividad dentro del marco de la pasividad que se espera del imputado como objeto de prueba podría darse, por ejemplo, en caminar hasta la sala de un hospital, acostarse en una camilla o extender el brazo para una extracción de sangre. Esa pasividad relativa no puede valorarse en contra del imputado en función de su derecho al silencio, que no permite presumir su culpabilidad respecto de tales comportamientos<sup>470</sup>.

---

<sup>467</sup> CÓRDOBA, "Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?", cit., p. 297, considera que la distinción actividad-pasividad "resulta ser un límite ineficaz y hasta puede convertirse en engañoso y arbitrario".

<sup>468</sup> Como afirma DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 418, "es inimaginable una tolerancia completamente pasiva, ya que para llevar a cabo una medida de investigación en la que el imputado esté involucrado de algún modo, se necesitará siempre alguna participación de su parte en forma de actividad por mínima que sea".

<sup>469</sup> CÓRDOBA, "Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?", cit., págs. 282-283.

<sup>470</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 362.

Siguiendo a María Isabel HUERTAS MARTÍN, es posible puntualizar que *"la forma de ejecución de la medida ha de implicar una participación pasiva del sujeto afectado; no se puede, por consiguiente, exigir a aquel que colabore activamente, esto es, que desarrolle una conducta positiva en cualquiera de sus posibles manifestaciones. Así pues, la medida de intervención corporal, en su forma de ejecución, ha de suponer un "dejarse hacer" por parte de su sujeto pasivo, no pudiendo entonces serle requerida una actuación en un determinado sentido. Tal exigencia deriva... del derecho a guardar silencio, ya que si este puede restringirse en determinadas circunstancias, dicha restricción ha de venir por la vía de una participación pasiva, pues sería demasiado gravoso para el imputado que además se le exigiera la realización de una concreta actividad en su contra"*<sup>471</sup>.

El sujeto pasivo de la medida, como objeto de prueba, puede ser el imputado o un tercero, generalmente la víctima. En este último caso, como destaca ANITUA, la jurisprudencia se ha ocupado de evitarle *"molestias innecesarias, desproporcionadas e irrazonables"*, principalmente respecto de aquellos testigos que han sufrido directamente los efectos del hecho que se investiga penalmente<sup>472</sup>.

### **3.4.2. Sujeto de prueba, prohibición de autoincriminación y derecho al silencio**

---

<sup>471</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 401.

<sup>472</sup> ANITUA, "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", cit., p. 52.

La pasividad referida, entendida como una actitud de tolerancia a la medida, se dará en casos de consentimiento y en casos de aceptación aun en disconformidad, pero no en aquellos que impliquen una negativa férrea o una resistencia que impida su ejecución. En ello radica la diferencia con la intervención activa del imputado, que puede darse exclusivamente por su decisión en el marco de su derecho de defensa. Defensa que, en función del principio de prohibición de autoincriminación, le concede el derecho de negarse a intervenir activamente sin que ello pueda valorarse en su contra (derecho al silencio<sup>473</sup>). Por ello, no se encuentra obligado a declarar, no debe prestar juramento y, en caso de deponer, no debe manifestarse con la verdad (art. 4 del CPPF). Tal garantía comporta que ninguna de tales circunstancias opere como presunción en su contra.

La actividad del imputado no puede conseguirse mediante el uso de la fuerza física o provocarse mediante engaño, porque lo tutela la prohibición de autoincriminación. En otras palabras, no es posible forzarlo o engañarlo para que lleve a cabo un comportamiento activo con significado autoincriminatorio<sup>474</sup>. Distinta es la consideración de la orden judicial o policial como coacción jurídica, en el sentido de la fuerza que conllevan para someter al imputado aun sin su consentimiento. En este caso, en tales condiciones, es posible hablar de fuerza o coacción

---

<sup>473</sup> ROXIN, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, cit., págs. 59-81. Según RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, "El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, t. 2, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, p. 1315, "[e]l espíritu de esta "inmunidad de declarar" es dejar al arbitrio del imputado si declara o no, pero ante todo, tiene la finalidad de desterrar aquellas concepciones inquisitivas que buscaban afanosamente lograr la confesión del imputado, incluso en perjuicio de su dignidad humana".

<sup>474</sup> CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., págs. 240-241.

únicamente en el marco del deber de tolerar, pero con carácter jurídico y no físico o material.

Todo acto que comporte una declaración del imputado se encontrará tutelado por la cláusula contra la autoincriminación forzada o bajo engaño<sup>475</sup>. Esa declaración (decidida voluntariamente) se reflejará siempre en un comportamiento activo (cuerpo de escritura, declaración en sentido estricto, grabación de voz, etc.)<sup>476</sup>. Declarar, para el imputado, significa participar o intervenir voluntariamente en el proceso a fin de ejercer su defensa material<sup>477</sup>. Y no participar (o no declarar) implica ejercer su derecho al silencio, que impide toda valoración o presunción en su contra derivada del mismo, garantía que se encuentra suficientemente reglamentada en los códigos procesales (arts. 298 del CPPN, 65 inc. "c" del CPPF y 118 incisos "g" y "h").

En el sentido hasta aquí apuntado, la CSJN, en autos "H., G. S." (1995)<sup>478</sup> y "Vázquez Ferrá" (2003)<sup>479</sup>, en incidencias de extracción de

---

<sup>475</sup> PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 145.

<sup>476</sup> DE LUCA, "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", cit., p. 228. CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., p. 241, expone: "La Constitución Nacional (art. 18) expresamente prohíbe obligar a alguien a declarar contra sí mismo. De aquí que la indagatoria no pueda ser regulada como un medio de prueba, lo que se extiende a sus demás actividades procesales en cuanto deba manifestarse intelectualmente".

<sup>477</sup> ANGULO, Durga, "La declaración del imputado. ¿Usted desea declarar?", cit., págs. 137-158; VILLAMARÍN LÓPEZ, "La callada agonía del derecho a guardar silencio", cit., págs. 211-225; LÓPEZ, "La declaración indagatoria durante la instrucción", cit. 219-234.

<sup>478</sup> CSJN, Fallos 318:2518, "H., G. S. y otro. Apelación de medidas probatorias -causa n° 197/90-", resolución del 4 de diciembre de 1995, con cita de Fallos 255:18, "Cincotta, Juan José s/ recurso de hecho", resolución del 13 de febrero de 1963.

sangre, consideró que no hubo lesión a la garantía que prescribe que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 de la CN), pues esta prohíbe compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que deben 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"*<sup>480</sup>. Ambas resoluciones confirman el tratamiento del cuerpo como objeto de prueba cuando no se requiere comportamiento activo alguno y cuando el material a obtener (sangre) constituye, según palabras de la Corte, evidencia de índole material. En tales supuestos no aplica la prohibición de autoincriminación porque la persona es considerada objeto y no sujeto de prueba. El derecho al silencio impide que se valore en contra del imputado su negativa a intervenir en actos en los que debe considerársele sujeto de prueba, porque de ese modo también se respeta su derecho a la defensa en juicio.

Por el contrario, en las hipótesis en las que se lo considera objeto de prueba, solo debe tolerar la injerencia<sup>481</sup>. En tal sentido, María Inés

---

<sup>479</sup> CSJN, Fallos 326:3758, "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación", resolución del 30 de septiembre de 2003.

<sup>480</sup> En similar sentido, CSJN, Fallos 313:1113, "Muller, Jorge s/ denuncia", resolución del 13 de noviembre de 1990. Véase 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, enero-junio, Depalma, Buenos Aires, 1991, págs. 183-215; también GULLCO, Hernán Víctor, "¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?", en *Doctrina Penal*, año 12, n° 45-48, Depalma, Buenos Aires, 1989, págs. 117-119.

<sup>481</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, cit., p. 202, propicia el par conceptual "*prohibición de la exigencia de colaboración y permisión de la exigencia de tolerancia*"; ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit.,

HORVITZ LENON y LÓPEZ MASLE sostienen que *"el imputado tiene derecho a no colaborar activamente en el éxito de la investigación ni en su condena, pero sí se encontraría obligado a soportar las intervenciones pasivamente, por lo que si se resiste podría compelersele legítimamente a someterse a la misma, impuesta como obligación procesal, siempre que la forma de ejecución de la injerencia no resulte desproporcionada ni menoscabe su salud"*<sup>482</sup>.

El imputado como objeto de prueba debe tolerar toda injerencia legítima, pues no se requieren ni su consentimiento ni su conformidad con la medida, mientras que, en tanto sujeto de prueba, decide cuando intervenir activamente en el proceso. Por ello, el derecho al silencio le permite mantenerse en actitud pasiva sin que ello pueda valorarse en su contra. En otras palabras, está obligado a la pasividad como objeto de prueba y tiene derecho a la pasividad como sujeto de prueba. En el primer caso no tiene lugar la oposición rotunda o la resistencia, porque no le asiste ningún derecho a ello. En consecuencia, de darse tal situación habrán de considerarse tanto la posibilidad de valorar en su contra dicho comportamiento como la de imputarle el delito de desobediencia.

Como se expondrá posteriormente, los grupos de casos difieren según se requiera o no un hacer de parte del imputado. Su declaración, un cuerpo de escritura o la grabación de su voz, exigen un hacer que no puede verse condicionado por coerción alguna, ni siquiera jurídica (arts. 296 del CPPN y 72 del CPPF), ya que todo proceder estatal que

---

p. 124; NAVARRO – DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2, cit., págs. 226-227.

<sup>482</sup> HORVITZ LENON – LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal penal chileno*, t. 1, cit., p. 510.

pretendiera provocarlo o forzarlo desconocería su derecho al silencio y la prohibición de autoincriminación.

#### **4. RECAPITULACIÓN**

Toda privación de la libertad conlleva la ejecución de la medida de cacheo por cuestiones de seguridad, inclusive si lo fuera solo para proceder a una identificación. Ahora bien, el cacheo no tiene como objetivo prioritario el descubrimiento de evidencias, aunque un hallazgo casual será válido si el origen y la ejecución de aquel también lo fueran. Se trata de una diligencia de carácter precautorio que procede en el terreno de los comportamientos predelictivos (identificación) y también como paso previo a la ejecución de otras injerencias corporales.

El vínculo entre el imputado, su cuerpo y la prueba abarca dos grupos de casos: aquellas medidas que debe tolerar, independientemente de su consentimiento y del requerimiento de un comportamiento activo, con límite en la dignidad, y aquellos actos en los que voluntariamente puede intervenir, con límite en la prohibición de autoincriminación y refractarios a toda coerción.

En cuanto a las primeras, cuatro son las diligencias posibles: cacheo, requisa, inspección e intervención. El cacheo es de carácter precautorio y las demás son de índole procesal.

El cacheo puede proceder en casos de sospecha particular (averiguación de identidad, flagrancia, etc.) o en supuestos de acceso controlado a ciertos espacios restringidos. No cuenta con regulación legal en Argentina, ni en los códigos procesales ni en las leyes orgánicas



policiales. Aun así, el cacheo puede definirse como una medida de seguridad precautoria, de carácter coactivo, consistente en la palpación externa del cuerpo de una persona detenida, mediante deslizamiento sobre sus prendas, con el fin de localizar objetos o elementos que pudiera utilizar para agredir o dañar.

El primer requisito para proceder al cacheo serán los motivos para privar de la libertad ambulatoria, tanto para identificar como para arrestar o aprehender por flagrancia, fuga o urgencia. El segundo, su ejecución conforme las pautas indicadas (superficial, sin intromisiones ilegítimas, etc.). Si bien el hallazgo de pruebas no constituye la prioridad del cacheo, cualquier descubrimiento casual en el marco de su recorrido legítimo, conforme fuera expuesto, será válido.

Dependiendo del contexto, el sujeto activo podrá ser tanto un funcionario público (policía, gendarme, penitenciario) como un particular (vigilante privado, víctima). El sujeto pasivo será una persona detenida o una persona que pretenda voluntariamente ingresar a un espacio de acceso o circulación restringida.

La característica saliente de esta última hipótesis la constituye el consentimiento previo, cuya voluntad cancela la obligación de contar con los motivos previos para proceder, tratándose de revisiones generales, abstractas y estandarizadas.

La requisa personal, por su parte, constituye un acto de investigación consistente en la revisión del cuerpo del imputado o de un tercero, incluyendo sus prendas, elementos contenedores y ámbitos personales que no constituyan domicilio, con el fin de hallar y secuestrar evidencias delictivas allí ocultas.

Debe ser dispuesta por un juez de modo fundado, aunque excepcionalmente puede ser ejecutada por la policía sin orden judicial en casos de urgencia. Rigen a su respecto los principios de legalidad, proporcionalidad, necesidad y adecuación, conforme lo resolviera la CIDH en el caso "Fernández Prieto y Tumbeiro". En las requisas debe excluirse toda acción abusiva o arbitraria por parte de terceros o del mismo Estado. Entre esas personas se encuentran el imputado (del delito o del encubrimiento) y también terceros no involucrados con el hecho (ni como partícipes ni como encubridores).

Las atribuciones policiales para requisar sin orden exigen un grado de motivación compatible con el que le corresponde a un juez y, además, la exigencia de acreditar que la demora hubiera implicado la pérdida o alteración de evidencia útil para la investigación. Así, la requisas debe ejecutarse respetando el pudor y la dignidad de la persona y la perspectiva de género y cumpliendo con el deber de información, determinante en torno a la alternativa de la invitación previa y al objeto de la misma, pues delimita su alcance y el control externo de los testigos del procedimiento (art. 138 del CPPN).

Como pautas de distinción, cabe subrayar que el cacheo, a diferencia de la requisas, no procura el hallazgo y secuestro de pruebas, sino la seguridad operativa del procedimiento. La inspección consiste en la detección de evidencias mediante la observación, sin incautación. Y la intervención procura extraer material del cuerpo (sangre, piel, etc.) o alojado en su interior mediante la intervención de un profesional médico o sanitario (proyectil de arma de fuego, esquirla de explosión, etc.). Conforme a lo expuesto, las cavidades naturales se exploran mediante una requisas, tratándose de espacios o resquicios de la anatomía

humana, como la vagina, el ano, la boca o cualquier otro que admita la penetración e inserción de vestigios vinculados a un delito. En el caso de vagina, ano y boca, debe requerirse la intervención de personal médico o sanitario por cuestiones de salud e integridad física, derechos que se encuentran presuntamente en riesgo por eventuales lesiones o infecciones y sin que sea necesario comprobar tal peligro, amén de por preservar el derecho a la dignidad y a la intimidad.

En cuanto a la inspección corporal, cabe recordar que se define como un acto de investigación consistente en la observación y percepción mediante los sentidos de toda característica, rastro o señal que pudiera hallarse en la superficie del cuerpo del imputado o de un tercero, generalmente la víctima. En cambio, la intervención corporal configura un acto de investigación consistente en la obtención de material constitutivo del cuerpo humano o alojado en su interior, sea del imputado o de un tercero.

La inspección y la intervención se diferencian porque la primera no implica una invasión o alteración del cuerpo, no concluye con secuestro alguno y no afecta, con carácter general, la salud o la integridad física del sujeto pasivo. Por el contrario, la intervención busca la incautación de material importante o relevante para la investigación y puede vulnerar tanto la integridad física como la salud. Ambas deben ser ordenadas por una autoridad judicial (arts. 218 y 218 bis del CPPN y 175 y 181 del CPPF). Sin embargo, en situaciones de urgencia, pueden ser realizadas por la policía de oficio, aunque corresponde subrayar que una intervención requerirá la acreditación de un grado de justificación superior y de la inexistencia de riesgo para la integridad física y la salud del sujeto pasivo (arts. 184 inc. 4º del CPPN y 96 inc. "f" del CPPF).

La única norma que regula las intervenciones corporales en Argentina es el art. 181 del CPPF (aún no vigente). Los arts. 218 bis del CPPN y 175 del CPPF legislan la obtención de ADN que, a pesar de su especificidad, opera como intervención corporal. En cualquier caso, las disposiciones resultan deficitarias si se consideran, por un lado, los derechos fundamentales en juego (dignidad, salud, integridad física, prohibición de autoincriminación y derecho al silencio) y, por el otro, la dinámica de tal medida probatoria (ejecución, recolección, custodia y ulterior examen en el laboratorio). Una intromisión que pone en jaque derechos fundamentales tan preciados debería respetar, como sostiene PÉREZ BARBERÁ, la taxatividad legal y la reserva de ley, por lo que deben descartarse regulaciones genéricas y abiertas. Las intervenciones corporales, además, afectan potencialmente la integridad física y la salud.

La lesión de aquellos derechos puede clasificarse en leve y grave, según el grado que se presente en cada situación. Ello se determinará por el riesgo evidenciado en el momento de la decisión.

Salvo hipótesis de excepción, el sujeto competente para ordenar cualquier medida de registro será un funcionario público y, como regla general, una autoridad judicial, excepto para escenarios de urgencia, en los que podrá actuar la policía de oficio para una requisita y para una inspección, aunque, según autorizada doctrina, que se comparte, también podría hacerlo en supuestos de intervención corporal.

La ejecución, en general, también corresponderá a un funcionario público, principalmente policías (cacheos y requisas) y peritos (inspecciones e intervenciones). No obstante, podrán presentarse supuestos no inusuales de actuación de particulares (médicos,

enfermeros o expertos en especialidades no previstas por el Estado o en casos de urgencia).

El material o elementos a secuestrar en los cacheos y requisas no forma parte del cuerpo de la persona intervenida ni se encuentra alojado en él, como sí sucede en los supuestos de intervenciones corporales (sangre, cabello o proyectil). Las inspecciones, como se sostuviera, no pretenden recuperación de elemento alguno.

El cuerpo de la persona afectada, según la distinción tradicional, conlleva su consideración como objeto o como sujeto de prueba, pudiendo diferenciarse también el deber de tolerar y el derecho o voluntad de intervenir (binomio pasividad-actividad).

El rol relativamente pasivo, principalmente para el imputado cuando realiza comportamientos sin significado autoincriminatorio o, directamente, cuando no debe concretar acción alguna, no pone en crisis ni la prohibición de autoincriminación forzada o bajo engaño ni el derecho al silencio (o, lo que es lo mismo, la prohibición de presunción en contra por su pasividad), sino el derecho fundamental a la dignidad por las condiciones en las que pueda llegar a ejecutarse cualquier registro. Es decir, cuando la ley autoriza una intromisión en el cuerpo del imputado o de un tercero, sea un cacheo, una requisa, una inspección o una intervención, la medida autorizada estará determinada por el derecho fundamental a la dignidad de la persona en relación al eventual uso de la fuerza, que aquí se rechaza, en caso de falta de consentimiento o de negativa sin resistencia física. En supuestos de resistencia física o negativa rotunda, la coerción imaginable lindará con acciones estatales próximas a los tratos degradantes o a la tortura, por lo que debe proscribirse.

El poder coactivo del Estado implica que pueda actuar sobre el cuerpo prescindiendo del consentimiento del sujeto pasivo, pero sin que tal coerción se convierta en un trato vejatorio o en una tortura.

La decisión que ordena una diligencia de investigación sobre el cuerpo del imputado puede recaer solo sobre actos no amparados por la prohibición de autoincriminación, pues tal garantía opera sobre la versión voluntariamente activa, esto es, cuando la decisión de hacer corresponde al intervenido como expresión de su defensa material. Pero no cuando la intromisión se dirige al cuerpo en su faz relativamente pasiva.

La pasividad, la falta de consentimiento y la negativa sin oposición física se encuentran cubiertas por el derecho al silencio, esto es, no permiten construir presunción alguna en contra del imputado, pero no impiden la ejecución de un registro corporal sobre el mismo.

La actividad, como hacer con significado autoincriminatorio (que incluye los casos de consentimiento), depende de la voluntad del sujeto pasivo y se encuentra tutelada por el derecho a la dignidad y, en el caso del imputado, por la prohibición de autoincriminación. En este sentido, y para el imputado, declarar es sinónimo de participar activamente en el proceso (hablando o realizando cualquier otra acción) en torno a su defensa material. No declarar forma parte de su derecho al silencio, que prohíbe toda presunción en su contra.

En su versión pasiva, es decir, cuando no se impone ni se requiere comportamiento alguno de su parte, la persona está obligada a tolerar en base al poder de coerción estatal con límite en la dignidad, aun si no consintiera la injerencia o si se opusiera sin resistencia física. En caso de resistencia física ya no regirán ni el derecho al silencio ni la garantía de

prohibición de presunción en su contra, por confrontar activamente el derecho del Estado a intervenir legítimamente y por desconocer aquel deber de tolerancia que, valga aclararlo, no puede alcanzarse mediante el uso de una fuerza proporcional a una resistencia física, por implicar un acto estatal lindante con un trato vejatorio o una tortura.

## CAPÍTULO III

### ACTOS DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO Y VÍAS ALTERNATIVAS AL USO DE LA FUERZA SOBRE EL CUERPO DEL IMPUTADO

#### 1. LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN Y EL CARÁCTER PROVISORIO DE LA INFORMACIÓN

Como señala Arantza LIBANO BERISTAIN, el proceso penal cuenta con dos etapas definidas, el sumario y el juicio oral. Aunque, a efectos pedagógicos, resulte conveniente incluir la etapa intermedia<sup>483</sup>. Y, en lo que aquí interesa, la autora destaca un aspecto esencial de la instrucción, que no solo se configura por la labor cuantitativa de investigación, sino también por el peso cualitativo de "*aquellas actuaciones vinculadas a la categoría de la imputación*". Indica también que "*la nota distintiva del sumario con respecto al plenario, tanto en la esfera criminal como fuera de dicho orden, sea la de que el primero —con gran dosis de prudencia y tendencialmente en cuanto al ámbito penal, nos permitimos añadir— goza de un carácter provisional o no definitivo*"<sup>484</sup>. La imputación a la que alude la autora es el factor que

---

<sup>483</sup> Etapa que, por sus características, no cuenta con autonomía, pues se relaciona, por las problemáticas que debe tratar, con la primera fase del proceso, siendo su complemento, LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de lege lata y propuestas de lege ferenda*, Bosch, Barcelona, 2020, págs. 33-36.

<sup>484</sup> LIBANO BERISTAIN, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de lege lata y propuestas de lege ferenda*, cit., págs. 33-36



posibilita la defensa, por lo que debe fundarse en constancias de la investigación y formularse correctamente<sup>485</sup>.

El rasgo que aquí importa se vincula con lo provisional, esto es, con aquello que se hace temporalmente o, lo que es lo mismo, con aquello que no es definitivo, motivo por el que los actos de investigación, salvo las excepciones legales que a continuación se expondrán, no constituyen prueba<sup>486</sup>.

Explica MAIER que la instrucción es el período procesal cuya tarea principal consiste en averiguar los rastros que existen acerca de un hecho punible que se afirmó como sucedido, con el fin de lograr la decisión acerca de si se promueve el juicio —acusación— o si se clausura la persecución —sobreseimiento—<sup>487</sup>. De este modo, el carácter provisorio y constructivo de la instrucción respecto del juicio oral, es lo

---

y 45-46. También dando prioridad a las dos fases principales del proceso (instrucción y juicio oral), se pronuncia MONTORO SÁNCHEZ, Juan Alejandro, "El proceso penal", en *Manual de Derecho Procesal Penal para Guardias Civiles*, Raúl Sánchez Gómez - Juan Alejandro Montoro Sánchez coordinadores, Dykinson, Madrid, 2021, p. 23.

<sup>485</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., págs. 559-560; FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., págs. 606-615; AGUDO ZAMORA, Miguel - MILIONE, Ciro, "El derecho a ser informado de la acusación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Español", en *Teoría y realidad constitucional*, nº 23, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2009, págs. 189-221. La imputación es consustancial al proceso y a la defensa en juicio, tal como lo apunta CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, cit., p. 136: "[a]l imputado, diríase a la luz del buen sentido, debe corresponder la imputación".

<sup>486</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 479, afirma que "[l]os actos de investigación realizados en la fase de instrucción —incluidos, por tanto, aquellos que recaen sobre el cuerpo humano— no constituyen pruebas". En similar sentido, HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 104-105.

<sup>487</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, cit., p. 578

que marca la centralidad de este y, principalmente en lo que atañe a la presentación, producción y valoración de la prueba y a la vigencia de los derechos fundamentales que tutelan el debido proceso<sup>488</sup>.

El asunto aquí tratado procura focalizar los aspectos relevantes en torno a las informaciones reunidas durante la etapa preparatoria y las condiciones en las que deben introducirse en el juicio oral a fin de concretar aquella imputación<sup>489</sup>. Se trata de un enfoque panorámico, pero puntual, compartiendo así la mirada de TARUFFO<sup>490</sup>.

Las evidencias obtenidas durante el sumario se valoran a partir de la suficiencia para formular una acusación. Por el contrario, durante la etapa de juicio la valoración de las evidencias servirá para configurar la convicción que, en caso de ser de cargo, permitirán condenar<sup>491</sup>. Cualquier grado inferior de persuasión en el órgano judicial comportará la absolución, por imperativo de la garantía de presunción de inocencia.

---

<sup>488</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 21-36.

<sup>489</sup> TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, traducción de Daniela Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 54; RIBEIRO TORAL, Gerardo, "La construcción retórica de la realidad en los juicios orales", en *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, año 10, n° 11, Montevideo, julio de 2015, p. 213.

<sup>490</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, "El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial", en *Debatiendo con Taruffo*, Jordi Ferrer Beltrán – Carmen Vázquez coeditores, Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 177-178, apunta que "a Michele Taruffo le gusta ver el derecho desde arriba, volando a altura suficiente para observar sus perfiles generales, para comprender el encaje general de sus instituciones y para ver las similitudes y diferencias entre sistemas... Es con ese bagaje que enfrenta finalmente problemas interpretativos de ésta o aquélla disposición del código procesal, procurando llegar a lo más concreto desde una concepción general del derecho o de la institución en cuestión".

<sup>491</sup> CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, cit., p. 138.

La instrucción, aun en un sistema acusatorio, carece del respeto pleno por las garantías procesales que se verifican en el debate. Tal modelo, según FERRAJOLI, concibe al juez como un sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes, y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que le compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, es posible llamar "inquisitivo" a todo sistema procesal en el cual el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados los derechos de la defensa y la contradicción<sup>492</sup>.

Tan prístina imagen del proceso es la que corresponde retener a fin de analizar, interpretar y, en todo caso, cuestionar los aspectos probatorios de los dos modelos vigentes en Argentina, el mixto, según el CPPN, y el acusatorio, según el CPPF.

Por ello, la lógica de este último sistema resulta clave para diferenciar, además de la separación de funciones, la estructura y dinámica de la prueba según la produzca el juez instructor para sí o las partes para el tribunal de juicio<sup>493</sup>. La fase de investigación en el sistema mixto, y aun en el acusatorio, cuenta con un juez (de instrucción o de garantías) que se ve involucrado con la prueba y con

---

<sup>492</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 564.

<sup>493</sup> ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios sobre el proceso penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2008, págs. 126-130.

sus resoluciones previas, por lo que no garantiza la imparcialidad plena, viéndose también debilitada la garantía de presunción de inocencia<sup>494</sup>.

En el sentido apuntado, explica LÓPEZ BARJA DE QUIROGA que *"los actos de investigación no son actos de prueba; para que se trate de una prueba es preciso que se produzca (o, en su caso, reproduzca) contradictoriamente en el juicio oral... en condiciones que cumplan las exigencias de la oralidad, inmediación, publicidad, contradicción, etcétera"*<sup>495</sup>. Cabe compartir tal postura, atenuándola, como se verá con posterioridad, en función de los anticipos probatorios (prueba preconstituida) y de la instrucción suplementaria (prueba anticipada). Si bien en Argentina se utilizan las expresiones referidas, corresponde aclarar que en España, como señala DUART ALBIOL, *"la doctrina no solo no es unánime respecto al concepto de prueba anticipada, sino que incluso discrepa sobre la utilización del término prueba preconstituida en el proceso penal"*<sup>496</sup>.

Finalmente, la entidad de los actos realizados durante la investigación es claramente descripta por MORENO CATENA, quien, a la par de lo señalado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, y tras destacar que el único ámbito de producción de la prueba es el juicio oral y público, afirma que

---

<sup>494</sup> LUZÓN CUESTA, José María, *La presunción de inocencia ante la casación*, Colex, Madrid, 1991, p. 18; NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de derecho procesal penal*, Edisofer y B. de F., Madrid-Montevideo, 2012, p. 284.

<sup>495</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de derecho procesal penal*, cit., págs. 166-167. En similar sentido, PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., págs. 263-266.

<sup>496</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 484 y 490, expone que la jurisprudencia ha incorporado excepciones de distinto orden y naturaleza en el *"omnicomprensivo concepto de prueba preconstituida y/o anticipada, aunque, ciertamente, alguna sentencia haya realizado mayores esfuerzos conceptuales por distinguir los distintos supuestos que se incluyen en el mismo"*.

todo lo demás es simple evidencia de cargo que, para considerarse prueba legítima, deberá ratificarse (producirse) en el juicio oral<sup>497</sup>.

## 2. EL JUICIO ORAL Y LA PRUEBA

La normativa que integra el Bloque de Constitucionalidad Federal argentino determina que el proceso penal y el derecho a ser oído se concreten en un juicio oral y público (arts. 8.5 de la CADH, 14.1 del PIDCP, 10 y 11.1 de la DUDH y XXVI de la DADDH)<sup>498</sup>. Pero ese juicio oral no puede verse irregularmente invadido por piezas escritas, grabadas o audiovisuales, ya que se trata del espacio jurídico en el que debe producirse la prueba en función de los principios de oralidad, publicidad, contradicción, inmediación, continuidad, imparcialidad e identidad física del juzgador (quien presencia el debate y la prueba es el mismo que resuelve). Como afirma BAYTELMAN, en un modelo acusatorio el proceso penal es el juicio oral y su existencia condiciona la conducta de todos los actores del sistema durante las etapas previas (policía, fiscal y defensa)<sup>499</sup>.

Ese condicionamiento debe determinar la realización de la instrucción con vistas al juicio oral, procurando que cada evidencia o

---

<sup>497</sup> MORENO CATENA, Víctor, "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal", en *Poder Judicial*, número extraordinario 2, dedicado a "Justicia penal", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1988, p. 166.

<sup>498</sup> CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, págs. 3-6; PIZZOLO, Calógero, "La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal", en *La Ley*, 2006-D-1023, Buenos Aires, 2006, p. 1023 y ss.

<sup>499</sup> BAYTELMAN, Andrés, "El juicio oral", en *Nuevo proceso penal*, AAVV, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 2000, págs. 229-232.

indicio tenga capacidad e idoneidad para producirse en el mismo. De lo contrario, por las características de la diligencia, deberán disponerse los resguardos legales para que su cumplimiento respete los derechos fundamentales, ausentes debido a la naturaleza misma de la etapa previa.

La oralidad implica la producción de la prueba en público, de forma oral y concentrada y con la posibilidad de producir pruebas y contrapruebas. En el sentido hasta aquí expuesto, debe señalarse que la publicidad y la oralidad constituyen rasgos estructurales del método acusatorio, mientras que el secreto y la escritura, propios de la instrucción, son elementos caracterizadores del método inquisitivo<sup>500</sup>. Por ello, siguiendo a HASSEMER, corresponde afirmar que "*[s]olamente los datos que se expresan en palabras (oralidad) y solo las percepciones directas del Tribunal (inmediación) constituyen apoyo válido para dictar sentencia*"<sup>501</sup>.

En la causa "Amodio", sentencia del 12 de junio de 2007, la CSJN destacó que "*la etapa de debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no solo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional (artículos 18 y 24 de la Constitución Nacional, artículo 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y artículo*

---

<sup>500</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 616.

<sup>501</sup> HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1984, p. 193.

11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)<sup>502</sup>. Dicha sentencia tomó como criterio distintivo del sistema acusatorio el art. 24 de la CN, que impone al Congreso de la Nación el establecimiento del juicio por jurados, es decir, de un modelo inexorablemente oral y, consecuentemente, contradictorio. Coincide BOVINO al afirmar que la exigencia de juicio previo del art. 18 de la CN ha sido interpretada, entre otras opciones, en referencia al debate, siendo la mirada que mejor refleja el significado histórico-político de la necesidad de un juicio oral y público como requisito de la imposición del castigo estatal<sup>503</sup>.

El esquema acusatorio, y aun el mixto, determina que no sea la misma persona quien realice las averiguaciones y luego decida sobre ellas<sup>504</sup>. Y cabría agregar que tal premisa debe comprender también que el tribunal de juicio no pueda, en primer lugar, contaminarse de modo alguno con las evidencias reunidas durante la instrucción ni, en segundo lugar, disponer de oficio la producción de prueba durante el debate que, además, debe ser oral, público y contradictorio, garantizando así la inmediación y la imparcialidad del juzgador. Así lo propone MIRANDA ESTRAMPES, quien entiende que para el juez imparcial la prueba se traduce en una actividad de comparación entre las afirmaciones iniciales

---

<sup>502</sup> FALCUCCI, Julián "Fallo "Amodio": los alcances del principio acusatorio", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2007, págs. 509-522.

<sup>503</sup> BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, págs. 237-238.

<sup>504</sup> BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, traducción de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986, págs. 48-49.

que las partes realizan y las afirmaciones instrumentales obtenidas de su práctica en el juicio oral<sup>505</sup>.

Además de lo reseñado, cabe agregar que en el debate propio del juicio oral, en base al respeto por los principios que lo gobiernan, también se garantiza un entorno de (cierta) igualdad<sup>506</sup>. No obstante, como expone RUIZ VADILLO, no parece que tal premisa se cumpla, aunque es tarea del derecho tratar desigualmente a los desiguales para obtener una cierta igualdad<sup>507</sup>.

En sentido similar se pronuncia BAUMANN, para quien el Ministerio Público *"no dispone, por cierto, de las facultades del tribunal, pero no tiene la misma categoría del imputado. Esto significa que en el derecho procesal penal en vigor no tenemos un proceso entre partes...El empleo de este concepto sería viable únicamente si existieran entre las partes del proceso los mismos deberes y los mismos derechos. Pero los mismos deberes no existen.... Tampoco son iguales las facultades y los medios"*<sup>508</sup>.

El equilibrio ante la desigualdad remedia la notoria distancia que se verifica entre las evidencias recolectadas unilateralmente durante el sumario y la prueba producida en el debate en un ambiente de respeto por la garantía de la defensa en juicio. Lo que no sucede durante la instrucción, al menos en la misma dimensión, donde el problema de la

---

<sup>505</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona 1997, p. 29 y siguientes.

<sup>506</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 564.

<sup>507</sup> RUIZ VADILLO, Enrique, "Valor de las diligencias practicadas por la policía judicial en el proceso penal", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, número extraordinario 13, San Sebastián, marzo de 1999, p. 297.

<sup>508</sup> BAUMANN, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, cit., págs. 53 y 55.



falta de control, como subraya ORGEIRA, "se torna francamente dramático cuando los testimonios incorporados por lectura resultan incriminatorios. Si quisiéramos graficar la situación, bien podríamos decir que se cuelgan estos dichos como ladrillos en el cuello del imputado, cuyo defensor difícilmente pueda encontrar el modo de hacer algo con fuerza legal para descargarlos"<sup>509</sup>. De allí que sea necesaria la presencia de los testigos a fin de evitar la simple lectura.

El juicio oral permite llegar a la verdad de modo más seguro, ya que la comunicación entre las partes y la información que ingresa por los diversos canales (medios de prueba) se realiza con la máxima presencia de esas personas y, en especial, de quienes deben dictar sentencia<sup>510</sup>. En cuanto a la declaración de testigos, por ejemplo, afirma MUÑOZ CONDE que "[e]s un hecho admitido que la esencia de la prueba testifical consiste en su inmediación"<sup>511</sup>.

Junto a la inmediación, debe ponderarse la contradicción cuya trascendencia es destacada por FERRAJOLI, quien la considera la principal condición epistemológica de la prueba, es decir, de la posibilidad de refutar la hipótesis acusatoria<sup>512</sup>. La contradicción se alza, también,

---

<sup>509</sup> ORGEIRA, José María, "Control de la prueba testimonial en la etapa sumarial. Más sobre 'Abasto versus Novoa'", en *Suplemento de jurisprudencia penal*, La Ley del 23 de marzo de 2001, Buenos Aires, 2001, p. 7.

<sup>510</sup> BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 102.

<sup>511</sup> MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, cit., p. 53.

<sup>512</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 613. Sobre el principio de contradicción, véase TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 3º ed., traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2009, págs. 427-435. Sobre epistemología relacionada a la prueba pericial, véase VÁZQUEZ, Carmen, "La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert", en *Jueces para la democracia*, nº 86, Madrid, 2016, págs. 92-112. Asimismo, RIVERA MORALES, Rodrigo, "Epistemología y prueba judicial", en *Revista de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica*

como una garantía reconocida por las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal (Reglas de Mallorca)”, cuya Regla 29 estipula: *“si la comprobación de un hecho se basa en la percepción de una persona, deberá ser esta interrogada en el juicio oral. Este interrogatorio no puede ser reemplazado por la lectura de un documento o declaración anteriormente escrita. Las leyes nacionales establecerán las excepciones a este principio por razón de imposibilidad o grave dificultad de la reproducción de esa prueba. En estos casos, se podrán utilizar en el juicio oral las declaraciones practicadas con anterioridad, siempre que hubiesen tenido lugar con intervención del defensor y se garantice a las otras partes la oportunidad de oponerse a la prueba aportada”*.

Siguiendo a NANZER, cabe remarcar que aun el testimonio más sólido o convincente necesita atravesar el tamiz de la confrontación para convertirse en sostén legítimo de una sentencia. Este derecho debe concebirse como un límite más a la averiguación de la verdad en el proceso penal. De este modo, toda declaración testimonial que el imputado y su defensa no hubieran podido controvertir no puede integrar el plexo probatorio que el juzgador valorará para emitir su veredicto; “[I]a consecuencia, pues, ha de ser la absoluta, inexorable e irrestricta invalorableidad del testimonio”<sup>513</sup>.

Hasta aquí se han presentado las dos etapas del proceso que, sin dudas, se estructuran de modo disímil en relación a la prueba. Se ha

---

*del Perú*, volumen 2, nº 1, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, págs. 8-9.

<sup>513</sup> NANZER, Alberto, “La prueba derivada bajo el prisma del derecho a la confrontación”, en *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Daniel Pastor director, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 367.

marcado con nitidez la frontera entre la simple y provisoria evidencia de cargo de la fase instructoria y la prueba que habilita una condena. En lo que sigue se tratarán las excepciones legales, es decir, las habilitaciones que permiten el traspaso excepcional de ciertos actos de la investigación (o preliminares) al juicio oral.

### **3. EXCEPCIONES A LA ORALIDAD Y A LA INMEDIACIÓN**

La dialéctica entre instrucción y juicio oral impone que, en este, la prueba se produzca en un ámbito de respeto por los principios y derechos ya enunciados. Sin embargo, los códigos procesales regulan excepciones a la oralidad, admitiendo la infiltración de resquicios inquisitivos. Entiendo que el análisis de tales normas aporta la medida del modelo procesal que ofrece cada ordenamiento, cuanto más amplio e irrestricto sea el ingreso de piezas de la investigación al debate oral, mayor será el nivel inquisitivo de su diseño. Cuanto más se tutele la producción y valoración de la prueba bajo los criterios de oralidad, inmediación, contradicción e imparcialidad del juzgador, mayor será el nivel acusatorio del respectivo proceso.

Entrando en la normativa procesal argentina, cabe destacar que el art. 138 del CPPN considera actos definitivos e irreproducibles al secuestro, la inspección y la requisita personal<sup>514</sup>. El art. 200 amplía la categoría a los registros domiciliarios, reconocimientos,

---

<sup>514</sup> NAVARRO – DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2, cit., págs. 110 y 278. Respecto de la inspección, el art. 138 del CPPN no aclara si es del lugar, del cuerpo o de objetos secuestrados, por lo que corresponde una interpretación amplia.

reconstrucciones, pericias e inspecciones siempre que por su naturaleza y características deban considerarse definitivos e irreproducibles<sup>515</sup>. Asimismo, fija que lo sea la declaración del testigo que por “enfermedad u otro impedimento” —presumiblemente— no pueda concurrir al debate.

Tales actos son llevados a cabo por el juez de instrucción, inclusive si la pesquisa estuviera a cargo del fiscal, quien debe requerir su autorización (arts. 196, 210 y 213 inc. “c” del CPPN).

Durante el debate, las declaraciones testimoniales no pueden ser reemplazadas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la instrucción, salvo las excepciones contempladas en el art. 391 del CPPN (conformidad de partes, contradicciones, fallecimiento, ausencia, inhabilitación, etc.).

En lo que respecta a las actas de inspección, requisas y secuestro (art. 138 del CPPN), el art. 392 del CPPN (que agrega el registro domiciliario) autoriza al tribunal de juicio a que ordene su lectura, excepto que los intervinientes hubiesen sido citados como testigos al debate. Si el testigo concurriera a declarar, las piezas escritas solo podrán leerse en caso de contradicciones durante la deposición en el juicio. También podrán ser leídas las declaraciones vertidas en fase de instrucción cuando el testigo hubiera fallecido o por acuerdo de partes.

El CPPF, a pesar de tratarse de un código acusatorio y centrado en la oralidad del juicio, sigue manteniendo la misma categoría de actos definitivos e irreproducibles para los secuestros, inspecciones y requisas (art. 110). En consecuencia, corresponde al juez controlar el

---

<sup>515</sup> La norma no aclara ni especifica el tipo de reconocimientos y reconstrucciones que deben considerarse definitivos e irreproducibles. Tal amplitud implica habilitar dicha condición para cualquier clase de acto que encuadre como reconocimiento o reconstrucción y, a partir de allí, debilitando la oralidad y la intermediación del debate, su incorporación sin restricción alguna.

cumplimiento de los principios y garantías procesales y ordenar los anticipos de prueba (art. 232 del CPPF), que pueden solicitar las partes únicamente (a) si se trata de un acto definitivo e irreproducible según su naturaleza y características, (b) de una declaración que probablemente no pueda tomarse durante el debate, (c) si existiera la probabilidad de que el testigo olvidara circunstancias esenciales por la complejidad del asunto y (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. La diligencia será documentada en acta u otro medio idóneo y quedará bajo la custodia y resguardo del Ministerio Público Fiscal (art. 262 del CPPF).

Como excepciones a la oralidad, el art. 289 del CPPF admite asimismo la incorporación al juicio, por lectura o exhibición audiovisual, (a) de la prueba anticipada del art. 262 del CPF, pero *"siempre que no sea posible la presencia de quien participó o presencié el acto"*, (b) de la prueba documental o de informes y (c) de las declaraciones de testigos fallecidos, incapacitados o no hallados. Por su parte, el art. 300 del CPPF extiende la inclusión por lectura de cualquier elemento siempre que hubiera acuerdo unánime entre las partes<sup>516</sup>.

En el caso de los peritos, en cambio, dado que estos se encuentran obligados a declarar en juicio y presentar sus conclusiones en el mismo, pudiendo consultar, pero no leer, sus informes escritos y valerse de elementos auxiliares para explicar las operaciones realizadas, no se plantea excepción alguna (art. 299 del CPPF).

---

<sup>516</sup> La expresión genérica "incorporación por lectura" comprende la inclusión de archivos de audio, video o imágenes. Ciertos actos requieren su lectura, otros se abastecen con su exhibición o reproducción durante el debate, todo ello en procura de respetar la publicidad de la audiencia.

La vigencia de la oralidad en el CPPF se verifica de acuerdo con el texto del art. 358, que habilita la impugnación de la sentencia, entre otros motivos, por haberse basado en prueba incorporada por lectura fuera de los casos autorizados por el código.

En España, la normativa relacionada con la prueba preconstituida y anticipada ha sido recientemente reconfigurada por la LO 8/2021, del 4 de junio<sup>517</sup>, que modificó los arts. 448, 730, 777 y 788 e incorporó los arts. 449 bis, 449 ter y 703 bis a la LECrim<sup>518</sup>. El art. 448 de la LECrim establece que si el testigo manifestara la imposibilidad de concurrir al juicio oral o si hubiera motivos para presumir su muerte o incapacidad, el juez instructor deberá practicar la declaración asegurando la contradicción<sup>519</sup>.

Por su parte, el incorporado art. 449 bis de la LECrim fija los requisitos de la prueba preconstituida, en tanto la autoridad judicial debe garantizar la contradicción, la documentación de la declaración en soporte apto para la grabación de sonido e imagen y la confección de un acta sucinta.

El art. 449 ter de la LECrim, también incluido por la LO 8/2021, extiende la mecánica del art. 449 bis a la declaración de testigos

---

<sup>517</sup> Ley Orgánica 8/2021, del 4 de junio, "De protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia", BOE nº 134, del 5 de junio de 2021, en vigor a partir del 25 de junio de 2021 (BOE-A-2021-9347). Tan novedosa reforma limita la consulta de doctrina en la materia, aún atada a la escueta legislación previa.

<sup>518</sup> Pueden verse las críticas y problemáticas de la "parca" regulación previa en ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria, "Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada", en *Boletín de información*, año 69, nº 2180, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, Madrid, 2015, págs. 18-32.

<sup>519</sup> El peligro inminente de muerte también se prevé en el art. 449 de la LECrim.

menores de 14 años o con alguna discapacidad en relación a delitos específicamente determinados (homicidio, lesiones, contra la libertad, etc.) y dispone que tal procedimiento se realice con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios y a través de equipos psicosociales que puedan auxiliar al tribunal e intermediar en los interrogatorios, pudiendo requerirse al perito un informe de su labor.

Por otra parte, el art. 703 bis de la LECrim estipula que la grabación prevista en el art. 449 bis se reproduzca en audiencia, sin que sea necesaria la presencia del testigo (de acuerdo también con el art. 788)<sup>520</sup>.

El límite probatorio se encuentra fijado por el art. 728 de la LECrim, en tanto establece que no puedan practicarse otras diligencias de prueba ni examinarse otros testigos que los propuestos por las partes.

Las excepciones a la oralidad se establecen en el art. 730 de la LECrim, que habilita la lectura o reproducción, a instancia de cualquiera de las partes, de las diligencias del sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no pudieran reproducirse en el juicio y (2) de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 449 bis.

Si estuviera comprometida la futura producción de prueba durante el juicio oral, según lo prescribe el art. 777 de la LECrim, el juez de instrucción deberá practicar el acto inmediatamente, asegurando la contradicción y su documentación en soporte apto para la grabación y reproducción de sonido e imagen o por medio de acta. El mismo método

---

<sup>520</sup> En los casos del art. 449 ter de la LECrim, las partes podrán solicitar la presencia del testigo, que podrá autorizarse, con carácter excepcional, mediante resolución motivada.

corresponde para la declaración de alguna de las personas comprendidas en el art. 449 ter.

Asimismo, según el art. 781 de la LECrim, en el escrito de acusación podrá solicitarse la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pudieran llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral, sujeto a la resolución del juez o tribunal (art. 785.1. LECrim).

La normativa argentina antes analizada (y comparada con la española) permite delimitar con precisión los alcances de la denominada prueba preconstituida o anticipada. Se trata de excepciones a la oralidad y a la inmediación que encuentran justificación legal de modo taxativo. En nuestro medio es posible reunir los siguientes grupos:

1. Las inspecciones, requisas y secuestros, que ostentan por ley la condición de definitivos e irreproducibles (arts. 138 del CPPN y 110 y 136 del CPPF).

2. Otros actos, entre los que se encuentran los peritajes según el art. 200 del CPPN, pero siempre que por sus características y naturaleza puedan considerarse definitivos e irreproducibles (art. 262 inc. "a" del CPPF)<sup>521</sup>. Por lo tanto, como la ley no establece que lo sean, como en el caso de las inspecciones, requisas y secuestros, se trata de una condición que deberá fundarse suficientemente. En el supuesto de los peritos, conforme lo prevé el art. 383 del CPPN, no existe obligación legal de que comparezcan a declarar al debate, se trata de una facultad con la que cuentan las partes para proponerlos; si no concurren, se procede a la lectura del dictamen pertinente. Sin duda, dicha norma

---

<sup>521</sup> RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, "La ciencia y la tecnología aplicadas a la prueba de los hechos en el proceso. Análisis del fundamento y fiabilidad de la prueba neurocientífica", en *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Joan Picó i Junoy director, Juan Antonio Andino López y Elisabet Cerrato Guri coordinadores, Bosch, Barcelona, 2020, p. 617.



conspira en contra de las premisas del juicio oral, más aún cuando se trata de expertos cuyos dictámenes suelen requerir aclaraciones y explicaciones, los que encuentran su ámbito natural de discusión únicamente en el debate, a través del tamiz del interrogatorio y del contrainterrogatorio.

3. Los testimonios de aquellas personas respecto de las que se presume que no podrán comparecer o no podrán declarar en el debate por causas diversas como fallecimiento, ausencia, pérdida de memoria, inhabilitación, incapacidad, etc. (arts. 357 y 391 inc. 3° del CPPN, 262 incisos "b" y "c" del CPPF y 448 y 449 de la LECrim).

4. Los testimonios que tienden a evitar una doble victimización o cuando hubieran declarado personas con capacidades restringidas (arts. 250 bis, ter y quater del CPPN, 163 y 164 del CPPF y 449 ter de la LECrim).

5. Las declaraciones realizadas por medio de exhorto o informe (arts. 250 y 391 inc. 4° del CPPN y 165 del CPPF).

6. Cuando hubiera acuerdo de partes (arts. 391 inc. 1° del CPPN y 262, párrafo tercero, del CPPF).

Como puede observarse, algunas excepciones se corresponden con actos realizados durante la instrucción, denominados "definitivos e irreproducibles" (arts. 138, 200, 204, 210 y 213 inc. "c" del CPPN) o "anticipos jurisdiccionales de prueba" (art. 289 del CPPF). En cambio, otras se autorizan cuando ha concluido la investigación, pero antes del inicio del juicio oral, en lo que se conoce como "instrucción suplementaria" (art. 359 del CPPN)<sup>522</sup>.

---

<sup>522</sup> Las primeras coinciden con la llamada "prueba preconstituida" y las segundas con la "prueba anticipada", conforme lo expuesto respecto del ámbito jurídico español.

La categoría de definitivo e irreproducible de un acto implica un mecanismo especial de producción. Y ese mecanismo es el que aquí interesa para configurar la realización de las requisas, inspecciones e intervenciones corporales. Se exceptúan los cacheos, pues los mismos revisten la calidad de actos de prevención policial por cuestiones de seguridad y porque, por tal motivo, no cuentan con regulación legal en los ordenamientos procesales<sup>523</sup>.

La metodología para incorporar al debate por lectura o reproducción requiere el cumplimiento de las siguientes exigencias legales<sup>524</sup>:

1. Los actos definitivos e irreproducibles, según el CPPN, son ordenados de oficio por el juez durante la instrucción jurisdiccional (art. 200 del CPPN) o a petición del fiscal cuando se le hubiera delegado la investigación (arts. 210, párrafo tercero, y 213 inc. "c" del CPPN). En el caso del CPPF los dispone el juez a pedido del fiscal (arts. 232 y 262 del CPPF). Se exceptúan los actos definitivos e irreproducibles que no admitan demora y deban cumplirse de oficio por la policía en situaciones de necesidad y urgencia (arts. 138 y 184 inc. 5° del CPPN y 96 inc. "I" del CPPF)<sup>525</sup>.

---

<sup>523</sup> En Argentina los cacheos no cuentan con ningún tipo de regulación legal, ni siquiera en las leyes orgánicas policiales.

<sup>524</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 107-109, da cuenta de los requisitos necesarios para que la prueba preconstituida pueda alcanzar valor probatorio: intervención motivada, irrepetibilidad, respeto por las garantías, reproducción fiel y atestado incorporado según los principios de inmediación, oralidad y contradicción.

<sup>525</sup> "Esas situaciones de "urgencia y necesidad", dada su indeterminación, habrán de interpretarse, en todo caso, restrictivamente en cuanto constituyen excepciones al requisito de judicialidad", DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 343.

2. Como regla, debe garantizarse la asistencia de las partes, la facultad de interrogar y la de proponer peritos (arts. 199 a 203 del CPPN, 111 del CPPF y 449 bis de la LECrim)<sup>526</sup>.

3. Los actos deben respaldarse y documentarse mediante registros idóneos, principalmente audiovisuales, aunque pueden acompañarse actas complementarias (arts. 138 del CPPN, 262 último párrafo del CPPF y 449 bis de la LECrim).

4. Si tales actos fueron cumplidos respetando las pautas legales establecidas para su producción y admitidos por los jueces del tribunal de juicio al resolver sobre la prueba, entonces ingresan por lectura, exhibición o reproducción. Sin embargo, en virtud de los principios de oralidad, inmediación, contradicción, continuidad, identidad física del juzgador y publicidad, considero que debe propiciarse y exigirse, junto con el acto incorporado, la presencia como testigos o peritos de quienes hubiesen intervenido en los mismos, presencia que el CPPN no considera necesaria<sup>527</sup>.

---

<sup>526</sup> ABEL LLUCH, Xavier, "La contradicción del dictamen pericial", en *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora María Victoria Berzosa Francos*, Joan Picó i Junoy director, Bosch, Barcelona, 2013, p. 222, explica que "[e]l modelo de prueba pericial única, oficial e intraprocesal ha sido substituido por un modelo dual en el que coexisten los dictámenes por peritos designados libremente por las partes (pericial de parte) y aportados con los escritos de alegaciones junto con los dictámenes de peritos designados, a instancia de parte, por el tribunal (pericial de designación judicial)". De acuerdo con PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 193, "el control del procedimiento técnico se podría asegurar mediante el nombramiento de técnicos, por parte del imputado, para que intervengan y estén presentes durante la diligencia médica de intervención o inspección".

<sup>527</sup> Por ello, coincido con DÍAZ CABIALE, José Antonio, "Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)", en *Cuadernos de derecho judicial*, nº 12, ejemplar dedicado a "Medidas restrictivas de derechos

5. Para que puedan valorarse, las actas, declaraciones, dictámenes y registros audiovisuales de la investigación deben leerse, reproducirse o exhibirse por completo. No alcanza con la simple mención del tipo de documento o de la foja del expediente en la que se encuentran, debe cumplirse con la exposición íntegra en la audiencia respectiva (generalmente al inicio, aunque puede disponerse de otro modo o reiterarse si fuera necesario).

Tales pautas surgen de lo dispuesto en las disposiciones ya analizadas, tanto del CPPN (arts. 138, 200, 201, 203, 210, 391 y 392) como del CPPF (arts. 110, 136, 164, 232 y 262). En caso de incumplimiento, se tratará de prueba irregularmente incorporada (por inobservancia de las formas previstas para su ingreso al proceso)<sup>528</sup>.

La estructura hasta aquí delineada se corresponde con un análisis conjunto de las disposiciones legales vigentes, las que permiten esbozar el escenario en el que se despliegan los anticipos probatorios y la instrucción suplementaria.

---

fundamentales”, Eloy Velasco Núñez director, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 183, para quien *“si se requiere la presencia de los agentes para ratificar el atestado, la verdadera prueba consistirá en su deposición”*.

<sup>528</sup> CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, cit., págs. 16-23; JAUCHEN, *Tratado de la prueba en materia penal*, cit., p. 613. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 46 y ss., propone otra clasificación (pruebas expresamente prohibidas, pruebas irregulares y pruebas obtenidas con afectación de derechos fundamentales). LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de derecho procesal penal*, cit., p. 275, explica que la *“terminología utilizada no es uniforme”*.

#### **4. LOS ANTICIPOS PROBATORIOS Y LA INSTRUCCIÓN SUPLEMENTARIA**

En Argentina no se utiliza la expresión “prueba preconstituida”. Se alude, y así lo establecen los códigos procesales, a la prueba anticipada, anticipos jurisdiccionales de prueba o prueba definitiva e irreproducible cuando las diligencias se realizan durante la instrucción o etapa preparatoria (arts. 138 y 200 del CPPN, 232 y 262 del CPPF, 274 del CPPBA y 98, 99 y 100 del CPPCABA). Y se hace referencia a la instrucción suplementaria cuando los actos se cumplen en la fase preliminar al juicio, es decir, antes del debate, pero luego de concluida la investigación (arts. 357 del CPPN y 338 del CPPBA).

Prueba anticipada y prueba preconstituida son dos alternativas que, sin perjuicio del título que se les asigne, presentan características particulares. Por un lado, aparece la prueba que puede llamarse anticipada, definitiva e irreproducible o preconstituida, y que se presenta durante la etapa de instrucción o preparatoria como un acto propio de la investigación, del que se presume la imposibilidad de su realización en el juicio. Generalmente porque las personas no podrán declarar en el juicio oral (fallecimiento, incapacidad, etc.) o no deberían hacerlo (doble victimización o capacidades restringidas) realizarse en el juicio oral (arts. 138, 200, 250 bis, ter y quater, 391 y 392 del CPPN y 110, 163, 164, 262 y 289 del CPPF). Al respecto, ANDRÉS IBÁÑEZ refiere: *“no es lo mismo llevar a juicio una prueba —de imposible reproducción— preconstituida contradictoriamente en su día, es decir, con presencia de la defensa frente al investigador; caso este en el que, en la interrelación de las dos fases, habría que hablar de contradicción sin intermediación*

—del juzgador—; que hacer otro tanto con lo que solo fuera resultado de una actuación unilateral de aquél, supuesto del que estarían ausentes tanto la inmediación como la efectiva contradicción”<sup>529</sup>.

El espectro de prueba irreproducible resulta amplio, tal como lo indica ORGEIRA, quien entiende que “cuando la interrogación recae sobre personas no suficientemente afincadas en el país o en un determinado domicilio, cuando los hechos se han desarrollado en villas o poblados donde la posterior localización de los testigos se torna siempre dificultosa, la regla es presumir el carácter posiblemente definitivo e irreproducible de esos testimonios, por lo que se debe notificar a los abogados de las partes, estableciendo día y hora para celebrar las audiencias con el debido control”<sup>530</sup>.

En el caso de Argentina, la segunda alternativa se verifica cuando la prueba tramita como instrucción suplementaria (prueba anticipada en sentido estricto), que es aquella que se produce una vez terminada la

---

<sup>529</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Colección “Claves del derecho procesal penal”, Francisco Muñoz Conde – Marcela De Langhe directores, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 135. Indica HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 87, que durante la instrucción el principio de “inmediación en sentido subjetivo es inexistente, ya que la prueba anticipada se desarrolla ante un juez, el de instrucción, que no será el mismo que va a dictar la sentencia y que, por tanto, tampoco va a valorar dicha prueba. El principio de inmediación, entonces, se cumple solo desde la perspectiva de la necesidad de una autoridad judicial independiente que asegure la validez de la prueba”. El principio de identidad física del juzgador es el que unifica la inmediación con aquel juez que va a dictar sentencia definitiva, es decir, una inmediación en sentido estricto.

<sup>530</sup> ORGEIRA, “Control de la prueba testimonial en la etapa sumarial. Más sobre ‘Abasto versus Novoa’”, cit., p. 9. En similar sentido, citando la STS 840/2016, del 7 de noviembre de 2016, DE AGUILAR GUALDA, Salud, *La prueba en el proceso penal. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 33.

instrucción, pero en el período temporal previo al debate, en tanto presenta dificultades para su materialización en este (art. 357 del CPPN)<sup>531</sup>. Usualmente se da en supuestos de testigos que no podrán comparecer al juicio oral. El propósito, además de asegurar la prueba, radica en evitar la suspensión del debate. A diferencia de los actos definitivos e irreproducibles de la investigación, en estos interviene el órgano de juicio, por lo que, además de la contradicción, se aseguran la inmediación y la identidad física del juzgador, no así la concentración y la continuidad de las audiencias (arts. 365 del CPPN y 291 del CPPF). En cambio, en España tanto la anticipada como la preconstituida se desarrollan ante el juez de instrucción.

Cabe señalar que, desde el punto de vista sistemático, la prueba definitiva e irreproducible se encuentra comprendida en el segmento de la ley procesal dedicada a la fase de instrucción (etapa preparatoria para el CPPF). En cambio, la prueba anticipada se incluye en el capítulo legislativo que da inicio a la fase del juicio oral.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, corresponde apuntar que se mantendrá una terminología ligada al sistema jurídico argentino, por lo que se aludirá indistintamente a prueba anticipada, anticipo jurisdiccional de prueba o prueba definitiva e irreproducible cuando se trate de actos de investigación (aunque se aclare su vínculo con la prueba preconstituida), y se hablará de instrucción suplementaria cuando se mencionen diligencias preliminares previas al debate, pero ya

---

<sup>531</sup> Es cierto que la denominación "instrucción suplementaria" parece aludir más a una extensión del sumario que a un adelanto del juicio oral. Sin embargo, el contenido de la norma alude tanto a dicha hipótesis como a la imposibilidad de cumplimiento de prueba en la audiencia de debate.

en etapa de juicio (sin perjuicio de relacionarlas con la prueba anticipada en sentido estricto).

## **5. EL DEBER DE PRIORIZAR LA PRODUCCIÓN DE PRUEBA EN EL JUICIO**

Teniendo en cuenta el especial mecanismo de realización de aquellos actos de la investigación que se consideran definitivos e irreproducibles, corresponde preservar su cumplimiento estricto en consideración a su ingreso al juicio oral sin posibilidades de contradicción. Por ello, aun admitido su ingreso por lectura, exhibición o reproducción, se torna relevante priorizar la presencia como testigos o peritos de quienes en ellos hubiesen intervenido<sup>532</sup>. Así lo entiende también JAUCHEN, quien afirma: "*[e]l principio es que toda prueba en la que se apoye la decisión del tribunal de juicio debe haber sido regular, efectiva y directamente incorporada al debate oral, posibilitando así la inmediación, publicidad y contralor de las partes... Por lo tanto, la excepción de incorporación testimonial por vía de lectura debe ser de*

---

<sup>532</sup> Con referencia expresa a las "excepciones a la oralidad", señala MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "Libertad, intimidad y seguridad individual ante intervenciones estatales", en *Derecho Procesal Penal*, AAVV, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2006, págs. 121-122, "*[n]o obstante, estimamos que la regla general debería ser la presencia del funcionario policial que practicó el registro a los efectos de poder ser sometido al interrogatorio de todas las partes sobre los extremos de dicho registro. Su presencia en el acto del juicio oral y su interrogatorio en calidad de testigo es la única forma de garantizar la efectiva contradicción. La lectura del acta debería reservarse para aquellos supuestos de imposibilidad material de presencia del funcionario policial al acto del juicio oral*".



*interpretación restrictiva y solo para casos excepcionales en que resulte ciertamente imposible la comparecencia del testigo*<sup>533</sup>.

Lo contrario supondría transformar la excepción en regla y, tal lo puntualizado por Patricia SORIA, avalar las resistencias que han enfrentado los procesos de reforma en la región, a través de la *"idea persistente de mantener el expediente como metodología de trabajo en las etapas preliminares del proceso"*<sup>534</sup>. Esa lógica es la que aún impera en los juicios orales. Así lo expone DECASTRO GONZÁLEZ, refiriéndose a una realidad colombiana similar a la argentina: *"[e]ste afán por introducir todo al juicio oral es comprensible por cuanto el "expediente" otorgaba seguridad psicológica a los operadores jurídicos del anterior sistema mixto-escritural; la costumbre de lo escrito y la novedad de la utilización del "registro" para recoger las manifestaciones orales hace que la actual regulación genere inseguridad y poca confianza en el interviniente por la dificultad de consulta del registro, la rapidez de la actuación y la carencia de unas destrezas cognitivas que eran innecesarias en el anterior sistema pero imprescindibles en el actual: buena memoria, rapidez de pensamiento, facilidad de expresión y capacidad de persuasión oral, entre otras"*<sup>535</sup>.

Por ello, y más allá de las autorizaciones legales analizadas, lo cierto es que las excepciones que permiten la lectura o reproducción en

---

<sup>533</sup> JAUCHEN, Eduardo M., "Derecho del imputado y su defensor a interrogar testigos y peritos de cargo y descargo", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La defensa penal*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 103.

<sup>534</sup> SORIA, Patricia, "Hablando se entiende la gente", en *Revista de Derecho Procesal Penal. El proceso penal adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 248.

<sup>535</sup> DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro, "El uso de documentos y escritos en la audiencia de juicio oral", en *Criterio Jurídico. Revista del Departamento de Ciencia Jurídica y Política*, volumen 8, n° 1, Pontificia Universidad Javeriana-Cali, Santiago de Cali 2008, págs. 132-133.

el debate de diligencias escritas o grabadas durante la instrucción no solo desconocen el derecho del imputado a la comparecencia del testigo, aunque hubiera una contradicción atenuada, sino que afectan "a todos los otros caracteres del juicio, pues, por ejemplo, un testimonio recibido en la investigación preparatoria y solo "leído" en el debate, vulnera además la publicidad, pues el público no ve ni oye al testigo; también la inmediación, pues ni el acusador, ni la defensa, ni los jueces tienen contacto directo con él; también el contradictorio, pues las partes no pueden preguntar ni repreguntar; y también la identidad física del juez, ya que quien recibió originariamente el testimonio no es el mismo juez que deberá dictar la sentencia utilizando esos dichos como prueba"<sup>536</sup>.

El núcleo del asunto es expuesto por BINDER: "las normas que regulan la llamada incorporación de la prueba por lectura en el juicio oral son de vital importancia para regular las relaciones entre la instrucción y el juicio oral, éste es uno de los problemas esenciales del proceso penal moderno"<sup>537</sup>. Por ello, los supuestos de excepción deben ser puntillosamente examinados por los jueces al momento de decidir el ingreso por lectura o reproducción de un acto de la investigación. Las partes son las que deben fomentar la oralidad, evaluando si la excepción se verifica en todos sus aspectos.

Salvo las hipótesis extremas de testigos o peritos fallecidos, inhabilitados o incapacitados, en las demás, principalmente en torno a los actos y peritajes que aquí interesan (requisa, inspección e

---

<sup>536</sup> CAFFERATA NORES, José I., "La lectura en el debate de las declaraciones testimoniales recibidas en la instrucción", en *Suplemento de jurisprudencia penal*, La Ley del 23 de septiembre de 2002, Buenos Aires, 2002, p. 2.

<sup>537</sup> BINDER, Alberto, "Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica", en *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 141.

intervención corporal), corresponde exigir la presencia en el debate de todos los intervinientes, inclusive en las condiciones estipuladas por el art. 299 del CPPF. En tal sentido, y ya desde la STC 176/1998, se sostiene que el principio de contradicción *"...constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo"*.

Tal premisa cuenta con apoyo legal, en tanto los arts. 392 del CPPN y 289 inc. "a" del CPPF así lo estipulan<sup>538</sup>. El art. 392 del CPPN impide, bajo sanción de nulidad, la lectura de las actas de inspección, registro y secuestro (salvo por contradicciones, fallecimiento o ausencia), si los intervinientes hubiesen sido citados a juicio como testigos. En el caso del art. 289 inc. "a" del CPPF, la incorporación por lectura de la prueba anticipada se encuentra condicionada a *"que no sea posible la presencia de quien participó o presenció el acto"*, lo que habilita la excepción únicamente en esa situación límite. Asimismo, el inc. "c" de dicho artículo especifica las circunstancias excepcionales en las que puede incorporarse la declaración de un perito.

Dicha prioridad, vinculada a la defensa en juicio, ha sido destacada desde la STC 86/1999, recordando su doctrina mantenida en la STC 31/1981: *"el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio, que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte*

---

<sup>538</sup> También el art. 703 bis de la LECrim, que establece que, aun si se encontrara habilitado el ingreso por lectura o reproducción de un acto de la investigación, a pedido de parte, se convoque al testigo a declarar, en tanto se considere necesario por resolución motivada.

*que la convicción de este sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes”.*

Así como deben extremarse los esfuerzos para cumplir con los mecanismos regulados para la producción de la prueba anticipada o de la instrucción suplementaria, también debe otorgarse preponderancia a la realización de esos actos durante el debate, pues en todos los casos ostentan carácter testimonial, es decir, pueden exponerse en el juicio oral a partir de la declaración de los intervinientes, sea que se trate, entre tantos otros, de un dictamen de autopsia, de un examen de ADN o de una revisión médica<sup>539</sup>.

La regla del art. 391 del CPPN es clara: “[l]as declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la instrucción”. Si, además, se considera que las excepciones que dicha norma enumera deben interpretarse restrictivamente, por coartar derechos fundamentales (art. 2 del CPPN), entonces no hay dudas de la necesidad de anteponer la producción de prueba en el debate.

---

<sup>539</sup> PALACIO, Lino Enrique, “Acerca del alcance de los informes médicos realizados durante la prevención policial”, *Suplemento penal y procesal penal*, La Ley, 30 de abril de 2004, p. 30, entiende, aún considerándolos “pericias”, que es “admisible su incorporación al debate mediante lectura”. La prueba documentada que aquí se refiere no es sinónimo de prueba documental, sobre esta, véase JAUCHEN, Eduardo M., “La prueba documental en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, págs. 199-210; JAUCHEN, *Tratado de la prueba en materia penal*, cit., págs. 487-503; PALACIO, Lino Enrique, *La prueba en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, págs. 63-81; CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, cit., págs. 185-191.

En consonancia con la STS 374/2019<sup>540</sup>, del 23 de julio de 2019, solo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; de dicha regla general únicamente pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea (fallecimiento) o se prevea (grave enfermedad) imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y, especialmente, la posibilidad de contradicción (SSTC 82/1992, del 28 de mayo de 1992, y 138/1992, del 13 de octubre de 1992).

Pero, si los motivos que justificaron al anticipo probatorio o la instrucción suplementaria hubieran desaparecido y hubiera petición de parte, deberá ordenarse la presencia del testigo o perito en la audiencia, con independencia de la incorporación por lectura o reproducción.

## **6. LA DIFERENCIA ENTRE INCORPORAR Y VALORAR**

Según ANDRÉS IBÁÑEZ, en el proceso penal se recolecta información a través del paradigma indiciario. Por ello, en el mismo momento de la recogida de los vestigios del delito se impone dejar constancia, *"para que la hipótesis de partida cuente con ese mínimo de objetividad que es presupuesto de racionalidad en el tratamiento de las informaciones eventualmente probatorias"*<sup>541</sup>. Ese mínimo de objetividad, cuando se trata de anticipos probatorios o de instrucción suplementaria, se

---

<sup>540</sup> STS 374/2019, del 23 de julio de 2019, RC 10209/2019, ponente Vicente Magro Servet.

<sup>541</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, cit., p. 133.

incrementa en cuanto a las exigencias a cumplir, según lo ya expuesto (intervención del juez, notificación previa, presencia de las partes, contradicción, etc.). Así formalizados, dichos actos revestirán las condiciones de validez que les permitirán ingresar al debate y concurrir a sostener una condena.

En definitiva, si consideramos, como señala AROCENA, las dos fases del proceso penal "*la evidencia producida en la primera etapa procesal sólo deberá emplearse para dar base a la acusación*" mientras que "*la del debate, para fundar la condena*"<sup>542</sup>. Pero esa visión debe completarse con las excepciones que, en dicha lógica, operarían como una puerta de entrada extraordinaria de evidencias que, en principio, no cuentan con capacidad para valorarse en juicio, la que adquieren no solo por la habilitación legal, sino también porque se ha probado que aún subsisten los motivos que oportunamente las justificaron como excepción. De lo contrario, debe volverse a la regla, esto es, a las declaraciones en juicio oral y público.

Según indica FARSA, uno de los grandes temas en relación con el juicio oral es el de la incorporación por lectura de las declaraciones prestadas por los testigos en forma previa al debate oral. La posibilidad de tal incorporación afecta sensiblemente los derechos de la defensa, principalmente porque puede ser valorada por el juzgador sin que haya posibilidad de contradicción. Se desconocen así la oralidad, la publicidad, la inmediación y, claro está, la contradicción<sup>543</sup>.

---

<sup>542</sup> AROCENA, Gustavo, "La oralidad en el debate", en *Temas de derecho procesal penal (contemporáneo)*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 228.

<sup>543</sup> FARSA, Pablo, "Juicio oral adversarial: sus posibilidades de realización en los sistemas normativos", en *Revista de Derecho Procesal Penal. El proceso penal adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, t. 1, Rubinzal-

Debe insistirse en que las piezas escritas de la instrucción tienen carácter excepcionalísimo durante el debate oral. La doctrina española se refiere a ellas como de "lectura sanadora", destacando LÓPEZ BARJA DE QUIROGA que la lectura en la audiencia oral de los escritos del sumario cumple tan solo con el principio de publicidad, pero nada más<sup>544</sup>. No hay contradicción ni intermediación ni oralidad y ello debería provocar la pérdida de gravitación de lo obrado en la instrucción al momento de la decisión definitiva<sup>545</sup>. Gran parte de estas medidas se toman sin conocimiento del interesado y, en ciertos casos al menos, afectan derechos fundamentales de terceros.

ROXIN y WOLTER advierten que —en la práctica— la instrucción *"tiene una singular fuerza determinante del resultado del juicio oral"*<sup>546</sup>. En igual sentido se pronuncia BINDER, quien se refiere a una *"oralidad distorsionada por el peso del expediente"*<sup>547</sup>, afirmando que *"[l]a fuerza" del sumario o de la investigación preliminar es tan grande, que tiende a ocupar el centro de la escena procesal; esa es una perspectiva profundamente errada y, por supuesto, no es la perspectiva constitucional"*<sup>548</sup>. Dicha incidencia, epistemológicamente, dependerá de

---

Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 374. La CIDH, en el caso "Castillo Petruzzi vs. Perú", sentencia del 30 de mayo de 1999, señaló que la defensa en juicio se ve afectada por *"la circunstancia de que la defensa no hubiera podido conainterrogar a los testigos ni durante la instrucción ni con posterioridad"*.

<sup>544</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de derecho procesal penal*, cit., págs. 501-503.

<sup>545</sup> FALCONE, Roberto A. – MADINA, Marcelo A., *El proceso penal en la Provincia de Buenos Aires, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2005, p. 378.

<sup>546</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 212.

<sup>547</sup> BINDER, Alberto, "Del preso sin condena al condenado sin juicio. Política procesal y abreviación del proceso", en *Justicia penal y estado de derecho*, 2º ed., actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 272.

<sup>548</sup> BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 255.

distintos factores, pero uno de ellos se relacionará directamente con el cumplimiento de las formas legales específicamente establecidas para la realización de tales actos.

En torno a las piezas escritas incorporadas por lectura al juicio oral, la CSJN, en el caso "Benítez" (2006)<sup>549</sup>, consideró: "*[e]s violatoria del derecho consagrado por los arts. 8.2.f., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3.e. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la condena que —al incorporar por lectura las declaraciones que los testigos habían prestado durante la etapa de instrucción mientras el imputado no había sido habido— se fundó en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad de controlar. La invocación de la imposibilidad de hacer comparecer al testigo no basta para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba, pues lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura (art. 391 del Código Procesal Penal de la Nación) 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 del acusado*".

Queda claro así que no puede aceptarse que la información principal aportada al debate sea la misma que se produjo durante la instrucción, puesto que ello implicaría una "*grave distorsión del juicio penal*"<sup>550</sup> y acarrearía caer en un debate "leído", refractario al modelo propuesto por las coordinadas acusatorias. Ahora bien, corresponderá

---

<sup>549</sup> CSJN, Fallos 329:5556, "Benítez, Aníbal Leonel s/ Lesiones graves —causa n° 1.524—", resolución del 12 de diciembre de 2006.

<sup>550</sup> BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 264.



admitirla cuando resulte inexorable, es decir, en situaciones extraordinarias, las que se medirán y determinarán, en primer lugar, de acuerdo con una interpretación restrictiva de las excepciones legales y, en segundo lugar, corroborando que la situación anómala subsista al momento del juicio.

Por otra parte, deben reforzarse las competencias y capacidades de los funcionarios encargados de la persecución penal para cumplir con las exigencias legales que subyacen a la tarea de investigación respecto de actos sensibles al proceso, como lo son aquellos que deben producirse anticipadamente. Para ello, deben respetarse las pautas y condiciones expuestas precedentemente.

## **7. EL IMPUTADO Y LA COERCIÓN ESTATAL**

### **7.1. Debilidad normativa en materia de coerción probatoria**

Como sostiene DUART ALBIOL en torno a las diligencias de investigación sobre el cuerpo del imputado, "*[l]a posibilidad de ejecutar por la fuerza la medida acordada en caso de negativa injustificada a su cumplimiento por parte del sujeto afectado es, sin duda, la cuestión más controvertida de entre las que plantea la materia que nos ocupa*"<sup>551</sup>. Pues, como subraya Carnelutti, "*[n]o solamente se hace sufrir a los*

---

<sup>551</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 416.

*hombres porque son culpables, sino para saber si son culpables o inocentes*<sup>552</sup>.

Por lo tanto, en procura de aportar una mirada acorde con los derechos fundamentales, sostendré que el uso material de la fuerza física no es admisible en materia de actos de investigación sobre el cuerpo del imputado en el proceso penal en Argentina, por tratarse de un Estado constitucional de derecho, en los términos expuestos por FERRAJOLI<sup>553</sup>. Aunque sí resulta legítimo, siguiendo a KELSEN, considerar el potencial efecto regulador del derecho respecto de la conducta humana, como un aspecto de su característica coactiva<sup>554</sup>. Ese objetivo regulador, en cuanto a los actos de investigación, puede alcanzarse aplicando y ejerciendo la fuerza física para someter el cuerpo del imputado, lo que aquí rechazo, o mediante la “amenaza” de un perjuicio que no importe coerción sobre el cuerpo de la persona. Ese perjuicio, como se justificará con posterioridad, radica en la posibilidad de valorar (como presunción) en contra del imputado su resistencia física a una injerencia corporal.

---

<sup>552</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Las Miserias del Proceso Penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1959, p. 75.

<sup>553</sup> FERRAJOLI, “Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales”, cit., p. 114; FERRAJOLI, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, cit., págs. 311-360.

<sup>554</sup> KELSEN, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, traducción de Emilio O. Rabasa, 3º ed., revisada y corregida, Universidad Nacional Autónoma de México y Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002, págs. 23-30. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de la segunda edición en alemán de Roberto J. Vernengo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1982, p. 48, afirma que en el derecho el “*momento de coacción... es el criterio decisivo*”. En similar sentido se pronuncia ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2º ed., traducción de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 124, para quien la definición de derecho contiene la característica de la coacción. También PASINI, Dino, “Poder, Estado y funciones del derecho”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n° 17, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 1974, págs. 249-254.

Las disposiciones procesales contienen pautas genéricas y abiertas en cuanto al uso de la fuerza, lo que favorece los abusos y excesos al momento de ejecutar una diligencia<sup>555</sup>. Más allá de que algunas normas y las respectivas órdenes judiciales puedan aclarar que cabe aplicar la fuerza física solo en casos de estricta necesidad, tal presupuesto, en la práctica, es considerado con diverso alcance cuando no se cuenta con el consentimiento o con el acatamiento del sujeto pasivo<sup>556</sup>. La necesidad adquiere diversas formas cuando oficiosamente la policía tiene como objetivo la obtención de evidencias del cuerpo del imputado, pudiendo incluso llegar a los excesos. Y cuando debe hacerlo por orden judicial, el cumplimiento de la misma aparece como un imperativo que debe ejecutar, lo que también puede llevar a excesos<sup>557</sup>.

En un marco de regulaciones imprecisas, se observa que el art. 120 del CPPN autoriza al juez, en el ejercicio de sus funciones, a requerir la intervención de la fuerza pública y disponer todas las medidas que considere necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene<sup>558</sup>. Tal poder coercitivo se extiende —en los

---

<sup>555</sup> Los arts. 218 bis del CPPN y 175 del CPPF establecen: "*El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización*". Tal autorización se encuentra legislada sólo para la obtención de ADN. El art. 181 del CPPF, único que regula las intervenciones corporales propiamente dichas, no habilita el uso de la coerción.

<sup>556</sup> Es posible entender, con TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, 14º ed., ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 158, que "*la coacción solo aparece cuando no se cumple voluntariamente el derecho*".

<sup>557</sup> Por ejemplo, la imposición de flexiones para que el sospechoso expulse por vía rectal las drogas ingeridas constituye una práctica policial nada infrecuente, véase CABANILLAS SÁNCHEZ *et al.*, *Manual del policía*, cit., p. 497.

<sup>558</sup> Como indica D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, cit., p. 222, uno de los elementos de la jurisdicción consiste en la "coertio", es decir, en el empleo de la fuerza para el

mismos términos— a los funcionarios del Ministerio Público, según lo dispone el art. 70 del CPPN, y a los agentes policiales, conforme lo prescribe el art. 184 inc. 11° del CPPN, asignándoles la posibilidad de *"usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad"*. Tal atribución se encuentra condicionada por el principio sentado por el art. 2 del CPPN, en tanto estipula que toda disposición que *"limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código... deberá ser interpretada restrictivamente"*.

El art. 218 bis del CPPN, que regula la obtención de ADN, contiene un texto que aparenta otra fundamentación: *"El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización"*. Sin embargo, más allá de su redacción, la norma cuenta tan solo con una referencia parca respecto del uso de la fuerza, del mismo modo que los arts. 175 del CPPF, que también estipula la obtención de ADN, y 184 inc. 11° del CPPN, se trata de la alusión al principio de necesidad<sup>559</sup>.

Nótese, por ejemplo, que la orden judicial de presentación de objetos o documentos (arts. 232 del CPPN y 147 del CPPF), también como acto de investigación y cuyo cumplimiento cabe disponer por la fuerza mediante allanamiento y secuestro, no puede ser impuesta coactivamente a los testigos o profesionales que tuvieran facultad de

---

cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso a efectos de hacer posible su desenvolvimiento, y que puede ser sobre las personas o las cosas.

<sup>559</sup> RUIZ, Thiago, *A Prova Genética no Processo Penal*, Almedina, San Pablo, 2016, apartado 3.2.4, apunta con agudeza que, con todo, el art. 218 bis del CPPN es amplio y vago y puede fomentar el uso irrestricto e indeterminado de la prueba genética en razón del empleo de la palabra "importancia".

abstención o prohibición de declarar en contra del imputado<sup>560</sup>. Por lo tanto, tampoco podría condicionarse a este último para que se comporte entregando elementos, objetos o documentación que pudieran incriminarlo<sup>561</sup>. Es decir, dicha limitación debe extenderse *in bonam partem* a las diligencias de registro corporal que reclamen un comportamiento activo del imputado<sup>562</sup>.

En tal sentido, el art. 72 del CPPF, que legisla la declaración del imputado, rechaza todo método prohibido, prescribiendo que no pueda ser "*sometido a ninguna clase de fuerza o coacción*". Tal disposición

---

<sup>560</sup> Según BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 182, la garantía de no ser obligado a declarar contra uno mismo "*no sólo cubre al imputado, sino también al testigo, ya que constituye un límite al deber de declarar la verdad*". Tal criterio, el de respetar la prohibición de los testigos con parentesco cercano de declarar en contra del imputado, de acuerdo con el art. 242 del CPPN, es doctrina de la CSJN a partir del caso "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación", Fallos 326:3758, resolución del 30 de septiembre de 2003.

<sup>561</sup> Y ello no cambia porque la persona fuera "invitada" a exhibir los objetos (vinculados al delito) que pudiera llevar consigo (arts. 230 del CPPN y 137 del CPPF). Ya que una entrega luego de tal "invitación" no será el resultado de una acción voluntaria, sino la consecuencia de la coacción inherente a la propuesta policial y el paso previo a una inexorable requisita coactiva, inclusive frente a la oposición del sujeto pasivo.

<sup>562</sup> CÓRDOBA, Gabriela, "Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba. Obtención de ADN y nemo tenetur", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 159; en igual sentido, MAIER, "Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad", cit., p. 146. De otra opinión, basado en la falta de previsión legal expresa respecto de la prohibición o abstención, GUARIGLIA, "¿Ausencia de fundamento normativo, prohibición de método de prueba o lesión al principio de proporcionalidad? El fallo de la Corte Suprema en 'Vázquez Ferrá'", cit., págs. 61-62.

también proscribire toda medida que afectare su libertad de decisión, voluntad, memoria o capacidad de comprensión<sup>563</sup>.

Como se observa, las previsiones legales que regulan el atributo de la coerción estatal en relación al imputado resultan escuetas e insuficientes en clave de respeto a los derechos fundamentales, pudiendo poner en peligro la dignidad de la persona<sup>564</sup>. Por ende, el principio que habilita de modo genérico el uso de la fuerza al juez o al fiscal, a fin de alcanzar el cumplimiento de los actos que ordenen (arts. 70 y 120 del CPPN), se ve diluido por la ausencia de concreción y especificación ulterior en materia de registros corporales<sup>565</sup>.

Tal disolución se potencia porque la regulación en el terreno de las injerencias resulta escasa y confusa<sup>566</sup>. Y más aun cuando se trata del

---

<sup>563</sup> Como bien expone BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 182, “[e]l proceso penal no es un proceso que busque la confesión. No obstante, nuestros sistemas procesales, predominantemente inquisitivos sobre todo en la fase de instrucción no se rigen por este principio y siguen buscando la confesión como uno de los objetivos del proceso. Sin embargo, no puede haber de parte del Estado ningún tipo de mecanismo, argucia o presión tendiente a provocar la confesión del imputado”.

<sup>564</sup> Tal lo señalado por ATIENZA, “A propósito de la dignidad humana”, cit., págs. 466-467, la dignidad constituye un valor que sirve de justificación última a todos los derechos fundamentales y que, por su preponderancia, prácticamente nunca admite la posibilidad de ponderación. Según RODRÍGUEZ RESCIA, “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, cit., p. 1327, “el imputado debe ser considerado y tratado como ser humano con el respeto debido a su dignidad de tal y desde luego como sujeto principal, no como objeto secundario de la relación procesal”.

<sup>565</sup> Como apunta PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 147, respecto del art. 363 de la LECrim, “[a]nte la falta de previsión, hemos de llegar a la conclusión de que, hoy por hoy, nuestro ordenamiento prohíbe la compulsión física, así como el uso de otra clase de presión o coacción, para realizar la prueba”.

<sup>566</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, cit., p. 192; MAIER, “Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad”, cit., p. 137.

uso de la fuerza. Un necesario recorrido normativo permite afirmar que las disposiciones procesales solo autorizan, según el caso y la autoridad competente y de modo abierto e indeterminado, el “uso de la fuerza pública”, el “uso de la fuerza” o el “uso de medios coactivos”<sup>567</sup>. Tales normas no contienen precisiones en cuanto a los principios que rigen el uso de la coerción estatal, lo que condiciona enormemente su ejecución en la práctica y su interpretación constitucional —siendo fuente de potenciales abusos y excesos—.

Dicho déficit no es monopolio de los registros corporales, como apunta MAIER<sup>568</sup>. En lo que aquí concierne, el panorama desalentador apuntado por MAIER puede resumirse sin esfuerzos. En primer lugar, el cacheo no cuenta con regulación legal en la Argentina. El uso de la fuerza para su materialización solo puede derivarse de la justificación por estado de necesidad en una situación de peligro concreto, principalmente para las personas (incluyendo hipótesis de legítima defensa, propia y de terceros), pero también para los bienes jurídicos circundantes (art. 34 incisos 3º, 6º y 7º del CP).

En segundo lugar, las normas que legislan la requisita no establecen pauta alguna en torno a la coerción estatal (arts. 230 y 230 bis del CPPN y 137 y 138 del CPPF). Tan solo advierten que *“la negativa de la persona que haya de ser objeto de la requisita no obstará a esta, salvo que mediaren causas justificadas”*. La expresión *“no obstará a*

---

<sup>567</sup> DE LUCA, “El cuerpo y la prueba”, cit., p. 44.

<sup>568</sup> MAIER, Julio B. J., “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*, Fundación Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2008, p. 104, alude a la escasez de reglas que tienen los códigos de procedimiento en Argentina acerca de los medios de prueba o de la prueba en general.

*esta*” de modo alguno puede entenderse como una atribución para utilizar la fuerza, pues las disposiciones legales que coartan la libertad personal o limitan el ejercicio de un derecho deben interpretarse restrictivamente y ordenarse tras los principios de legalidad y reserva de ley, lo que aquí no se verifica<sup>569</sup>.

En tercer lugar, los preceptos que regulan la medida de inspección tampoco habilitan o admiten su ejecución por medio de la coerción, mereciendo —en este aspecto— los cuestionamientos expuestos respecto de la requisita (arts. 184 inc. 4º, 216, 218 y 222 del CPPN)<sup>570</sup>.

En cuarto lugar, las prescripciones que establecen la medida de obtención de ADN disponen que el uso de la fuerza sobre la persona afectada en ningún caso exceda el estrictamente necesario para su realización (arts. 218 bis del CPPN y 175 del CPPF). Y la única norma que alude a las intervenciones corporales no contiene pauta o parámetro alguno respecto del poder coercitivo para su ejecución (art. 181 del CPPF).

Por último, ni en las normas supuestamente específicas ni en otras de carácter genérico se encuentra patrón alguno que establezca sí, cuándo, cómo, dónde y quién puede aplicar la fuerza para lograr el cumplimiento de un registro corporal. En definitiva, el panorama en torno a la coerción, en función de los principios de legalidad y reserva de ley, resulta desolador, como ya se avanzó. Una simple lectura de los

---

<sup>569</sup> Como bien explica RECASÉNS SICHES, “Las funciones del Derecho”, cit., p. 118, el derecho actúa como “tapia o cerca” para defender el ámbito de libertad contra cualquier injerencia indebida; los principios de legalidad y reserva de ley, sin dudas, operan en tal sentido.

<sup>570</sup> El CPPF regula la inspección solo “del lugar del hecho” (art. 136), reservando a la policía la facultad de constatar el estado de las personas mediante inspecciones (art. 96 inc. “f”).



textos legales que habilitan injerencias en derechos fundamentales, inclusive no corporales, como las intervenciones telefónicas, exhibe las falencias apuntadas<sup>571</sup>.

En torno a la realidad española, MORENO VERDEJO, a pesar de que admite, de *lege ferenda*, que no podría reputarse inconstitucional una norma que "*introdujera la ejecutoriedad forzosa de determinados análisis*", interpreta que no existe previsión legal expresa que autorice "*el empleo de fuerza para tomar la muestra contra el consentimiento del sospechoso*". La LO 15/2003 tuvo por objeto solucionar la falta de cobertura legal de las intervenciones corporales, pero no, entre otros, el del uso de la fuerza, que tampoco puede derivarse del genérico art. 363 de la LECrim. La LO 15/2007 "*tampoco alude en modo alguno a ese posible uso de la fuerza*"<sup>572</sup>. Así lo entiende también DUART ALBIOL, para quien "*la falta de regulación de estas diligencias en la LECrim ha propiciado esta situación, así como la utilización por la doctrina de diferentes términos para referirse a los distintos supuestos que*

---

<sup>571</sup> El CPPN cuenta con una sola norma que regula las intervenciones telefónicas, el art. 236, cuyo texto también resulta escueto. Los mismos interrogantes planteados (sí, cuándo, cómo, dónde y quién) quedan sin respuesta. Distinto es el caso del art. 150 del CPPF, cuya redacción, respetuosa de la legalidad taxativa y de la reserva de ley, permite confirmar lo hasta aquí expuesto y aseverar que la tarea del legislador en materia de injerencias ha sido insuficiente.

<sup>572</sup> MORENO VERDEJO, "Algunos problemas de la identificación penal a través de la prueba pericial de ADN: ámbito, asistencia letrada y empleo de fuerza", cit., págs. 141-142. En similar sentido, RAMÍREZ PEINADO, "Base policial de ADN y autodeterminación informativa: el consentimiento para la obtención de muestras biológicas", cit., p. 259. También carece de precisión el art. 129 bis del CPE cuando autoriza la "*ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables*" en caso de oposición del condenado a la recogida de muestras.

*encontrarían cabida en las mismas e, incluso, de diferentes criterios clasificatorios*<sup>573</sup>.

Las disposiciones anteriormente analizadas, alejadas de la legalidad estricta, constituyen pautas generales, imprecisas e indefinidas, sin determinaciones sobre modo, situaciones, alcance, responsables, métodos y grados posibles de aplicación de la fuerza en casos de registros corporales. El compendio de normas rituales que aluden al uso de la fuerza lo hacen en términos genéricos (arts. 70, 120 y 184 inc. 11º del CPPN) y en hipótesis de prohibición de alejamiento o de traslado por la fuerza de personas a determinados actos del proceso (arts. 154, 159, 218 bis, 219, 365 inc. 3º y 366 del CPPN y 136, 147, 159, 209, 281, 284 y 291 del CPPF). En lo demás, tal como se adelantara, las prescripciones sobre prueba en general y sobre registros corporales en particular carecen de mandatos precisos y respetuosos de la legalidad<sup>574</sup>.

Tal horizonte debe situar y guiar el análisis pertinente respecto del poder coercitivo estatal en la materia, reconociendo y proponiendo que, en función de la carencia de prescripciones legales rigurosas y de la vigencia del derecho fundamental a la dignidad de la persona, en

---

<sup>573</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 63.

<sup>574</sup> Explica RUIZ VADILLO, Enrique, "Los principios del proceso penal", en ALDABA. *Revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, nº 24 (ejemplar dedicado a las "Jornadas sobre práctica de derecho procesal: análisis actual y nuevas orientaciones"), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Melilla, 1995, p. 36, que "[l]a legalidad tiene una proyección extraordinariamente importante. La ley quiere que el enjuiciamiento criminal y la propia condena penal no signifiquen nunca la pérdida de dignidad de la persona que ha de sufrir la pena y que se respete su intimidad y hasta su libertad, en la medida en que sea compatible con el cumplimiento de la sanción".

Argentina la ejecución de un registro corporal en el cuerpo del imputado mediante la fuerza se encuentra prohibida<sup>575</sup>.

## **7.2. Coerción, consentimiento y negativa al registro corporal**

La fuerza puede ser tanto física como psicológica (art. 144 ter inc. 3° del CP). La fuerza física comprende el uso de medios narcóticos, hipnóticos o farmacológicos (vomitivos, diuréticos, etc.), y se encuentra prohibida (art. 78 del CP). Lo mismo que si tres o cuatro policías retuvieran al imputado por la fuerza y lo golpearan para que arroje la droga que esconde en su boca. Por su parte, la fuerza psicológica se presenta, de modo ilegítimo, cuando pretende imponerse mediante coacciones prohibidas por la legislación penal, como sucedería si se obligara a alguien a realizar flexiones para que expulse la droga ingerida<sup>576</sup>. Sin embargo, esa fuerza psicológica puede ser legítima y

---

<sup>575</sup> Agrega D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, cit., p. 408, que "[p]or imperio del principio de incoercibilidad del imputado, no podrán hacerse sobre él exámenes que no autorice". Así, puede verse tal principio como derivación, en el marco del proceso penal, del derecho fundamental a la dignidad de la persona.

<sup>576</sup> Piedra basal en este sentido resulta el fallo de la CSJN en autos "Montenegro, Luciano", Fallos 303:1938, resolución del 10 de diciembre de 1981, caso en el que se obtuvo prueba inculpativa a partir de la confesión del imputado lograda mediante apremios ilegales. La CSJN, destacando el carácter constitucional de la prohibición de declarar contra sí mismo (art. 18), vinculado con la prohibición absoluta de torturas, afirmó: "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, porque otorgar valor al resultado de su 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 ilícito". Sobre la concepción actual de la prueba

válida bajo determinadas circunstancias. En primer lugar, cuando se advierte al imputado sobre la posible valoración, como un indicio más a considerar, de su negativa rotunda a la medida. En segundo lugar, cuando se le advierte sobre la consecuencia punitiva perjudicial o desfavorable que implica el tipo de desobediencia, para el caso en el que no realice el comportamiento debido (arts. 73 de la ley 24.449 y 383 del CPE)<sup>577</sup>.

En relación a las hipótesis prohibidas en cuanto a la coerción, explica BINDER que por violencia debe entenderse *"todo mecanismo que tiende a la anulación de la voluntad de la persona, sea mediante la aplicación de violencia corporal, violencia psicológica o mediante la adecuación de medios químicos o hipnóticos que produzcan una anulación psíquica de la voluntad. Por ejemplo, el empleo de psicofármacos o de la hipnosis deben ser considerados como medios violentos que menoscaban la libertad y, por lo tanto, englobados con los demás medios violentos de obtención de la información"*<sup>578</sup>. Por su parte, CAFFERATA NORES observa que del orden jurídico argentino surge la prohibición de utilizar ciertos métodos para la obtención de pruebas; por

---

prohibida, véase ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, "Ponderaciones judiciales en materia de prueba prohibida y garantías para la nueva investigación en el proceso penal", en *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Piedad González Granda directora, María Jesús Ariza Colmenarejo – Eva Isabel Sanjurjo Ríos coordinadoras, Reus, Madrid, 2020, págs. 107-110.

<sup>577</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 37, reconoce que se trata de una figura polémica por los cuestionamientos que ha recibido en orden a los principios de proporcionalidad, presunción jurídica de inocencia y defensa en juicio, luego de suprimida, por la LO 15/2007, del 30 de noviembre, la remisión al delito de desobediencia genérica del art. 556 del CPE.

<sup>578</sup> BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 193.

lo que cabe considerar proscriptas todas aquellas formas de coacción directa, física o psíquica, sobre las personas, que puedan ser utilizadas para forzarlas a proporcionar datos probatorios. Por ejemplo, no sería legítimo suministrar a un testigo las llamadas "drogas de la verdad", ni aun con su consentimiento, para obligarlo a decir lo que no quiere. El acto y las declaraciones obtenidas en consecuencia serán ilegales y, por ende, ineficaces para formar convicción en el juez<sup>579</sup>.

Como se ha destacado, los textos que autorizan la ejecución de actos de investigación sobre el cuerpo del imputado desconocen los imperativos de legalidad y reserva de ley en cuanto al uso de la fuerza, siendo "*frecuentes las transgresiones judiciales en la aplicación de las normas que rigen el ritual procesal, en buena medida establecidas como mecanismo para asegurar el respeto de los derechos y las garantías del procesado*"<sup>580</sup>. Esos derechos deben ponderarse, según DÍEZ-PICAZO, otorgando la mayor efectividad posible al valor protegido por el derecho fundamental en juego; debiendo recordarse que la dignidad se presenta siempre como una base sólida para el resto de los derechos y con una entidad tal que limita toda elección<sup>581</sup>.

En cuanto al uso potencial de la fuerza, aquí rechazado, deben distinguirse dos alternativas. Por un lado, la fuerza se encuentra prohibida cuando con ella se procura la realización de acciones positivas amparadas por la prohibición de autoincriminación forzada o bajo engaño; prohibición que se complementa con el derecho al silencio y

---

<sup>579</sup> CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 19.

<sup>580</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, "El principio de legalidad jurídicopenal", en *Nuevo Foro Penal. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*, n° 32, Temis, Bogotá, 1986, págs. 268-269.

<sup>581</sup> DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., págs. 41-42. BOBBIO, "El fundamento de los derechos humanos", cit., págs. 12-13.

con la prohibición de presunción en contra del imputado por ampararse en su derecho al silencio. Cuando el imputado actúa positivamente se lo considera sujeto de prueba porque su decisión depende de su autonomía, sin ninguna posibilidad de lograrla por la fuerza (que hable para registrar su voz o que confeccione un cuerpo de escritura)<sup>582</sup>.

Por el otro, se encuentran las exigencias al imputado para que tolere una medida sobre su cuerpo, es decir, cuando se lo considera objeto de prueba<sup>583</sup>. En estos casos, como se ha visto, la coerción suele ser admitida si se respetan determinados presupuestos (orden judicial, proporcionalidad, etc.). Por mi parte, entiendo que aun concurriendo estas hipótesis tampoco se encuentra autorizada la fuerza, ni siquiera para que el imputado cumpla con el deber de tolerar, porque rige el derecho fundamental a la dignidad de la persona, en tanto, ante una negativa rotunda, cualquier fuerza se constituiría en vejatoria o lindante con la tortura<sup>584</sup>.

---

<sup>582</sup> ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 216; MORENO VERDEJO, "Algunos problemas de la identificación penal a través de la prueba pericial de ADN: ámbito, asistencia letrada y empleo de fuerza", cit., p. 143. Según MUERZA ESPARZA, Julio, "La autonomía de la voluntad en el proceso penal: perspectivas de futuro", en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho*, n° 9 (diciembre), Universidad de La Rioja, Logroño, 2011, p. 196, "al proceso penal no resulta trasladable el concepto de autonomía de la voluntad tradicional de la teoría general del derecho, lo que no quiere decir, que el imputado no pueda "decidir" sobre cuestiones concretas que se puedan plantear en el proceso... como son, el derecho a no declarar o el derecho a guardar silencio, con trascendencia en la fase probatoria".

<sup>583</sup> ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Penal*, 3° ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 62, explica que "[e]l imputado en el actual proceso penal inspirado por principios compatibles con el respeto a la dignidad humana, no es, como sucedía bajo la vigencia del principio inquisitivo un simple objeto del proceso, sino, muy al contrario, un sujeto procesal".

<sup>584</sup> PÉREZ MANZANO – TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "Artículo 15", cit., p. 396, explican que tales comportamientos deben reunir tres características: (a) el padecimiento o sufrimiento, psíquico, físico o moral, mediante cualquier acción

Luego, si el imputado consintiera o aun si discrepara con la medida, pero sin oponerse, es decir, sin realizar actos materiales de obstaculización, la fuerza permanecería al margen de la discusión, por innecesaria. En torno al consentimiento, la doctrina española coincide en que debe expresarse y exteriorizarse con asistencia letrada, más aún si el sospechoso se encuentra detenido. Tanto el TC como el TS han resuelto reiteradamente que la asistencia letrada únicamente es preceptiva cuando la ley procesal lo requiriera y no como exigencia genérica para todos los actos de instrucción en los que el imputado tuviera que intervenir<sup>585</sup>. La presencia del letrado en la toma de muestras tampoco surge de los arts. 326 o 363 de la LECrim ni de la LO 10/2007.

En un primer momento, el TC, entre las exigencias mencionadas para legitimar una intromisión en la intimidad, no se consideraba con carácter general que el consentimiento debiera ser informado o que el imputado fuera asistido por un letrado<sup>586</sup>. Pero a partir de la STC 135/2014, del 8 de septiembre de 2014, se sostuvo que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga una facultad negativa o de exclusión que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones, salvo que estuvieran fundadas en una previsión legal que

---

u omisión (siendo irrelevante que los actos hubieran dejado huellas materiales en el cuerpo de la persona), (b) el carácter vejatorio, es decir, que implique la humillación o degradación de la persona (ante los demás y ante sí misma) y (c) la intención con la que se realizan los actos: vejatoria y de doblegar la voluntad de la víctima, sin limitarla a finalidades políticas o de investigación penal.

<sup>585</sup> SSTC 32/2003 y 475/2004 y SSTS 314/2002, 697/2003, 429/2004, 922/2005, y 863/2008.

<sup>586</sup> STC 207/1996, del 16 de diciembre de 1996, 70/2002, del 3 de abril de 2002, 89/2006, del 27 de marzo de 2006, y 199/2013, del 5 de diciembre de 2013.

tuviera justificación constitucional y que fuera proporcional o que existiera un consentimiento eficaz que la autorizara. Por el contrario, el consentimiento no genera efecto alguno cuando se subvirtieran los términos y el alcance para el que fue otorgado, quebrando así la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue concedido<sup>587</sup>.

En lo relativo a la forma, no se requiere que sea expreso, admitiéndose también el consentimiento tácito<sup>588</sup>. Para que el consentimiento pueda considerarse eficaz, debe ser libre y voluntario (STC 211/1996, del 7 de marzo de 1996). Y para considerarlo libre y voluntario debe cumplirse previamente con el deber de información (STC 37/2011, del 28 de marzo de 2011)<sup>589</sup>. En el caso de la STC 135/2014 se cumplió con este requisito, pues el sospechoso fue informado no solo del tipo de intervención corporal que iba a practicarse (un frotis bucal con un hisopo de algodón), sino también del fin de la diligencia, que era el de llevar a cabo estudios de ADN que permitieran determinar su perfil genético y, a partir de allí, realizar los estudios comparativos necesarios, así como su cotejo en la base de datos de ADN. Para el TC esa información fue suficiente para precisar la finalidad de la diligencia que iba a realizarse. En esas circunstancias se cumplió

---

<sup>587</sup> SSTC 196/2004, del 15 de noviembre de 2004, 206/2007, del 24 de septiembre de 2007, y 70/2009, del 23 de marzo de 2009.

<sup>588</sup> Por todas, STC 173/2011, del 7 de noviembre de 2011.

<sup>589</sup> ORTIZ FERNÁNDEZ, *El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales*, cit., págs. 33 y 48. CADENAS OSUNA, Davinia, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, p. 84, considera el derecho al consentimiento informado "*como principal exponente*" del derecho a la autodeterminación.



con la exigencia de información previa, por lo que se descartó toda lesión al derecho a la intimidad.

La necesidad de consentimiento postulada en la STC 135/2014 fue ratificada por la STC 172/2020<sup>590</sup>, del 19 de noviembre de 2020, en la que se afirmó que el derecho a la intimidad en su doble dimensión, corporal y personal, no es absoluto *"pues cede 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 con el contenido esencial del derecho"* (con cita de la STC 25/2005, del 14 de febrero de 2005). Dicho en otros términos, que *"el recorte que aquel haya de experimentar esté fundado en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada"*, o bien *"que exista un consentimiento eficaz que lo autorice"* (con cita de la STC 206/2007, del 24 de septiembre de 2007).

El TC ha elaborado así una doctrina sobre los requisitos que justifican una injerencia en el derecho a la intimidad, siendo los siguientes: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; que exista una previsión legal específica de la medida limitativa del derecho, no pudiendo ser autorizada solo por la vía reglamentaria (principio de legalidad); que, como regla general, se acuerde mediante resolución judicial motivada —aunque sin descartar la posibilidad de que, en determinados casos, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, y con la conveniente habilitación legislativa, tales actuaciones pudieran

---

<sup>590</sup> STC 172/2020, del 19 de noviembre de 2020, BOE nº 332, del 22 de diciembre de 2020.

ser dispuestas por la policía judicial—; y que sea idónea, necesaria y proporcionada para la consecución del fin perseguido<sup>591</sup>.

Sin embargo, cabe destacar que la citada STC 135/2014 no exigió como presupuesto de validez de la diligencia la presencia del letrado defensor, teniendo en cuenta que tampoco hubo orden judicial que dispusiera la medida. Concretamente sostuvo: *"el recurrente fue informado de su derecho a ser asistido de letrado, con carácter previo a la práctica de la diligencia policial de obtención de la muestra biológica, a pesar de lo cual en el momento en que se llevó a cabo esta diligencia no solicitó la presencia de letrado"*. Por lo que se desestimó la queja en relación con la afectación a los derechos a la intimidad personal (arts. 18.1 y 4 de la CE) y a la asistencia letrada. Cabe concluir entonces que, si bien no estuvo presente el defensor, el consentimiento comprendió (tuvo en consideración) dicha ausencia, desde que se le informó al imputado que podía contar con la presencia de su letrado y decidió prescindir de la misma.

Por su parte, el Pleno no Jurisdiccional del TS del 24 de octubre de 2014 estableció que la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado necesita la asistencia de letrado cuando aquel se encuentre detenido o, en su defecto, autorización judicial.

De lo expuesto puede concluirse que el consentimiento es uno de los presupuestos exigidos para avalar la actuación policial sin orden judicial respecto de aquellas diligencias de investigación que invaden la intimidad del sospechoso y que, a su vez, las condiciones de validez de

---

<sup>591</sup> En tal sentido, véanse SSTC 206/2007, del 24 de septiembre de 2007, 207/1996, del 16 de diciembre de 1996, 234/1997, del 18 de diciembre de 1997, 70/2002, del 3 de abril de 2002, y 25/2005, del 14 de febrero de 2005.

tal consentimiento serán la información previa, la libertad y voluntad para consentir y la presencia del letrado defensor cuando el imputado estuviera detenido<sup>592</sup>.

En Argentina tales exigencias no han sido requeridas. Sin embargo, en función del respeto por la autonomía de la persona y conforme lo expuesto por la CSJN en el caso "Francomano" (1987), que avala las confesiones policiales únicamente en los casos "donde los funcionarios policiales hubiesen observado estrictos requisitos encaminados a asegurar la plena espontaneidad de las declaraciones del imputado", entre los que corresponde incluir la presencia de su abogado defensor<sup>593</sup>.

Por lo tanto, las condiciones que permiten convalidar un consentimiento del imputado son las precedentemente expuestas, incluyendo la presencia del defensor antes de adoptar la decisión, principalmente cuando interviene la policía sin orden judicial.

En general, el ámbito más problemático en el que podría operar el consentimiento sería el de la actuación policial sin orden judicial. Sin embargo, no debe perderse de vista que dicha labor no puede ser arbitraria, sino que debe basarse en los mismos presupuestos que debe observar un juez y, además, en la urgencia. Esto significa que la policía no puede requerir el consentimiento del presunto sospechoso en un

---

<sup>592</sup> Refiere PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 190, que la presencia del letrado resulta "imprescindible no tanto en la ejecución propiamente dicha, sino en la información que se debe dar al imputado para que este pueda prever y sopesar cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivarán de su decisión, que solo pueden ser dos: o el sometimiento voluntario a la diligencia o la negativa a colaborar con la justicia".

<sup>593</sup> CSJN en Fallos 310:2384, "Francomano, Alberto Daniel", resolución del 19 de noviembre de 1987.

contexto de “excursión de pesca”, como ha señalado la CNCCF, es decir, actuando sin criterio, por capricho, por corazonadas, por estereotipo o por cualquier otra circunstancia que no implique la motivación requerida para una intromisión en los derechos fundamentales de las personas<sup>594</sup>.

El consentimiento brindado a la policía cuando esta no tuviera motivos fundados para proceder será inválido y, en consecuencia, no podrá entenderse como una concesión para que aquella actúe arbitrariamente, sino como un presupuesto constitucional que permite resguardar los derechos fundamentales en juego, a partir de una información previa que los contemple con precisión y que advierta sobre su vulneración y sobre las consecuencias posibles de la intromisión.

En cuanto al uso de la fuerza respecto de los actos de investigación, corresponde distinguirla de su uso para proceder a una detención en casos de resistencia, pues, si bien debe ejercerse en un grado concordante y proporcional, se trata únicamente de reducir e inmovilizar a la persona para concretar la privación de su libertad, pero sin facultades para someterla a fin de obtener o recuperar evidencias de su cuerpo o para lograr que actúe de una determinada manera. Tal coacción física procura evitar su fuga o daños a terceros (como en el

---

<sup>594</sup> En autos “Legajo de apelación s/ procesamiento y embargo”, causa n° 48.859, la Sala I de la CNCCF, con fecha 29 de octubre de 2013, declaró la nulidad del requerimiento de instrucción y de todo lo actuado en consecuencia y sobreseyó a los imputados, por entender que las intervenciones telefónicas fueron ordenadas “a la espera de que las conversaciones de los “eventuales imputados” le permitieran definir... en una auténtica “excursión de pesca” inaceptable en un Estado de Derecho”. Al respecto, expresa DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 396: “[e]s una constante jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que no cabe practicar actos de investigación restrictivos de derechos fundamentales con una finalidad meramente prospectiva (búsqueda de hechos delictivos)”.

caso del cacheo) y concretar una medida de coerción personal. En otras palabras, se inmoviliza a la persona para detenerla y no —además— para actuar y proceder sobre su cuerpo, sino solo para prevenir riesgos (procesales y materiales)<sup>595</sup>.

Por ello, discrepo de la opinión de MORENO VERDEJO, para quien una previsión legal que autorizara el uso de la fuerza para una intervención *"sería perfectamente admisible, pues así ocurre en otra serie de injerencias que pueden ofrecer una mayor oposición física y que, sin embargo, son admitidas legalmente. Así, la negativa de un sujeto a ir a prisión, a ser conducido a un juzgado, a ser detenido, a desalojar un determinado lugar, etc., no ofrece dudas acerca del posible empleo de fuerza"*<sup>596</sup>. Tal afirmación omite las significativas diferencias entre inmovilizar y someter y entre peligro inminente de daño o lesión y averiguación de la verdad en el proceso penal, pues, como bien señala

---

<sup>595</sup> Inmovilizar significa *"hacer que algo quede inmóvil"* (DLE 1º acepción). Someter significa *"sujetar, humillar..."* (DLE 1º acepción) y *"conquistar, subyugar..."* (DLE 2º acepción). Las diferencias entre una y otra acción resultan evidentes y significativas. Coincidente con el punto de vista aquí expuesto, se expresa TELLO MORENO, Luisa Fernanda, "Pruebas de ADN y presunción de paternidad en los juicios de filiación", en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 1, n° 2, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México DF, 2006, p. 211, al comentar la sentencia 154/2005 PS, de la Suprema Corte de Justicia de México, quien señala: *"respecto del uso de la fuerza pública como medida de apremio, se consideró que la misma se limita a la intervención de los cuerpos de seguridad del estado para presentar al individuo en el lugar en el que se ha de realizar la prueba, más no para ejecutarla"*.

<sup>596</sup> MORENO VERDEJO, "Algunos problemas de la identificación penal a través de la prueba pericial de ADN: ámbito, asistencia letrada y empleo de fuerza", cit., p. 141.

DUART ALBIOL, esta "no puede alcanzarse a costa de los derechos y libertades fundamentales"<sup>597</sup>.

Conforme lo expuesto, cabe diferenciar las posibles actitudes a asumir por el sujeto pasivo frente a la decisión estatal de proceder mediante un registro corporal<sup>598</sup>. En primer lugar, podría consentir y tolerar la intromisión en base al deber que le cabe cuando no se trata de un hacer con sentido autoincriminatorio. En segundo lugar, podría no consentirla, oponer su disconformidad y no colaborar, pero sin ofrecer resistencia física. En ambas hipótesis el imputado puede comportarse en el marco de lo esperable sin significado autoincriminatorio (pasividad relativa: concurrir al lugar para que se proceda con la medida, etc.)<sup>599</sup>. En tercer y último lugar, podría resistirse físicamente u oponerse rotundamente, impidiendo cualquier coerción razonable en torno a comportamientos materiales de obstrucción. Lo señalado coincide con lo expuesto por GEERDS, para quien la injerencia puede importar la obligación de consentimiento del afectado (o al menos de tolerar), pero no la de participar activamente, salvo que lo acepte en forma voluntaria<sup>600</sup>.

---

<sup>597</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 338.

<sup>598</sup> Las tres hipótesis que se proponen coinciden con las expuestas por DE HOYOS SANCHO, Montserrat, "Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 14, nº 35, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, págs. 103-104.

<sup>599</sup> PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 92.

<sup>600</sup> Citado por HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 402.

En las dos primeras hipótesis la fuerza resulta innecesaria, en tanto existirá consentimiento o una disconformidad que no se traducirá en resistencia física u oposición a la diligencia. La tercera es la más evidente, pues toda acción dirigida a contrarrestar una resistencia física o negativa rotunda constituirá, con alta probabilidad, un trato vejatorio o degradante, prohibido por atentar contra la dignidad de la persona<sup>601</sup>. Más aún cuando los sujetos activos operan como funcionarios estatales. *"El solo hecho de obtener información mediante la utilización de medios violentos es, de por sí, suficiente para anular tal información"*<sup>602</sup>.

Entiende Montserrat DE HOYOS SANCHO, refiriéndose al contexto español, que el tercer supuesto, es decir, aquel en el que el sospechoso se niega por completo a brindar una muestra orgánica aun frente a la orden judicial que así lo dispone, es el *"más deficientemente resuelto en nuestro sistema vigente"*<sup>603</sup>. Como viene exponiéndose, tal perspectiva resulta compatible con el escenario argentino en la materia.

Según apuntan NAVARRO y DARAY, como regla general es posible afirmar que, salvo libre consentimiento, el órgano judicial tiene vedadas las inspecciones e intervenciones corporales degradantes o humillantes, productoras de sufrimientos extremos o innecesarios, dañosas para la

---

<sup>601</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier – PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, "El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal", en *Revista Penal La Ley*, n° 15, Madrid, 2005, p. 42, exponen, destacando su relevancia, que el trato degradante se define por la causación de padecimientos físicos, psíquicos o morales a una persona que es tratada al margen de la consideración y respeto que merece el ser humano por el solo hecho de serlo.

<sup>602</sup> BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 193.

<sup>603</sup> DE HOYOS SANCHO, "Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", cit., p. 104.

salud o que no guarden razonabilidad y proporcionalidad con el fin perseguido<sup>604</sup>.

En el sentido hasta aquí formulado, cabe preguntarse: ¿sería legítimo reducir al imputado y someterlo entre varias personas, atarlo a una cama o torcerle el brazo para sacarle sangre o su ropa interior? ¿Sería legítimo obligarlo a realizar flexiones o suministrarle vomitivos para que expulse la droga ingerida? ¿Aceptaría un tribunal como prueba la filmación de aquel sometimiento?<sup>605</sup> Se imponen respuestas negativas<sup>606</sup>. Así lo entiende también María Isabel HUERTAS MARTÍN, para quien cualquier medida de intervención corporal practicada mediante el uso de la fuerza vulnera la interdicción de tratos degradantes proclamada por el art. 15 de la CE; “[p]iénsese, por ejemplo, en supuestos como la realización de un examen radiológico o ecográfico, en que los posibles problemas materiales que se presentan para su realización sin una mínima colaboración, siquiera pasiva, del imputado, solo podrían solventarse mediante una total inmovilización de éste (posiblemente mediante el uso de las denominadas fajas de contención), lo cual resultaría degradante para el sujeto que deba someterse a los

---

<sup>604</sup> NAVARRO – DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2, cit., p. 228.

<sup>605</sup> Similares interrogantes se plantea DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 427, quien rechaza el uso de la fuerza física y destaca que ni siquiera en Alemania, donde la misma se encuentra legalmente prevista, se lleva a cabo en todo caso (p. 473). Según PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 150, “[a]dmitir la posibilidad de coacción, sería tanto como eludir los mandatos de los arts. 10 y 15 CE y, por encima de todo, la dignidad debe permanecer inalterada”.

<sup>606</sup> ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, “El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte I)”, cit., págs. 65-66.



*mismos. Lo mismo podría decirse de la extracción de sangre realizada coactivamente, en la que, aunque menor, también sería necesaria la inmovilización del sujeto afectado, constituyendo por tanto también un trato degradante*<sup>607</sup>.

En este mismo sentido, el TEDH incluye en la prohibición de coacción, entre otros comportamientos, *"las posturas forzadas"* y *"las sacudidas violentas"*<sup>608</sup>. También Susana ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER rechaza la diligencia impuesta físicamente, al afirmar que no es admisible la utilización de la fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona para que se preste a la práctica de la medida, *"por mucho que con ella pueda obtenerse la verdad material, que solo debe lograrse por vías formalizadas, siendo contraria esa imposición manu militari al art. 17 CE"*<sup>609</sup>. Por su parte, MAIER destaca las dificultades que ofrecen las inspecciones e intervenciones al momento de fijar límites en cuanto a la dignidad y a la intimidad de la persona, señalando, por ejemplo, que una injerencia en las partes

---

<sup>607</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 408-409. Según PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 148, *"la posibilidad de practicar la prueba de ADN y, en general, cualquier diligencia que necesite de la colaboración del imputado, en la actualidad depende de la voluntad de éste, pues el derecho a la libertad y a la dignidad impiden emplear cualquier tipo de fuerza o coacción física que pudieran resultar inconstitucionales"*.

<sup>608</sup> *Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional*, 2º ed., edición en español a cargo del Centro de Lenguas de Amnistía Internacional, Londres, 2014, p. 86.

<sup>609</sup> ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, "El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte I)", cit., p. 66; en similar sentido, PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 20.

íntimas de una mujer para hallar droga "*parece complicada de aceptar sin su consentimiento*"<sup>610</sup>.

Por lo tanto, la opción de apelar al uso de la fuerza si hubiera oposición o resistencia, aun en las hipótesis discutibles, implicaría invertir el sistema de garantías y aceptar que el Estado cometa delitos para averiguar la verdad a cualquier costo. La única fuerza admisible, aun con orden judicial, será aquella necesaria e indispensable para concretar la práctica de obtención o de comprobación, como, por ejemplo, la aplicación de una jeringa para una extracción de sangre o el uso de un bisturí para la extracción de un proyectil. Ninguna orden judicial podría justificar las acciones antes descritas; ni siquiera, según lo que aquí sostengo, la retención del imputado por la fuerza entre varias personas atándolo a una cama para proceder a una extracción de sangre o un hisopado vaginal logrado del mismo modo.

Los derechos fundamentales a la dignidad y a la integridad personal fueron tratados en el Capítulo I, sin embargo, corresponde recordar aquí que, actos como los referidos, constituyen tratos degradantes en los términos de los arts. 16.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y 5 de la CADH.

Con cita de diversas resoluciones del TC, explica CANOSA USERA que se verifica "*una nítida conexión entre dignidad, integridad personal y trato degradante*"; y añade con acierto: "[c]abe suponer empero que si

---

<sup>610</sup> MAIER, Julio B. J., "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", en *Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad e identidad. Tercer coloquio interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo*, Fundación Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2006, págs. 240-241, quien agrega que, si bien habrá algunos con parámetros claros, la gran mayoría de los casos será discutible.

*la medida está prevista legalmente, es decir, ha sido considerada idónea por el legislador, solo puede constituir un ataque a la dignidad por el modo de realizarse. Por ejemplo, el test de alcoholemia o un análisis de sangre o una medida de cacheo en la prisión constituirían tratos inhumanos o degradantes, no porque en sí mismos lo sean, sino porque la manera en la que se llevaron a efecto se menoscabó la dignidad*<sup>611</sup>.

Conforme lo expuesto, señala CLARIÁ OLMEDO: "[e]l imputado es un sujeto procesal incoercible. Pueden aplicársele medidas de coerción personal, pero no se lo puede forzar o inducir a actuar en su contra"<sup>612</sup>.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA propone la línea de pensamiento que aquí se sostiene, pues afirma que el derecho a la integridad física, conectado a la dignidad, "resulta afectado por toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento" del titular del derecho<sup>613</sup>.

La dignidad, como sostiene FERNÁNDEZ, no puede verse condicionada por ningún otro interés, pues debe considerársela "como el valor de cada persona que clama por el respeto a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por cualquier otro valor social"<sup>614</sup>. Ese respeto por la dignidad e integridad de la persona "nos conduce a la prohibición de la tortura y de las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes"<sup>615</sup>; en tanto "los

---

<sup>611</sup> SSTC 37/1988, del 15 de febrero de 1988, y 7/1994, del 17 de enero de 1994; CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, cit., p. 257.

<sup>612</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., págs. 240-241.

<sup>613</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de derecho procesal penal*, cit., p. 318.

<sup>614</sup> FERNÁNDEZ, "Dignidad y derechos humanos", cit., p. 89.

<sup>615</sup> SOBRINO HEREDIA, "Artículo 2. Derecho a la integridad de la persona", cit., p. 149. En igual sentido, ANELLO, "Artículo 5. El derecho a la integridad física, psíquica y moral", cit., págs. 65-66. GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., págs. 50-51, señala que la prohibición de la

*derechos individuales no son otra cosa que derivaciones necesarias de la dignidad... Y si los derechos son inherentes a la dignidad y esta es límite absoluto para los poderes públicos, entonces los derechos son indispensables para el Estado y límite, también, de su actividad, en la medida en que encarnen la dignidad”<sup>616</sup>.*

En definitiva, la falta de consentimiento determina la prohibición absoluta de injerencias en el cuerpo humano, debiendo considerarse todo acto contrario a la autonomía como vejatorio, degradante o de tortura, según el grado de afectación a la dignidad y a la integridad personal. Consecuentemente, puede afirmarse que cuando el imputado es considerado objeto de prueba, es decir, cuando solo debe tolerar pasivamente una injerencia, el límite al uso de la fuerza lo traza la dignidad de la persona y no la prohibición de autoincriminación, el derecho al silencio o el derecho a la intimidad<sup>617</sup>. La prohibición de autoincriminación forzada o bajo engaño ampara el hacer con significado autoincriminatorio del imputado y, por ende, prohíbe todo tipo de coacción o engaño para que actúe, como sujeto de prueba, por fuera de su autonomía<sup>618</sup>. A la vez, se corresponde con el derecho fundamental al

---

tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes es consecuencia directa del reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

<sup>616</sup> CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, cit., p. 73.

<sup>617</sup> DE LUCA, “El cuerpo y la prueba”, cit., p. 50; RIQUERT, “Las intervenciones corporales en el proceso penal”, cit., p. 438; HORVITZ LENON – LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal penal chileno*, t. 2, cit., p. 94.

<sup>618</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, cit., p. 201, entiende que estos casos “solo se refieren a aquello que puede ser llamado autonomía de la decisión personal, cuyo respeto integra la dignidad humana”. De acuerdo con NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, cit., p. 229, el principio de autonomía presenta dos aspectos, “[e]l primero consiste en valorar positivamente la autonomía de los individuos en la elección y materialización de planes de vida... El segundo aspecto consiste

silencio o a la pasividad relativa. O, lo que es lo mismo, se corresponde con la prohibición de presunción de culpabilidad por guardar silencio o por la pasividad relativa.

Por tales razones, la prohibición de autoincriminación carece de incidencia cuando el imputado es considerado en su faz pasiva, es decir, como objeto de prueba, y no ampara a terceros no imputados (víctimas, por ejemplo)<sup>619</sup>.

En cambio, el derecho fundamental a la dignidad de la persona y su autonomía para decidir regulan, tanto para el imputado como para terceros en calidad de objetos de prueba, el uso de la fuerza aplicable para ejecutar medidas probatorias no alcanzadas por la prohibición de autoincriminación. Tales derechos, en consonancia con los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, necesidad y adecuación, operan como límite al uso de la fuerza, límite que, según aquí se sostiene, se superpone con el de su prohibición.

### **7.3. El uso de la fuerza y los tratos vejatorios y degradantes**

Cuando rige el deber de tolerar por parte del imputado respecto de determinadas injerencias en su cuerpo, no se ven afectados ni la

---

*en vedar al Estado, y en definitiva a otros individuos, interferir en el ejercicio de esa autonomía”.*

<sup>619</sup> D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, cit., p. 390, explica que “[c]ada vez que el imputado actúa como objeto de la prueba no está alcanzado por los términos de la cláusula constitucional que veda la declaración contra sí mismo... Sin embargo, existen límites impuestos por el derecho a la integridad física y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes... podrían controvertir aquellas garantías ciertos tratos humillantes, como desnudarse ante la policía”.

prohibición de autoincriminación ni el derecho al silencio, ya que no se procura ni la realización de acciones autoinculpatorias de su parte ni presumir su responsabilidad por haber callado, pues ambos propósitos se encuentran prohibidos<sup>620</sup>. Por el contrario, se trata del deber de tolerar ante un proceder estatal legítimo, que también alcanza a terceros no imputados<sup>621</sup>. Cuando ese deber de aceptar o admitir la intervención resulta quebrantado mediante una resistencia o negativa rotunda, nace la posibilidad —aquí rechazada— de apelar a la fuerza para cumplir con la medida.

D´ALBORA alude del siguiente modo al juego, hasta aquí reseñado, entre la vigencia de las medidas corporales y sus contornos: "*[s]i bien no cabe negar legitimidad a las injerencias corporales, tampoco resulta tolerable imponer limitaciones que tornen inocua la función investigativa sin llegar, tampoco, a conferir a quienes la cumplen un arbitrio absoluto, en cuya virtud los ciudadanos se encuentren desprotegidos ante cualquier desborde*"<sup>622</sup>. De ese modo, y como se señaló en relación al Preámbulo de la CN, existen objetivos constitucionales legítimos en torno a la realización del proceso penal que justifican la imposición de deberes al imputado.

El coto necesario a la coerción estatal respecto de las diligencias en el cuerpo del imputado debe trazarse a partir de toda acción rayana con vejaciones o actos degradantes; pues la dignidad constituye la base

---

<sup>620</sup> El *nemo tenetur* impide toda clase de coacción que lleve a revelar o a comunicar (por la palabra o por movimientos o gestos corporales) datos sobre la imputación, MAIER, "Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad", cit., p. 144.

<sup>621</sup> Deber de tolerar que, por cierto, tampoco se encuentra previsto expresamente en la ley, aunque puede deducirse de la norma prohibitiva que emerge del tipo penal de desobediencia (art. 239 del CP).

<sup>622</sup> D´ALBORA, "La requisita en el proceso penal", cit., p. 934 y ss.

y razón de ser de los derechos inviolables inherentes a la persona<sup>623</sup>. Sin perjuicio de la categorización jurídico-penal que se les asigne, los comportamientos estatales lesivos de la dignidad humana deslegitiman el uso de la fuerza en materia de actos de investigación. Como se indicó, las medidas de fuerza para privar de la libertad ante una resistencia aplican en base a técnicas de reducción física, sin vulneración desproporcionada de la dignidad y sin finalidad de obtención de evidencias. Lo mismo para el cacheo, pues, una vez controlada la persona detenida, se realiza de modo superficial.

Algunos ejemplos relacionados con el posible uso de la fuerza en casos de negativa categórica o resistencia permiten considerar su grado e intensidad: desde el más leve, como, por ejemplo, quien tuviera algo en su mano o en su boca y las mantuviera fuertemente cerradas, pasando por quien ocultara algo en una cavidad natural y se opusiera del mismo modo, hasta el más grave, que podría ser el caso de la persona que rechazara una extracción de sangre arrojando patadas y forcejeando. Frente a la resistencia, la fuerza consecuente y proporcional importaría una reducción y sometimiento físico y corporal que ingresaría, inevitablemente, en el ámbito de lo degradante, humillante y vejatorio. Así lo entiende también DUART ALBIOL, quien afirma que *"[e]l problema surge en los casos de negativa rotunda y pertinaz del sujeto a colaborar pasivamente, a "tolerar" siquiera las imprescindibles actividades preliminares y preparatorias. En estos casos,*

---

<sup>623</sup> JUÁREZ, Mariano Gabriel, "La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 18, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Bogotá, 2012, p. 287; DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 211.

*la utilización de la fuerza necesaria para poder inspeccionar su cuerpo, registrar sus cavidades naturales, extraerle unos centímetros cúbicos de sangre o tomarle unas muestras de saliva, por poner unos ejemplos, comportará la vulneración de tales derechos y de su dignidad, lo que desembocará en la nulidad del acto así realizado*<sup>624</sup>.

En función del art. 75 inc. 22° de la CN, la fundamentación en la mera legalidad resulta insuficiente. Entre los tratados internacionales suscritos por Argentina cobra relevancia la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, cuyo art. 1.1 define la tortura como todo acto por el cual se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que hubiera cometido y también cuando se pretenda intimidarla o coaccionarla. Tales dolores o sufrimientos pueden ser causados por un funcionario público o por otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia<sup>625</sup>.

La postura aquí asumida se ve respaldada por la prescripción del inc. 1° del art. 16 de la Convención referida, pues impone a todos los Estados-parte la obligación de prohibir "*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*". Ello concuerda con las exigencias propuestas, en tanto, aun sin constituir el tipo de torturas u

---

<sup>624</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 474.

<sup>625</sup> Anales de Legislación Argentina (ADLA), XLVII-A, 1481. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.



otro semejante, toda acción cruel, degradante o vejatoria también se encuentra prohibida.

Tal regulación constitucional se complementa con la legislación penal en materia de torturas: artículos 144 bis incisos 2º y 3º, 144 ter inc. 1º y 144 quater inc. 1º del CP<sup>626</sup>. En esta línea, es posible afirmar, con BUENO, que *"el Código Penal no contiene ninguna definición que ayude a clarificar los conceptos de severidades, vejaciones y apremios ilegales. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que la distinción entre estos tipos penales se basa, en términos generales, en la intensidad del sufrimiento ocasionado a la víctima"*<sup>627</sup>.

Esa diferenciación entre figuras penales, complementada con la prohibición que emana del art. 16.1 de la Convención contra la Tortura, es la que autoriza a rechazar todo uso de la fuerza estatal que configure tales tipicidades y que pretenda la comprobación u obtención de evidencias del cuerpo del imputado.

---

<sup>626</sup> BUENO, Gonzalo, "El concepto de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Nueva Doctrina Penal*, 2003/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 626. Refiriéndose al concepto de tortura, entre otros, de acuerdo al caso "Bueno Alves vs. Argentina", sentencia del 11 de mayo de 2007, Serie C, n° 164, NASH ROJAS, Claudio, "Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 15, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo, 2009, págs. 596-599.

<sup>627</sup> BUENO, "El concepto de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", cit., p. 627. En igual sentido, SOBRINO HEREDIA, José Manuel, "Artículo 4. Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes", en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Araceli Mangas Martín directora, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, págs. 169-171.

Tal posicionamiento deriva del carácter absoluto de la prohibición de torturas, que no admite excepción alguna<sup>628</sup>. En este mismo sentido, tampoco, al igual que la prohibición de autoincriminación forzada o bajo engaño, admite reglamentación que la relativice o le quite su carácter irreductible. En otras palabras, ningún mal a impedir, como la pérdida de prueba o la imposibilidad de realizar el proceso, o de bien superior a proteger, como averiguar la verdad o efectivizar la ley penal, justificará la aplicación de torturas, tratos crueles o degradantes o limítrofes con ellos<sup>629</sup>.

---

<sup>628</sup> NASH ROJAS, "Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes", cit., p. 588; MORENO CATENA, "La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal", cit., págs. 16-23; GRECO, Luis, "Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs", en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n° 4/2007, Barcelona, 2007, disponible en <https://bit.ly/2LLoJ7y>; PÉREZ MANZANO – TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "Artículo 15", cit., págs. 400-401. MORENO CATENA, "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal", cit., p. 134. De otra opinión, GÖSSEL, "¿Contiene el Derecho alemán prohibiciones "absolutas" de tortura, que rigen sin excepción?", cit., págs. 37-40, quien relativiza el carácter absoluto de la prohibición aludiendo a la situación excepcional de la defensa policial contra peligros. Con criterio próximo al de GÖSSEL, véase EISELE, Jörg, "Derecho y tortura. Entre la defensa policial contra peligros y la persecución penal. Hacia la utilización en el proceso penal de una declaración obtenida bajo amenaza de tortura", en *Revista IUSTA*, n° 28, enero-junio, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008, págs. 117-126.

<sup>629</sup> MACHADO PELLONI, "Argumentos contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes", cit., págs. 141-142. BOBBIO, "El fundamento de los derechos humanos", cit., págs. 12-13; SOBRINO HEREDIA, "Artículo 4. Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes", cit., p. 166; LAPORTA, Francisco J., "El concepto de los derechos humanos", en *Diccionario crítico de los Derechos Humanos*, Ramón Soriano Díaz, Carlos Alarcón Cabrera y Juan Mora Molina directores y coordinadores, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, Palos de la Frontera, 2000, p. 25.

Tomemos, seguidamente, como ejemplo elocuente de prohibición absoluta de la tortura, el caso "Gäfgen c. Alemania" (2010)<sup>630</sup>, en el que la policía amenazó a Gäfgen para que confesara dónde se hallaba secuestrado un niño de 11 años, lo que determinó que aquel, estando detenido, indicara los lugares donde posteriormente fueran encontrados el cuerpo y las pertenencias de la víctima, como así también la máquina de escribir con la que redactara la carta pidiendo el rescate. Gäfgen admitió ante los tribunales su responsabilidad por la muerte del menor, por lo que fue condenado a prisión perpetua. El TEDH reconoció que el método del interrogatorio constituyó un trato inhumano, pero sin llegar a configurar tortura, por lo que *"pareció reafirmar que se trata de un derecho absoluto que no admite derogaciones ni excepciones y, en orden a los motivos esgrimidos por los agentes policiales, declaró expresamente que la prohibición en cuestión no puede ser dejada de lado, por importantes que sean los valores en juego"*. En el párrafo 107 la sentencia señala: *"La tortura, el trato inhumano o el degradante no pueden ser infligidos, incluso en circunstancias en las que la vida de un individuo se encuentra en riesgo... el art. 3º (de la CEDH), que fue redactado en términos claros, reconoce que todo ser humano posee un derecho absoluto e inalienable a no ser torturado o sometido a un trato inhumano o degradante bajo cualquier circunstancia, incluso las más difíciles. La base filosófica que apuntala la naturaleza absoluta del derecho consagrado en el artículo 3º no permite ninguna excepción o factores justificantes ni ponderación de intereses [balancing of interests], sin importar la conducta de la persona involucrada ni la naturaleza del delito en cuestión"*. Por último, en lo que aquí interesa, el

---

<sup>630</sup> TEDH, sentencia del 1º de junio de 2010, demanda nº 22978/05.

TEDH afirmó: "*ni la protección de la vida humana ni el aseguramiento de la condena del delincuente pueden ser obtenidas a expensas del compromiso del derecho absoluto a no ser objeto de malos tratos, prohibidos por el art. 3º, ya que ello... desacreditaría a la administración de justicia*" (párrafo 176)<sup>631</sup>.

La contundencia de la resolución exime de mayores comentarios. De todos modos, corresponde remarcar que el TEDH entiende que el art. 3 de la CEDH consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Incluso en situaciones extremadamente difíciles, tales como la lucha antiterrorista y el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas y tratos inhumanos o degradantes, cualesquiera que sean los actos de la víctima. El art. 3 no prevé restricciones, en lo que contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos números 1 y 4. Además, según el artículo 15.2, no autoriza ninguna excepción incluso en caso de peligro público que amenace la vida de la nación<sup>632</sup>.

---

<sup>631</sup> JUÁREZ, "La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación", cit., págs. 287-289 y 291. En similar sentido al párrafo 176 de "Gäfen" se expidió la CSJN en autos "Montenegro, Luciano", Fallos 303:1938, del 10 de diciembre de 1981. También la CIDH en los casos "Bayarri vs. Argentina", Serie C, n° 187, sentencia del 30 de octubre de 2008, y "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", Serie C, n° 220, sentencia del 26 de noviembre de 2010. Véase también SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, "La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n° 14, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 231-250.

<sup>632</sup> Ver sentencias en los casos "Chahal c. Reino Unido", del 15 noviembre de 1996, TEDH 1996, 61, Repertorio 1996-V, p. 1855, ap. 79, y "Selmouni c. Francia", TEDH 1999, 30, n° 25803/1994, ap. 95; SÁNCHEZ YLLERA, "La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", cit., p. 239.

El dilema que se advierte en casos como el de Gäfgen, entre eficiencia y garantías, es presentado por BINDER, con una mirada que comparto, del siguiente modo: “[e]l orden jurídico es un instrumento de control social, y hablar de la “eficiencia de los sistemas procesales” supone que esa función puede ser canalizada con éxito a través de las normas jurídicas y otras rutinas que conforman esos sistemas. Pero, como el orden jurídico es también un instrumento de protección de la dignidad humana, cuando hablamos de garantías nos estamos refiriendo a todos los mecanismos jurídicos cuya misión sea impedir un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal. Existirán normas que buscarán dotar al Estado de eficiencia en la coerción penal, al igual que existirán otras que buscarán proteger a las personas evitando la fuerza o el castigo injusto”<sup>633</sup>.

Por lo tanto, en términos de dignidad y proporcionalidad, siempre considerando el supuesto problemático de resistencia física del sujeto pasivo, ningún trato vejatorio, humillante o degradante podría configurar el mal menor frente a los objetivos asignados al proceso penal de concretar la aplicación de la ley sustantiva y averiguar la verdad<sup>634</sup>. El Estado asumiría un costo tal que lo deslegitimaría como

---

<sup>633</sup> BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 59.

<sup>634</sup> ARMENTA DEU, Teresa, “Pena y proceso: fines comunes y fines específicos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, t. 48, fascículo 2, Madrid, 1995, p. 462, quien alude, siguiendo a VIVES ANTÓN y a ANDRÉS IBÁÑEZ, a la búsqueda de una verdad consensual en el proceso penal, que procure “solventar “razonablemente” los conflictos entre partes”. En relación a lo señalado, aunque con otra perspectiva en relación a la verdad, explica RUIZ VADILLO, “Los principios del proceso penal”, cit., p. 35, que “[t]odo el cuadro se puede reducir todavía más: búsqueda de la verdad real o histórica pero no a cualquier precio; defensa incondicionada de los derechos fundamentales del acusado; proscripción de toda indefensión y presunción de inocencia”.

sistema de garantías protector de los Derechos Humanos<sup>635</sup>. En tal línea de pensamiento, afirma MUÑOZ CONDE que *"quien quiera negar la operatividad de las garantías constitucionales en la investigación de ciertos hechos, en función de ser más eficiente, tendrá un concepto torpe de eficiencia y a la larga deberá asumir que el pago que debe hacer por esta pretendida eficacia será la pérdida de identidad del Estado de derecho"*<sup>636</sup>. El proceso penal no puede entenderse como una guerra contra delincuentes, *"quien así lo comprenda, sin importar su condición y credo, se halla fuera de nuestro orden jurídico, político y cultural, y su misión real es combatirlo, para inaugurar uno nuevo"*<sup>637</sup>.

#### **7.4. La coacción jurídica como autorización para proceder sobre el cuerpo del imputado**

MAIER explica, acertadamente a mi juicio, la naturaleza y fines del poder coercitivo estatal, aunque con un ejemplo desacertado, por tratarse de un acto dependiente de la autonomía del imputado como

---

<sup>635</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Colección "Estructuras y Procesos", edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, págs. 19-56; FERRAJOLI, "Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales", cit., págs. 113-136; CARO CORIA, Carlos, "Las garantías constitucionales del proceso penal", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. 2, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006, págs. 1027-1045.

<sup>636</sup> MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, cit., págs. 13-14.

<sup>637</sup> MAIER, Julio B.J., "La justicia penal ingresa al mercado", en *Nueva Doctrina Penal*, 1997/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. IV. La clara postura de MAIER en contra del modelo inquisitivo, tal como aquí se expone, es destacada por AMBOS, Kai, "En memoria de Julio Maier", en *Suplemento Penal y Procesal Penal*, n° 6, La Ley, Buenos Aires, 2020, págs. 1 y 6-7.

sujeto de prueba. Sostiene el autor citado que "[l]a fuerza a veces es aplicada sin intervención judicial, como cuando por ejemplo la policía nos para en la calle y supongamos que nos controle con la bolsita, aunque acá no hay tantos métodos, en una contravención por conducir alcoholizado... Si no se puede averiguar y si queda en mi consentimiento, no tiene ningún sentido directamente la prohibición... el Estado tiene que tener la posibilidad de verificar, siempre y cuando no cause un daño excepcional"<sup>638</sup>.

Esa posibilidad de verificar, entendida como atribución monopólica en el uso de la fuerza, coincide con la concepción misma del derecho, en tanto este se constituye con el elemento coacción<sup>639</sup>. Ante un comportamiento contrario al esperado, el orden jurídico puede reaccionar mediante un acto de fuerza, esto es, con un mal<sup>640</sup>.

La ley distingue los actos de investigación según prevean (o no) una habilitación para apelar a la coacción: las declaraciones testimoniales o peritajes no habilitan el uso de la fuerza, a diferencia de los allanamientos, requisas, secuestros, intervenciones telefónicas, intervenciones corporales, etc. Criterio que, a su vez, cabe diferenciar de la fuerza aplicada para ejecutar una medida cautelar de coerción

---

<sup>638</sup> MAIER, "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", cit., págs. 243-244.

<sup>639</sup> La *vis psíquica* mediante la conminación de incurrir en responsabilidad penal, es considerada coacción jurídica por DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 430.

<sup>640</sup> Con un desarrollo detallado del pensamiento de Kelsen, véase RIVAS, Pedro, "Kelsen y la definición del derecho", en *Anuario da Facultade de Dereito*, Universidade Da Coruña, volumen 3, La Coruña, 1999, págs. 481-491. En cuanto a la distinción entre fuerza bruta y derecho en Kelsen, y entre filosofía y filodoxía, véase BASTIDA FREIXEDO, Xacobe, "Kelsen y la tortuga. La teoría pura del derecho como antifilosofía", en *Anuario de filosofía del derecho*, nº 20, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2003, págs. 83-104.

personal, en tanto tiende a conjurar un peligro inminente o en curso<sup>641</sup>. Por ello, y conforme lo reseñado, en materia de diligencias de investigación corresponde afirmar que un uso racional de la reacción estatal<sup>642</sup>, sin coerción material, permite considerar como un indicio a valorar la negativa del imputado a medidas que reclaman un deber de tolerar.

La coacción jurídica implica que, con orden judicial o en casos de urgencia por la policía, pueda llevarse a cabo una injerencia corporal sin necesidad de contar con el consentimiento del imputado. Sin embargo, frente a la negativa debe rechazarse el uso de la fuerza física fundado en la necesidad de no perder evidencias de interés para la investigación y de averiguar la verdad. En concordancia, apunta CARRIÓ que *"[e]stá mal que el Estado, y en particular su administración de Justicia, se beneficie con su propia ilegitimidad, y es contradictorio con el reproche que le formulamos a un individuo que ha infringido la ley si lo condenamos sobre la base de prueba obtenida en transgresión a la ley."*

---

<sup>641</sup> MAIER, "Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad", cit., p. 136. La coacción cautelar tendiente a disolver riesgos se presenta cuando se aplica, por ejemplo, para aprehender a quien comete un delito en flagrancia, para concretar una detención ordenada judicialmente (riesgo procesal mediante), para clausurar un comercio que expende alimentos en mal estado, para demoler una pared a punto de derrumbarse o para secuestrar un vehículo estacionado en doble fila que obstruye el tránsito y genera peligros. En estos casos se trata del poder estatal de policía con indispensables facultades coercitivas para evitar perjuicios (personas, bienes, valores, la aplicación de la ley penal, etc.), resultando compatibles con supuestos de necesidad justificante, ya que se causa un mal menor para evitar otro mayor.

<sup>642</sup> Propone prudencia, sabiduría práctica, buenas razones y deliberación previa respecto de la reacción estatal, MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, "La respuesta jurídica", en *Anuario de filosofía del derecho*, nº 36, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2020, págs. 368-371.



*El mensaje que un Estado que obra de esta forma transmite a los habitantes, es que el fin justifica los medios, y eso, creo, nos ha traído ya suficientes problemas*<sup>643</sup>.

Por lo tanto, en Argentina, la coacción o fuerza estatal no se encuentra habilitada en el ámbito de los actos de investigación sobre el cuerpo del imputado<sup>644</sup>. Por el contrario, es posible hablar de coerción normativa o jurídica cuando aquel debe tolerar, en el sentido del potencial imperativo que puede desprenderse de la norma, como luego se verá. Ello implica que el Estado se encuentra legitimado y habilitado para proceder y que ya no es necesario el consentimiento del afectado<sup>645</sup>. Así lo entiende también DE LUCA, quien afirma que las injerencias en el cuerpo se realizan obviando la voluntad y el consentimiento del intervenido y que *"no se trata de que el sujeto se vea obligado a aportar una prueba o que deba prestar su cuerpo sino que, directamente, se lo ocupa con total prescindencia de su voluntad"*<sup>646</sup>.

A propósito, se pregunta MAIER cuáles serían los límites para abordar el cuerpo de una persona en el proceso penal y responde señalando que si se trata de una omisión será posible aplicar la fuerza,

---

<sup>643</sup> CARRIÓ, Alejandro, "Detenciones arbitrarias y reglas de exclusión: cuando la Corte habla así, da gusto oírla", en *La Ley*, t. 1995-B-349, Buenos Aires, 1995, p. 349 y ss.

<sup>644</sup> Uso de la coacción permitido con fórmulas genéricas, como, por ejemplo, *"la resistencia a la identificación, inspección, reconocimiento, requisita o cualquier otro acto legítimo sobre su persona autoriza a someterlo por la fuerza, dentro de los límites que signifiquen respetar su personalidad"*, CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. 2, cit., p. 79.

<sup>645</sup> MAIER, "Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad", cit., p. 145.

<sup>646</sup> DE LUCA, "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", cit., págs. 223-224; DE LUCA, "El cuerpo y la prueba", cit., p. 45.

pero sin exigirle "*que haga absolutamente nada*". Esto es, si no se reclama una colaboración activa, sino solo el deber de tolerar, entonces la fuerza está permitida, aun si el sujeto pasivo no consintiera. Con tal restricción, se admite que el Estado pueda utilizar la fuerza para averiguar la verdad, tanto en un proceso civil como en un proceso penal<sup>647</sup>. Y agrega MAIER que si lo que se exige a la persona es un hacer, como un cuerpo de escritura o un test psicológico, "*allí sí me parece que la fuerza está prohibida*". La colaboración activa requiere de la voluntad y autonomía del afectado y no admite el uso de coerción alguna. La colaboración pasiva no requiere de su consentimiento, por tratarse de la obligación de soportar la medida, y permite el uso de la fuerza<sup>648</sup>. Hasta aquí, cabe compartir la posición de expuesta, siempre que se entienda por fuerza aquella indispensable para practicar la diligencia (pinchazo con la aguja, corte quirúrgico para una intervención, etc.). Sin embargo, si ese aporte pasivo resultara negado y controvertido mediante una resistencia física se daría una situación que impediría toda coacción, en base al respeto por la dignidad de la persona, que condiciona, como se ha indicado, los demás principios y derechos fundamentales. El derecho a la dignidad, en estos casos, no se ve afectado por la intervención en sí misma, en absoluto, sino por la fuerza que debería ejercerse para vencer la oposición del sujeto pasivo.

---

<sup>647</sup> Si la restricción al uso de la fuerza es por el mero no consentir, sin resistencia, entonces la fuerza no tendría sentido alguno, pues, por ejemplo, sostener el brazo de alguien que no consiente, pero no se resiste, resultaría innecesario. Por el contrario, si se resistiera, ya no se trataría de un mero no consentir y la fuerza compatible importaría un trato vejatorio prohibido.

<sup>648</sup> MAIER, "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", cit., págs. 239-240.

## 7.5. Fundamento de la coacción jurídica

La interpretación que aquí se postula se corresponde, en parte, con la expresada por CROWE, para quien, conforme explica ATIENZA, la coerción no es un elemento que haya que poner en un primer plano a la hora de explicar el derecho, sino que queda relegada a un lugar secundario, puesto que la función de la coerción es la de servir como refuerzo a la obligación *prima facie* de obedecer el derecho<sup>649</sup>.

La coerción produce un efecto de fortalecimiento de ese deber. Ese fortalecimiento se da de dos maneras. En primer lugar, dado que la coerción otorga relevancia a las normas, brindando a las personas un incentivo adicional para respetarlas. En segundo lugar, la coerción puede reforzar la razonabilidad de las normas para que sus destinatarios no solo tengan razones de carácter prudencial, sino también morales para cumplirlas. La razón prudencial procura evitar el daño consecuente a su incumplimiento. Pero CROWE considera que, en muchas ocasiones, habrá razones morales para evitar ese daño (y cumplir con la norma), porque la sanción puede tener también un significado de ese tenor para el infractor y razones morales para evitar daños a otros (familia, comunidad), que sobrevendrían como consecuencia de la sanción. Esa aceptación obtenida con la coerción lleva a CROWE "a defender un uso

---

<sup>649</sup> ATIENZA, Manuel, "Visiones sobre la relación entre el derecho y la fuerza", en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*, n° 81, julio-diciembre, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2019, págs. 232-233; CROWE, Jonathan, "La coerción y el deber *prima facie* de obedecer la ley", en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*, n° 81, julio-diciembre, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2019, págs. 11-29.

*escaso de la sanción... porque el Derecho generalmente puede muy bien coordinar la acción social sin ella*<sup>650</sup>.

La postura de CROWE se asemeja a la de VIOLA, en tanto el fin del derecho, consistente en garantizar a las personas un espacio de deliberación para gestionar sus elecciones, no resulta compatible con el uso de la fuerza en torno a dicha meta. CROWE y VIOLA, de tendencia iusnaturalista, le asignan a la coacción un papel secundario o no constitutivo<sup>651</sup>.

Frente a ello, considera ATIENZA que no es posible entender cabalmente lo que es el derecho si el elemento de la coacción queda postergado a un segundo plano, como así también su aspecto más importante: su justificación. Por lo que concluye en que resulta más plausible la tesis de SCHAUER, según la cual, lo que a la mayor parte de los individuos y en la mayoría de las ocasiones lleva a cumplir con el derecho es simplemente el temor a la sanción<sup>652</sup>.

La tesis que sostiene ATIENZA, quien comprende el derecho como una práctica social y como instrumento de control, *"es la que ve en la coacción un elemento esencial del concepto de Derecho (un ingrediente indispensable para comprender el funcionamiento de las diversas prácticas jurídicas), aunque no sea el único"*<sup>653</sup>. Siguiendo a RAZ y a

---

<sup>650</sup> ATIENZA, "Visiones sobre la relación entre el derecho y la fuerza", cit., págs. 233-234.

<sup>651</sup> ATIENZA, "Visiones sobre la relación entre el derecho y la fuerza", cit., p. 240.

<sup>652</sup> ATIENZA, "Visiones sobre la relación entre el derecho y la fuerza", cit., págs. 234-235; la posición contraria entiende que *"donde prevalezca en gran medida la obediencia por el solo temor a las sanciones no nos encontramos ya frente a una práctica jurídica, sino frente a... una forma de violencia social enmascarada"* (p. 240).

<sup>653</sup> Un mecanismo para lograr la conformidad de la conducta a las pautas establecidas por las autoridades y respaldadas, en último término, por la

SCHAUER, explica ATIENZA que en el derecho juegan un papel relevante las razones independientes del contenido, es decir, *"aquellas cuya fuerza (fuerza justificativa) deriva no de su posible contenido de corrección o de justicia, sino del hecho de que han sido establecidas por un órgano al que se reconoce autoridad: puede tratarse de una norma constitucional o legislativa, de un precedente judicial, etc."*, sin que por ello deban desplazarse las razones dependientes del contenido y las razones institucionales<sup>654</sup>. En cuanto a SCHAUER, apunta ATIENZA que, si bien destaca la importancia que tiene el elemento de la coerción para entender el derecho<sup>655</sup>, lo cierto es que tampoco puede comprenderse cabalmente lo jurídico *"si seguimos pensando que el único o fundamental ingrediente del Derecho es la coacción"*<sup>656</sup>.

Por su parte, SCHAUER se propone desafiar la idea, predominante desde HART, de que la verdadera naturaleza del derecho radica en un lugar distinto al de su capacidad coercitiva. El objetivo de HART consistió en explicar que el rasgo característico del derecho se asienta en el *"modo en que nos dice qué cosa hacer y nos amenaza con*

---

coacción. ATIENZA, "Visiones sobre la relación entre el derecho y la fuerza", cit., p. 237.

<sup>654</sup> ATIENZA, "Visiones sobre la relación entre el derecho y la fuerza", cit., págs. 240-241.

<sup>655</sup> En su libro *The Force of Law*, Harvard University Press, 2015. Véase MASSINI-CORREAS, Carlos I., "Schauer, Frederick, *The Force of Law*, Cambridge-Massachusetts / London, Harvard University Press, 2015, 240 páginas", en *Prudentia Iuris*, n° 84, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2017, págs. 309-311.

<sup>656</sup> ATIENZA, "Visiones sobre la relación entre el derecho y la fuerza", cit., págs. 219-220, quien enseña, como ejemplo, que en la reciente crisis de Cataluña (2019) pareció que al Estado, a la política, *"se le hubiese hecho jugar el papel de la razón"*, y al Derecho el de la fuerza, *"el del ejercicio del poder coactivo"*.

*consecuencias desagradables si no obedecemos*<sup>657</sup>. En lo que aquí concierne, corresponde la idea de HART según la cual el derecho constituye una *"clase o familia de razón(es) para la acción"*<sup>658</sup>, agregando, en consonancia con lo planteado por SCHAUER respecto del papel no esencial de la coerción para el derecho, que *"(c)ada razón expresa un supuesto beneficio, un supuesto bien inteligible, prometido (ino garantizado!) por el curso de acción propuesto respaldado por esa razón"*<sup>659</sup>. Siendo así, afirma HART que hacen falta sanciones, no como motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados por quienes no obedecen. Priorizando la igualdad, señala que, si no existiera tal organización, *"obedecer sería arriesgarse a tener la peor parte"*. En función de tal peligro, *"lo que la razón reclama es cooperación voluntaria dentro de un sistema coercitivo"*<sup>660</sup>. Por ello, cuestiona la concepción del derecho como órdenes coercitivas, constituyéndolo como interacción de

---

<sup>657</sup> MASSINI-CORREAS, Carlos I., "Coacción en el derecho y razón práctica. Las limitaciones del positivismo jurídico en un texto de Frederick Schauer", en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*, n° 81, julio-diciembre, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2019, p. 130. Crítica en cuanto al tratamiento de la coerción por parte de Hart, PINA FERSINI, María, "Derecho y violencia: la apuesta a la diferencia", en *Anuario de filosofía del derecho*, n° 32, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2016, págs. 279-280.

<sup>658</sup> FINNIS, John, "Sobre los caminos de Hart: el derecho como razón y como hecho", en *El legado de H. L. A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Colección "Filosofía y Derecho", Juan José Moreso – Jordi Ferrer Beltrán directores, traducción de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 35.

<sup>659</sup> FINNIS, "Sobre los caminos de Hart: el derecho como razón y como hecho", cit., p. 39.

<sup>660</sup> HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 244-245.

reglas primarias y secundarias, por lo que el deber de obediencia no surge solo y exclusivamente de la amenaza de sanción de la norma<sup>661</sup>.

En rigor, HART, si bien la admite, plantea que no todo en el derecho se reduce a la coerción, pues, además, existen recompensas, empoderamientos, distribuciones, coordinaciones de conductas y varios fenómenos humano-sociales más que integran la realidad jurídica sin incluir directamente una dimensión de fuerza física<sup>662</sup>.

MASSINI-CORREAS comparte con SCHAUER la idea de que la coerción en el derecho es más compleja, en tanto excede las sanciones del derecho penal. Y, aun con críticas a la posición de HART, entiende que la razón práctica preside la sinergia de las normas y valora y justifica las sanciones necesarias para su cumplimiento<sup>663</sup>. Aspecto que, sin dudas, muestra que la coerción opera como elemento sustancial en el ámbito normativo, aunque no siempre convocada para aquel fin (cumplimiento), en tanto este puede alcanzarse, en diversas ocasiones, por múltiples motivos que, aun indirectamente, reconducen al poder expresivo de las normas y del orden jurídico en general.

En tal sentido, explica ÁLVAREZ GONZÁLEZ que "[e]lemento esencial de la norma jurídica, en relación con la fuerza, es más bien una cierta presencia de la misma, aunque solo sea al modo de exigencia de que se la dote de la posibilidad de coaccionar"<sup>664</sup>. Allí reside el valor de esa

---

<sup>661</sup> HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 102.

<sup>662</sup> MASSINI-CORREAS, "Coacción en el derecho y razón práctica. Las limitaciones del positivismo jurídico en un texto de Frederick Schauer", cit., p. 131.

<sup>663</sup> MASSINI-CORREAS, "Coacción en el derecho y razón práctica. Las limitaciones del positivismo jurídico en un texto de Frederick Schauer", cit., págs. 131 y 149.

<sup>664</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Norberto, "La fuerza en el Derecho", en *Anuario de filosofía del derecho*, n° 4, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 1987, p. 638.

posibilidad (o potencialidad) de coacción, como pieza clave en el engranaje probatorio sobre el cuerpo del imputado. Pues hasta allí llega un eventual ejercicio de la fuerza sobre el mismo.

Similar tendencia expone FERREYRA, para quien la fuerza debe entenderse, dejando de lado algunos postulados de KELSEN, en base a ideales que pueden justificarla frente a los límites que fijan los derechos fundamentales; ya que estos operan como reglas objetivas y como líneas de acción que deben asegurar un uso correcto de la fuerza estatal<sup>665</sup>. Bajo tal premisa, *"no parece acertado afirmar que la fuerza del sistema jurídico se reduce a la coactividad que emana de las denominadas normas secundarias del sistema"*<sup>666</sup>.

El lineamiento aquí esbozado es propuesto también por FISCHER LESCANO, quien, al referirse a la fuerza expresiva en el derecho, formula la siguiente pregunta: *"¿cómo se puede imaginar una fuerza normativa?"*; siguiendo la tesis de sublimación de HABERMAS, contesta que la fuerza se presenta como reguladora de la razón, en tanto las órdenes del derecho se deben a su autoridad vinculante y la fuerza jurídica obedece a un fondo normativo anteriormente establecido como

---

<sup>665</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo, "El derecho, la razón de la fuerza sobre la Constitución y los derechos fundamentales", en *Revista Contextos*, n° 1, Área de Comunicación y Publicaciones de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011, págs. 56-58. También crítico de la idea de coactividad en Kelsen, RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel, "Dinamismo y coactividad: sobre una incongruencia en la Teoría pura del Derecho", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28, Universidad de Alicante, 2005, págs. 183-220.

<sup>666</sup> TORRÉ, *Introducción al Derecho*, cit., p. 158, denomina "coercibilidad" a *"la posibilidad jurídica de la coacción, es decir, la coacción virtual, en potencia y no en acto; es una sanción latente o posible que se actualizará en caso de violación del respectivo deber jurídico"*.



válido<sup>667</sup>. La fuerza normativa puede definirse como la "*capacidad de una norma para generar efectos*", lo que puede traducirse en la máxima "*conocer las leyes no significa atenerse a sus palabras, sino a su fuerza y capacidad*"<sup>668</sup>.

A propósito de lo expuesto, señala GONZÁLEZ que "*la noción del Derecho produce necesariamente el concepto de coacción jurídica, pero no en su alcance esencial, sino en sentido potencial*", pues el derecho, en su misma naturaleza, se distingue del poder puramente físico y material<sup>669</sup>. Y agrega que la palabra "coacción", en sentido actual, significa el hecho cumplido de la aplicación de la fuerza, aunque hubiera casos en los que podría renunciarse a ella, por lo que asegura que parte esencial del derecho es la coacción potencial, a la que denomina "coactividad", no así la coacción actual<sup>670</sup>. La coacción potencial, según

---

<sup>667</sup> FISCHER LESCANO, Andreas, *La fuerza del Derecho*, traducción de Alex Iván Valle Franco, Serie "Pensamiento crítico", n° 1, Editorial El Siglo, Quito, 2019, págs. 77-78.

<sup>668</sup> FISCHER LESCANO, *La fuerza del Derecho*, cit., con referencia a Sabine MÜLLER-MALL, págs. 27-28. BOURDIEU, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*, 2° ed., traducción de María José González Ordovás, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001, p. 202, señala, en similar sentido, que "[e]l derecho es la forma por excelencia del discurso activo, capaz, por su propia virtud, de producir efectos. No es exagerado decir que el derecho hace el mundo social, pero con la condición de no olvidar que él es hecho por ese mundo". En torno a la misma cuestión, afirma TORRÉ, *Introducción al Derecho*, cit., p. 200, que "el carácter definitorio de la sanción jurídica es la coercibilidad, rasgo que no debe ser confundido con la coacción".

<sup>669</sup> GONZÁLEZ, Genaro María, "Derecho, coacción y coactividad", en *Estudios de Derecho*, volumen 35, n° 89-90, Facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, 1976, págs. 37-40.

<sup>670</sup> Para VÁZQUEZ, Rodolfo, *Teoría del Derecho*, Oxford University Press, México DF, 2012, págs. 70-71, la palabra derecho es acentuadamente vaga en el lenguaje ordinario, de tal modo que ninguna propiedad es aisladamente necesaria, aunque destaca que la coactividad es una de las más relevantes.

GONZÁLEZ, se basa en la "*alta calidad ontológica*" del derecho que, por tal motivo, no requiere de la fuerza material<sup>671</sup>.

El propio KELSEN afirmaba que si se pretendiera decir que el derecho, estatuyendo sanciones, motiva a los hombres en el sentido de la conducta requerida, en cuanto el deseo de evitar la sanción o la coerción, "*habría que responder que esa motivación es solo una función posible del derecho, pero no una función necesaria, dado que la conducta conforme a derecho, la obligatoria, puede ser producida por otros motivos, y muy frecuentemente, es producida por otros motivos*"<sup>672</sup>.

En definitiva, complementando lo innecesario del uso de la fuerza en supuestos de consentimiento o de mera disconformidad y lo prohibido de su utilización en casos de resistencia o negativa rotunda en virtud del derecho a la dignidad de la persona, cabe reconocer que las previsiones legales que habilitan la fuerza la instituyen como un refuerzo normativo que (entre otros motivos) permite suponer un mayor acatamiento en hipótesis en las que prima el deber de tolerar.

## **8. ALTERNATIVAS AL USO DE LA FUERZA Y CONSECUENCIAS DE LA NEGATIVA DEL IMPUTADO CUANDO DEBE TOLERAR**

### **8.1. La precaria regulación del uso de la fuerza**

---

<sup>671</sup> GONZÁLEZ, "Derecho, coacción y coactividad", cit., p. 49.

<sup>672</sup> KELSEN, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 48. Al respecto, indica TORRÉ, *Introducción al Derecho*, cit., p. 159, que "[c]omo es obvio, la mayor parte de las normas jurídicas se cumplen voluntariamente, sin necesidad de coacción".

Conforme lo expuesto precedentemente, es posible afirmar que ni la doctrina ni la jurisprudencia ofrecen fundamentos razonables respecto del uso de la fuerza en situaciones que comportan su aplicación material. Doctrina y jurisprudencia aluden, en términos generales, a un “uso proporcional, necesario y razonable”, siempre y cuando, por supuesto, existiera una norma que respetara los principios de legalidad y reserva de ley. Con ello, se da por habilitada la coerción sobre el cuerpo del imputado cuando este sea considerado objeto de prueba, en tanto existe coincidencia en rechazarla cuando se lo contemple como sujeto de prueba<sup>673</sup>. Ahora bien, qué tipo de fuerza y, en todo caso, qué alcance tendría son interrogantes que no tienen respuesta<sup>674</sup>.

GÓMEZ AMIGO, al interpretar el art. 363 de la LECrim, considera que la coerción puede entenderse de dos maneras. Por un lado, entiende que el acatamiento a las intervenciones corporales judicialmente decretadas configura una carga procesal, a la que podría negarse el sujeto pasivo, pero con las consecuencias desfavorables que ello

---

<sup>673</sup> La STS 535/2021, RC 3584/2019, del 17 de junio de 2019, ponente Javier Hernández García, recuerda que *“la garantía a la no autoincriminación no alcanza a proteger contra el uso en un procedimiento de naturaleza penal de cualquier material que, aun habiendo sido obtenido coactivamente del acusado o de quien pueda llegar a serlo, tenga una existencia independiente de su voluntad, tales como documentos recabados en virtud de autorización judicial o muestras de aliento, sangre, orina y tejidos corporales destinados a pruebas de ADN”*.

<sup>674</sup> Véase, en este sentido, MORENO VERDEJO, “Algunos problemas de la identificación penal a través de la prueba pericial de ADN: ámbito, asistencia letrada y empleo de fuerza”, cit., págs. 140-143. Tampoco cuando se trata de disposiciones penales, como sucede con el art. 129 bis del CPE, en tanto se alude al mismo sin especificación o crítica al uso de la coerción, véase BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “Las consecuencias accesorias del delito en el Código Penal. La extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad civil derivada del delito”, en *Manual de introducción al Derecho Penal*, Juan Antonio Lascuráin Sánchez coordinador, Colección “Derecho Penal y Procesal penal”, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 260.

implicaría, como, por ejemplo, la valoración de un indicio en su contra. Por el otro, señala que *"debe entenderse que el sometimiento a estas medidas es una obligación que el juez puede imponer incluso por medio del recurso a la coacción directa, esto es, con empleo de la fuerza física si fuese necesario, cuidando siempre que el uso de la fuerza resulte proporcionado en el caso concreto, de manera que también resulte proporcionada la ejecución coactiva de la medida de intervención corporal"*<sup>675</sup>. Ejecución coactiva que no se delimita ni se especifica y que, como se ha señalado, constituye, más allá de la orden que decide la diligencia, el punto problemático en cuanto al ejercicio concreto de la coerción estatal.

En consonancia con lo apuntado, Mercedes PÉREZ MANZANO y Carmen TOMÁS-VALIENTE LANUZA, brindando un panorama plenamente compatible con el argentino, afirman que un aspecto *"sobre el que la jurisprudencia recaída hasta el momento no resulta del todo definitiva es el de las posibilidades del uso de la coerción para forzar a un sujeto a someterse a una intervención corporal considerada en sí misma legítima"*. Y se preguntan, con razón, *"hasta qué punto la previsión legal de una determinada intervención corporal habría de recoger expresamente la posibilidad del uso de la coerción para configurarse como base legal suficiente de su imposición coactiva"*. Respondiendo que el art. 363 de la LECrim, como se ha dicho, concordante con la legislación argentina en la materia, *"nada dice... sobre si en caso de*

---

<sup>675</sup> GÓMEZ AMIGO, Luis, "La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN", en *Diario La Ley*, nº 8324, Sección "Doctrina", Madrid, 2014, págs. 5-6.

*negarse el sospechoso puede procederse a la extracción de tales muestras mediante el uso de la fuerza*<sup>676</sup>.

En el ámbito argentino, María Paula QUIROGA CORTI, en una profusa y completa investigación, expone: *"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*<sup>677</sup>.

Se observa así una afirmación genérica, de tinte dogmático, pero carente de precisión: el uso de la fuerza debe ser proporcional —dependiendo de las circunstancias del caso— y respetuoso de la dignidad; lo que se refleja en la redacción de los arts. 218 bis del CPPN y 175 y 181 del CPPF, compatibles con el texto del art. 363 de la

---

<sup>676</sup> PÉREZ MANZANO – TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "Artículo 15", cit., págs. 392-393. Véase asimismo ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, "Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre", en *Justicia: revista de derecho procesal*, n° 1-2, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 145-147. También MARDARAS AGINAKO, Aintzane, "La toma subrepticia de muestras de ADN por la policía: comentario de la STC 199/2013, de 5 de diciembre", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 35, n° 105, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 287.

<sup>677</sup> QUIROGA CORTI, "El imputado como objeto de prueba. Intervenciones, registros e inspecciones corporales en el proceso penal argentino", cit., p. 373.

LECrim, en tanto merecen los cuestionamientos que de modo uniforme ha dirigido la doctrina española respecto de este último. Así, entre otros, MARTÍN PASTOR, para quien a pesar de la reforma introducida por LO 15/2003, dicha norma constituye una *"parca regulación legal, que no especifica todos y cada uno de los presupuestos y de las condiciones para la obtención de las muestras..."* y que ha dejado sin resolver algunas cuestiones todavía pendientes, como el régimen de sometimiento del sujeto pasivo, lo que plantea la duda de sí, acordada la diligencia por el juez, se presenta posible la ejecución coactiva de la medida cuando aquel se opusiera a su práctica<sup>678</sup>. En la misma dirección se expresa María Ángeles PÉREZ MARÍN, quien afirma *"dicha norma procesal nos ofrece un marco deficiente e incompleto que prácticamente nada innova respecto de las precisiones ya establecidas por la jurisprudencia, obligada, durante años, a cubrir el vacío jurídico existente en nuestro ordenamiento"*<sup>679</sup>.

Ese marco endeble se aprecia también en Argentina: *"en la práctica los jueces ordenaban medidas para la obtención de ADN cuando*

---

<sup>678</sup> MARTÍN PASTOR, José, "La obtención de muestras de ADN, dubitadas e indubitadas, por la Policía Judicial y el régimen de sometimiento del sospechoso a los actos de inspección, registro o intervenciones corporales", en *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, María José Cabezudo Bajo coordinadora, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 197-219. En similar sentido respecto de la regulación legal se expresan, entre otros, DE HOYOS SANCHO, "Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", cit., p. 101, y ALCOCEBA GIL, Juan Manuel, *El análisis genético forense en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 20, quien alude a un *"incompleto régimen jurídico"* en la materia.

<sup>679</sup> PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 13.

*se consideraba necesario, sin que estuvieran claramente establecidos los requisitos y límites de esa medida, aunque podían deducirse de las reglas generales con las que debe practicarse toda coerción en el proceso penal*<sup>680</sup>. Sobre esto último, y tal como se ha señalado, las normas que de modo genérico habilitan la coerción para el cumplimiento de los actos del proceso, como los arts. 70 y 120 del CPPN, son insuficientes y no cumplen con los requisitos de legalidad y reserva de ley en torno a los registros en el cuerpo del imputado.

Similar situación describe María Victoria ÁLVAREZ BUJÁN en España, hasta la LO 15/2003 se ordenaban y efectuaban medidas de intervención corporal, pero sin la debida concurrencia del principio de legalidad, requisito constitucional que se suplía jurisprudencialmente con la emisión de una autorización judicial motivada y teniendo en cuenta que la normativa internacional y la doctrina del TEDH avalaban la práctica de dichas diligencias o actuaciones, siempre y cuando se cumpliesen las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, aunque reclamando igualmente una previsión legal explícita y concreta<sup>681</sup>.

En línea con ello, aunque más cerca en el tiempo, la STS 542/2020<sup>682</sup>, del 23 de octubre de 2020, remarca que, inclusive

---

<sup>680</sup> PIÑOL SALA, Nuria K., "La obligación del Estado de restituir la identidad a las víctimas de desaparición forzada", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 181.

<sup>681</sup> ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria, "El artículo 24 de la Constitución Española y la prueba de ADN en el proceso penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 38, nº 114, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 136

<sup>682</sup> STS 542/2020, RC 10056/2020, del 23 de octubre de 2020, ponente Andrés Palomo del Arco, con cita y referencias a la STS 685/2010, RC 558/2010, del 7 de julio de 2010, ponente Manuel Marchena Gómez.

respetándose la legalidad, una resolución judicial habilitante de una injerencia corporal no puede legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal.

Explica HAIRABEDIÁN que la correcta solución del problema debe partir de la distinción entre objeto y sujeto de prueba, pues tal diferenciación se encuentra relacionada con *"la garantía constitucional de no ser obligado a declarar en contra de uno mismo, la cual abarca el derecho a no producir prueba perjudicial involuntariamente"*. Agrega que si la persona actúa como órgano de prueba porque va a producir la evidencia, por ejemplo, ejecutando una muestra grafo técnica, no está obligado a realizarla porque implicaría una afectación de la garantía de no autoincriminación. En cambio, si su rol es el de objeto de prueba, no puede negarse porque no está en juego la anterior garantía constitucional, debe tolerarla pasivamente y si se resiste debe realizarse compulsivamente. No obstante, advierte que en la práctica la ejecución por la fuerza física de una intervención presenta problemas. Es así como, por ejemplo, la toma de una extracción sanguínea, cuando hubiera oposición o resistencia del sujeto pasivo para evitarla, podría constituir un riesgo a la salud *"no solo por el uso de las agujas, sino también por la posibilidad cierta de que la fuerza para reducirlo derive en lesiones"*. El riesgo al que se refiere HAIRABEDIÁN no radica en aquel inherente a la extracción en sí misma, sino a las consecuencias de la fuerza utilizada para reducir a la persona, que ya no podrá practicarse solo con la intervención de personal sanitario y que excederá, en mucho, el mínimo indispensable para concretar la extracción. Indica que si la extracción tiene como fin un peritaje de ADN puede apelarse a la



toma de otras muestras menos lesivas, como la extracción de cabellos<sup>683</sup>.

Sin duda, como lo expresa MORA SÁNCHEZ, "*por mucho que todas las actuaciones necesarias para la realización de una prueba de ADN sean acordadas por un Juez o Tribunal y sean respetuosas con el principio de proporcionalidad, nunca estará justificado realizarlas sin el consentimiento del que las tiene que tolerar, por lo que no podrán realizarse en contra de la voluntad del individuo, ya que de lo contrario tales pruebas serían catalogadas como ilícitas y no surtirían ningún efecto en el proceso*"<sup>684</sup>.

El ejercicio de una fuerza mínima como el que propone ETXEBERRÍA GURIDI también resulta problemático, pues también debe concretarse de manera proporcionada a las circunstancias del caso y respetando la dignidad de la persona. Entiende el autor citado que, aunque parezca descartable la ejecución forzosa en la obtención de muestras sanguíneas (al menos intravenosas), no está tan claro que resulte desproporcionada la obtención por la fuerza de muestras capilares o de saliva mediante

---

<sup>683</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Novedades sobre la prueba judicial*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2008, págs. 29-30 y 39. En el sentido aquí expuesto, entendiendo que la extracción de un cabello constituye una medida restrictiva de menor gravedad, MARTÍNEZ GARCÍA, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, cit., p. 168.

<sup>684</sup> MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel, "La posible adecuación típica de algunas de las actuaciones necesarias para la identificación criminal a través de la huella genética: su eventual justificación", en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Juan Ignacio Echano Basaldúa coordinador, Área de Derecho Penal de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 389. En igual sentido se expresa DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 474.

frotis bucal<sup>685</sup>. Pero que no esté tan claro sigue siendo, como se indicó, problemático.

Cabe concluir en que el uso de la fuerza es aceptado de manera abstracta, sin profundización ni delimitación alguna<sup>686</sup>. Por ello, no cabe sino compartir las palabras de Susana ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER (afirmación plenamente aplicable a la realidad argentina a partir de 2009): "[c]on anterioridad a la reforma del año 2003, la jurisprudencia y la doctrina mantenían un criterio casi unánime negando la legitimidad del uso de la fuerza física para la toma de muestras de ADN, entre otros motivos, por la falta de regulación legal que amparara tal posibilidad. No obstante, dado que ni el legislador de 2003, ni posteriormente, la LO 10/2007 se pronunciaron expresamente al respecto, seguimos a expensas de los criterios jurisprudenciales"<sup>687</sup>.

## **8.2. Por un proceso penal sin coerción probatoria en el cuerpo del imputado**

Según se ha afirmado, el uso de la fuerza física sobre el cuerpo del imputado para practicar actos de investigación no se encuentra autorizado en el sistema procesal penal argentino. Destacando la precariedad legislativa en la materia, se ha indicado que en algunos

---

<sup>685</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, "Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", cit., págs. 616-622.

<sup>686</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 474.

<sup>687</sup> ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, "El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte I)", cit., págs. 64-65.

casos no procede por innecesaria y en otros, ante la negativa fehaciente del imputado, no resulta viable ante la eventual violación del derecho fundamental a la dignidad de la persona. Si se pretende superar etapas arcaicas y violentas de la historia del poder punitivo, entonces la coerción para obtener información del cuerpo del imputado debe considerarse prohibida<sup>688</sup>.

Siendo así, cabe evaluar alternativas o escenarios posibles respecto de los casos de negativa expresa o con resistencia a la orden legítima de una injerencia corporal<sup>689</sup>.

El paradigma de la evidencia enraizada en el cuerpo del imputado y su obtención mediante injerencias refractarias a los derechos fundamentales, entre las que se encuentran aquellas alcanzadas a través de la fuerza física, debe mutar a un paradigma que prescindiera de tal intromisión y que, dados los avances tecnológicos y científicos, garantice similares consecuencias en cuanto a los objetivos de la investigación<sup>690</sup>.

---

<sup>688</sup> CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo, "Persona y (bio)constitución", en *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, t. 3, Benigno Pendás director, Esther González – Rafael Rubio coordinadores, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 2325.

<sup>689</sup> CORDERO PÉREZ, José Carlos – CONDE COLMENERO, Pilar, "Revisión jurídica de la prueba pericial en España. De la primera acreditación de ADN al Tratado de Prüm", en *Revista de Derecho y Criminología*, Universidad Católica de San Antonio, Francisco de la Torre Olid director, Anales 2012, nº 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 19.

<sup>690</sup> SOLETO MUÑOZ, Helena, *La identificación del imputado: Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción de la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 21. En la actualidad se evalúa la prueba de la paternidad mediante análisis prenatales, es decir, sin necesidad alguna de interferir en el cuerpo del presunto padre y mediante prácticas no invasivas respecto de la madre. "El reciente descubrimiento de la presencia de células fetales en sangre materna, por tanto de ADN fetal, hace posible llevar a cabo estudios de paternidad no invasivos a partir de una muestra de sangre de la

Un lastre que lentifica tal cambio se observa en la escasa evolución del derecho en relación a otros saberes. La era del testigo y de la confesión del presunto culpable debe ser reemplazada por pistas que deriven de la informática, la genética, la inteligencia artificial, la biotecnología y otras disciplinas significativamente adelantadas<sup>691</sup>.

En dicha línea de pensamiento cabe afirmar, con GÓMEZ COLOMER, que “[l]as pruebas científicas suponen el fin de un ciclo de técnicas probatorias que, desde hace varias décadas, están cerrando el paso a los errores pero que, a su vez, abren nuevos interrogantes”<sup>692</sup>. La confesión y el testimonio, pilares de la plataforma tradicional de la sentencia penal (más allá y más acá en la historia), no brindan parámetros de fiabilidad comparables con los de la prueba científica<sup>693</sup>.

Helena SOLETO MUÑOZ, aludiendo al modelo español, equiparable al argentino, subraya: “este sistema penal decimonónico, sigue basado en

---

*embarazada y de la semana 14 de la gestación”, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Raquel – MARFIL, Jorge A. – GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, “El derecho de familia, testigo del análisis de paternidad prenatal”, en Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada, nº 30, Dykinson, Madrid, 2009, p. 201, quienes destacan que “[l]os cambios producidos en el ámbito... de la investigación Biomédica... auguran nuevas soluciones que irán resolviendo las situaciones nuevas que están apareciendo constantemente”.*

<sup>691</sup> MORILLAS JARILLO, María José, “Muestras biológicas, biobancos e investigación biomédica: algunos problemas jurídicos”, en *Derecho y Biotecnología. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3º época, nº 15, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 17-18; CORDERO PÉREZ – CONDE COLMENERO, “Revisión jurídica de la prueba pericial en España. De la primera acreditación de ADN al Tratado de Prüm”, cit., p. 14.

<sup>692</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, “Prólogo”, en *La prueba de ADN en el proceso penal*, Juan-Luis Gómez Colomer coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 15; DE ANTÓN Y BARBERÁ, Francisco – DE LUIS Y TURÉGANO, Juan Vicente, *Manual de Técnica Policial*, 3º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 21.

<sup>693</sup> ALCOCEBA GIL, *El análisis genético forense en el proceso penal español*, cit., p. 19. “Prueba estrella” la denominan CORDERO PÉREZ, José Carlos – CONDE COLMENERO, Pilar, “Revisión jurídica de la prueba pericial en España. De la primera acreditación de ADN al Tratado de Prüm”, cit., p. 18.

*la identificación del sospechoso por el testigo o víctima para su condena; sigue basado en la percepción de personas, falibles, influenciables, y con una capacidad para recordar limitada. La circunstancia de que personas inocentes hayan sido condenadas y encarceladas basándose en la percepción de otras, supone el fracaso absoluto del proceso debido, en el que la presunción de inocencia no ha operado o ha habido un grave error de fondo: limitar la base de la condena a la percepción”<sup>694</sup>.*

Nótese que, en clara contradicción con el esquema vetusto descrito, actualmente se ha llegado al punto de discutir el uso de la genética en clave de pronóstico delictivo. Al respecto, apunta VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: “A no dudarlo, el proceso penal del futuro se tendrá que enfrentar cada día más a la práctica de pruebas genéticas predictivas, lo cual obliga a estar muy atentos para evitar que se pisotee la dignidad de la persona humana y, con ella, todos los límites que demarcan el ejercicio de la potestad punitiva del estado”. Y luego reflexiona remarcando que, con la aplicación de tales tecnologías, la persona se convierte en objeto de las prácticas consecuentes, lo que pone en tela de juicio la vulneración de sus derechos fundamentales (alude inclusive al art. 129 bis del CPE), en tanto puede verse afectada de tres formas:

---

<sup>694</sup> SOLETO MUÑOZ, *La identificación del imputado: Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción de la prueba científica*, cit., p. 16. Al respecto, véase DUCE, Mauricio, “Condena de inocentes y litigación en juicio oral. Resultados de una investigación empírica sobre reconocimientos oculares y prueba pericial”, en *Sistemas Judiciales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, año 17, n° 21, Santiago de Chile, 2017, págs. 16-28; DUCE, Mauricio, “Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora”, en *Política Criminal*, Universidad de Talca, Centro de Estudios en Derecho Penal, volumen 12, n° 23, Talca, 2017, págs. 291-379. En igual sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de derecho procesal penal*, cit., p. 311.

mediante el procedimiento de obtención de las muestras y los vestigios, a través del análisis de los mismos y con la utilización de los resultados<sup>695</sup>.

Pues bien, aquí se aboga por suprimir o, al menos, reducir la afectación de derechos fundamentales ya en la primera instancia, es decir, en la fase de recolección y obtención de muestras o vestigios del cuerpo del imputado. Lo que se sostiene encuentra apoyo en la la STC 161/1997<sup>696</sup>, del 2 de octubre de 1997, en la que con claridad se señaló: *"las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio... 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*

---

<sup>695</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, "Las pruebas genéticas predictivas y el moderno proceso penal", en *Estudios penales y criminológicos*, t. 37, Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2017, págs. 415-416.

<sup>696</sup> STC 161/1997, del 2 de octubre de 1997, BOE nº 260, del 30 de octubre de 1997. Véase asimismo, VARONA GÓMEZ, Daniel, "El delito de negativa a las pruebas de alcoholemia (art. 380 CP) tras la sentencia de 9-12-1999", en *Jueces para la democracia*, nº 37, Madrid, 2000, págs. 41-46; VARONA GÓMEZ, Daniel, "El delito de negativa a las pruebas de alcoholemia tras las sentencias 161/1997 y 234/1997 del Tribunal Constitucional y la sentencia del Tribunal Supremo (sala 2ª) de 9 de diciembre de 1999", en *La Ley*, nº 1, Wolters Kluwer, Madrid, 2000, págs. 1585-1598.

*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 entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia. En esta línea, en relación con una diligencia de reconocimiento médico de una imputada, tuvimos ya ocasión de precisar que su ejecución "podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de esta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes" (STC 37/1989, fundamento jurídico 8º)".*

Por ello, y siguiendo a ETXEBERRÍA GURIDI, cabe recordar que tres son las opciones "*que se barajan en los distintos ordenamientos procesales*" para dar respuesta a la negativa de la persona a una injerencia corporal: la coacción física al objeto de superar su voluntad renuente, los indicios incriminatorios derivados de la negativa y la tipificación expresa como infracción penal de la negativa<sup>697</sup>. Considerando, por las razones ya apuntadas, que se rechaza el uso de la fuerza, corresponde evaluar entonces los métodos restantes, esto es, aquellos referidos por ETXEBERRÍA GURIDI (presunción en contra del imputado por su negativa y tipificación penal de su oposición a la medida) y, además, el recurso a medios alternativos a la intromisión corporal. En contra se pronuncia DUART ALBIOL, para quien "*si el imputado tiene derecho a no declarar y a guardar silencio, si tiene también derecho a no colaborar (activamente) en la investigación*

---

<sup>697</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, "Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas (Parte II)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, nº 20, Dykinson, Madrid, 2004, p. 117.

*criminal sin que pueda obligársele a aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación, ha de tener también derecho a no tener que soportar (pasivamente) actuaciones sobre su cuerpo en busca de elementos que contribuyan a su incriminación, sin que pueda exigírsele su colaboración... la actitud negativa del sujeto afectado por la medida a colaborar o a soportar una determinada injerencia en su cuerpo no debería comportarle consecuencia negativa alguna, al menos mientras no esté prevista legalmente su obligación de sometimiento a la práctica de tales medidas, del mismo modo que no debería comportarle perjuicio alguno su silencio cuando lo guarda”<sup>698</sup>.*

### **8.3. Búsqueda de evidencia por otros medios. Doctrina de la CSJN**

En relación a lo precedentemente expuesto, respecto de las alternativas de búsqueda como opción a la obtención de evidencias mediante coerción material, debe señalarse que operan como aplicación estricta del principio de necesidad<sup>699</sup>. Siendo así, dadas las distintas técnicas de investigación en general y las facilidades que brindan otras ciencias y disciplinas para recuperar muestras útiles para cotejo sin necesidad de intromisiones, el uso de la fuerza en materia de injerencias

---

<sup>698</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 297-298.

<sup>699</sup> De acuerdo con DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 399-400, el principio de necesidad o de intervención mínima “*obliga a comparar, en el caso concreto, las distintas medidas con aptitud suficiente para lograr el fin perseguido y elegir la menos lesiva para los derechos individuales... el principio de necesidad supone que no exista otra medida menos lesiva para la consecución del fin con igual eficacia*”.



en el cuerpo del imputado debería desterrarse del derecho procesal penal<sup>700</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, la problemática ha sido escasamente tratada<sup>701</sup>. Aunque la doctrina emergente, enfocada en la víctima como afectada por el registro, determina el rechazo de medios coercitivos y el reconocimiento pleno de las vías alternativas<sup>702</sup>.

En el caso "Muller, Jorge s/ denuncia" (1990)<sup>703</sup>, la CSJN entendió que someter a un menor de edad, al que no se le imputa acto antijurídico 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 cuerpo, 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 su integridad física.

---

<sup>700</sup> CORDERO PÉREZ, José Carlos – CONDE COLMENERO, Pilar, "Revisión jurídica de la prueba pericial en España. De la primera acreditación de ADN al Tratado de Prüm", cit., p. 17; LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., "Pandemia y derecho: crónica y perspectivas de un tiempo convulso", en *Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n° 28, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 11.

<sup>701</sup> Resoluciones de instancias inferiores pueden verse en ABRALDES, Sandro F., "El imputado, su individualización, su cuerpo y la adquisición de la prueba", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, t. 1, Ruzinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, págs. 224-226 y 239-263.

<sup>702</sup> Afirma DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 189, que "[e]n ningún caso cabe, pues, someter coactivamente a la víctima a una medida de intervención corporal".

<sup>703</sup> CSJN, Fallos 313:1113, resolución del 13 de noviembre de 1990. A esta sentencia remiten los casos "Vázquez Ferrá" (Fallos 326:3758, del 30 de septiembre de 2003) y "Prieto" (Fallos 332:1835, del 11 de agosto de 2009).

En los antecedentes “H., G. S.” (1995)<sup>704</sup> y “Guarino” (1996)<sup>705</sup>, la CSJN sostuvo que si la negativa del imputado a la extracción de sangre se dirige a obstaculizar una investigación criminal en la que resulta víctima un menor de edad, debe rechazarse el agravio referente al derecho a disponer del propio cuerpo. La realización de la prueba de histocompatibilidad —cuando está en juego la identidad de un menor— no afecta 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. Se resolvió que esa extracción de sangre, a fin de realizar un estudio médico de histocompatibilidad, no constituía una práctica humillante o degradante, encontrándose justificada por los arts. 178, 209 y 322 del CPMP<sup>706</sup>. Al respecto, corresponde destacar, en primer lugar, que los arts. 178, 209 y 322 del CPMP no justificaban tal medida, pues, en ese tiempo, no se encontraban reguladas las intervenciones corporales. En segundo lugar, lo expuesto por la CSJN se comparte, pero siempre que existiera consentimiento o, inclusive en disconformidad, inexistencia de oposición o resistencia del imputado.

---

<sup>704</sup> CSJN, Fallos 318:2518, “H., G. S. y otro s/ apelación de medidas probatorias —causa N°197/90—”, resolución del 4 de diciembre de 1995.

<sup>705</sup> CSJN, Fallos 319:3370, “Guarino, Mirta Liliana s/ querella”, resolución del 27 de diciembre de 1996.

<sup>706</sup> Resulta sorprendente advertir cómo la CSJN justifica una extracción de sangre en normas que no tenían ninguna vinculación directa con dicha medida.

En "Vázquez Ferrá" (2003)<sup>707</sup> la CSJN eludió tratar en profundidad el núcleo del asunto, esto es, la medida de extracción compulsiva de sangre<sup>708</sup>. La recurrente impugnó la orden de primera instancia, ratificada por la Cámara Federal, de obtener por la fuerza una muestra para realizar un examen hematológico que determinara si era nieta de la querellante, alegando que la medida constituía una inadmisibles intromisión del Estado en su esfera de intimidad, que lesionaba su derecho constitucional a la integridad física al obligarla a tolerar una injerencia sobre su propio cuerpo en contra de su voluntad, que afectaba su dignidad al no respetar su decisión de no traicionar los intensos lazos afectivos que mantenía con quienes la criaron y a quienes seguía viendo como si fueran sus verdaderos padres y que violaba garantías constitucionales al no tomar en cuenta que la ley procesal la autoriza a proteger a sus familiares negando su testimonio cuando del mismo pudiera derivar una prueba de cargo contra ellos. La Corte entendió que la negativa de Vázquez Ferrá a prestar su cuerpo y a declarar contra sus presuntos familiares (también presuntos imputados) se contraponía con la situación de colocarla *"en la angustiante*

---

<sup>707</sup> CSJN, Fallos 326:3758, "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación", resolución del 30 de septiembre de 2003. A esta sentencia remiten Fallos 332:1769 y 332:1835 (ambos del 11 de agosto de 2009) y "Albarracini Nieves" (Fallos 335:799, del 1º de junio de 2012).

<sup>708</sup> Con críticas que comparto, ANITUA, "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", cit., págs. 47-55; GUARIGLIA, "¿Ausencia de fundamento normativo, prohibición de método de prueba o lesión al principio de proporcionalidad? El fallo de la Corte Suprema en 'Vázquez Ferrá'", cit., págs. 57-64. HAZÁN, Luciano A., "Los análisis genéticos después del fallo 'Vázquez Ferrá' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 102, afirma que la situación *"luego del fallo 'Vázquez Ferrá' ha puesto a la justicia penal en un estado de desorientación"*.

*alternativa de suministrar al Estado los medios de punir a aquellos con quienes tiene intensos lazos afectivos o de mentir contrariando un juramento*"<sup>709</sup>.

En el caso conocido como "Prieto 2" (2009)<sup>710</sup>, la CSJN convalidó el allanamiento al domicilio de Guillermo Gabriel Prieto y el secuestro de material genético de prendas y objetos personales (cepillos de diente y peines) y, en lo que aquí interesa, consideró que la diligencia cuestionada no se reveló como una medida que afectara sustancialmente los derechos invocados por el recurrente<sup>711</sup>. En este caso la Corte consideró que se verificaron indicios suficientes que avalaron su producción, la diligencia se vinculó directamente con el objeto procesal materia de la causa, resultó propia del proceso de investigación penal, se presentó idónea para alcanzar la verdad material y no requirió acción alguna por parte del apelante, en tanto las muestras a utilizarse en el examen de ADN fueron tomadas a partir de una recolección de rastros que, si bien pertenecían a su cuerpo, al momento de incautarse se hallaban desprendidos de él. Por ello, se entendió que la sentencia impugnada no afectó derechos y garantías constitucionales,

---

<sup>709</sup> Así, la CSJN decidió que si la supuesta víctima, mayor de edad y capaz, no quiso conocer su verdadera identidad, no puede el Estado obligarla ni promover las acciones judiciales destinadas a establecerla. Por el contrario, si ello lo pretendiera la querellante, nada le impediría deducir la acción que pudiera corresponder, proceso en el que se determinaría, eventualmente, la negativa de su supuesta nieta a prestarse al examen genético. Por tales razones, fue revocada la orden de extracción compulsiva de sangre respecto de Evelin Karina Vázquez Ferrá.

<sup>710</sup> Fallos 332:1769, causa G.291.XLIII, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años. Incidente de apelación de Prieto, Guillermo Gabriel", resolución del 11 de agosto de 2009.

<sup>711</sup> BAZÁN, Víctor, "La Corte Suprema argentina y algunos fallos relevantes en materia de derechos fundamentales en el período 2009-2010", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la constitución*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2011, págs. 113-114.

en tanto la medida no ocasionó restricción alguna de los derechos de quien fuera una de las víctimas y porque la resolución encontró adecuado fundamento en la necesidad de salvaguardar el deber del Estado de investigar y sancionar los hechos reputados como delitos, más aún cuando el objeto procesal se vinculaba a un delito de lesa humanidad como la desaparición forzada de personas<sup>712</sup>. En este caso, *"la Corte convalidó la investigación de la identidad de la presunta víctima de un delito a través del análisis de objetos de uso personal que habían sido secuestrados en un allanamiento"*<sup>713</sup>.

El mismo 11 de agosto de 2009, la CSJN resolvió el caso denominado "Prieto 1"<sup>714</sup>, revocando la decisión previa que había ordenado a la víctima a que concurriera al Hospital Durand para una extracción de sangre, señalando que la coerción física sobre la víctima podía evitarse si se agotaban las posibilidades de tomar las muestras de manera no invasiva en su cuerpo, *"lo que aparece a todas luces como más respetuoso de su dignidad"*.

---

<sup>712</sup> En cuanto a las víctimas, explica GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, "Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: el análisis de ADN", en *La prueba de ADN en el proceso penal*, Juan-Luis Gómez Colomer coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 24, que, casos como los del 11-S en EEUU o el 11-M en España, dos de los atentados terroristas más significativos de nuestra reciente historia, han tenido en la prueba de ADN un instrumento esencial para la identificación no solo de los sospechosos sino también de las víctimas y desaparecidos.

<sup>713</sup> ANITUA, Gabriel I., "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la extracción de sangre a víctimas de delitos sin su consentimiento", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 208.

<sup>714</sup> Fallos 332:1835, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años —causa n° 46/85 A—", resolución del 11 de agosto de 2009. A esta sentencia remiten los casos "Aparicio" (Fallos 341:150, del 27 de febrero de 2018) y "Baldivieso" (Fallos 333:405, del 20 de abril de 2010).

A partir de lo decidido en “Vázquez Ferrá”, como bien puntualiza ANITUA, “no hubo otra interpretación de la Corte Suprema sobre el punto”<sup>715</sup>. Cabe subrayar que todos los fallos de nuestro máximo tribunal en la materia fueron dictados con anterioridad a la sanción de la ley 26.549, del 27 de noviembre de 2009, que incorporó el art. 218 bis al CPPN. Ello implica reconocer que dicho tribunal resolvió la habilitación del uso de la fuerza, aunque de modo potencial, como recurso para proceder probatoriamente sobre el cuerpo humano (solo de víctimas) sin base normativa que respetara la legalidad y la reserva de ley.

En “Prieto 1” y “Prieto 2” la CSJN entendió que la obtención de muestras hemáticas sin el consentimiento de la presunta víctima solo sería constitucionalmente admisible cuando se hubieran agotado todos los medios disponibles menos lesivos que una injerencia directa sobre su cuerpo (*ultima ratio*)<sup>716</sup>. De esa manera, con bien señala Nuria PIÑOL SALAS, “la Corte avaló un camino alternativo para la obtención de muestras de ADN”<sup>717</sup>.

Como se observa, el superior tribunal argentino se ha pronunciado sobre intervenciones que tuvieron como sujeto pasivo a la víctima, lo que limita el caudal de fuentes a considerar para determinar y construir criterios en relación al imputado. Por el contrario, “[l]a doctrina española no ha prestado excesiva atención al sujeto no imputado como destinatario de las intervenciones corporales, debido quizás a que el

---

<sup>715</sup> ANITUA, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la extracción de sangre a víctimas de delitos sin su consentimiento”, cit., p. 207.

<sup>716</sup> ANITUA, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la extracción de sangre a víctimas de delitos sin su consentimiento”, cit., p. 214.

<sup>717</sup> PIÑOL SALA, “La obligación del Estado de restituir la identidad a las víctimas de desaparición forzada”, cit., p. 161.

*legislador no se ha pronunciado al respecto y la jurisprudencia apenas ha tenido ocasiones de hacerlo*<sup>718</sup>.

### **8.3.1. Material desprendido o abandonado**

El art. 218 bis del CPPN dispone expresamente que si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, 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. Como no requieren la colaboración del sospechoso y “[d]ado que no es necesario utilizar la fuerza física sobre el sujeto, gran parte de la doctrina se ha mostrado favorable a la validez de esta práctica en los casos en los que la autoridad judicial de forma previa ha ordenado que se realice la prueba de ADN y el acusado, sin embargo, se ha negado a facilitar una muestra corporal”<sup>719</sup>.

Conforme aquí se sostiene, la obtención de material o restos desprendidos o abandonados será válida únicamente cuando se dieran las mismas condiciones de legitimidad requeridas para una injerencia

---

<sup>718</sup> ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, “El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte I)”, cit., p. 78.

<sup>719</sup> MARDARAS AGINAKO, “La toma subrepticia de muestras de ADN por la policía: comentario de la STC 199/2013, de 5 de diciembre”, cit., p. 288; en similar sentido, PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 156.

corporal<sup>720</sup>. Es decir, cuando hubiera evidencias suficientes sobre la imputación (hecho y participación en sentido amplio), motivos para proceder y respeto por las formas y por los principios que rigen tales intromisiones. Siendo así, a partir de una medida legítima (por ejemplo, un allanamiento), sería posible recolectar muestras de cabello de una almohada, de la ducha o de un cepillo, fotografías de un álbum familiar, elementos ingeridos luego de evacuarlos naturalmente, huellas en un vaso o de cualquier otra superficie, etc.

En relación a los motivos, señala Mirentxu CORCOY BIDASOLO que el interés público no puede justificar cualquier injerencia. Por el contrario, debe demostrarse en cada caso la existencia de un motivo contrapuesto al respeto por los derechos fundamentales y la preponderancia de un interés público superior<sup>721</sup>. Interés público que, en palabras de la CSJN, radica *"en la necesidad de salvaguardar el deber del Estado de investigar y sancionar los hechos reputados como delitos"*<sup>722</sup>.

El recurso a la coerción transita por dos vías: directa e indirecta<sup>723</sup>. Según GÓMEZ COLOMER, la vía directa es la que lleva a recoger la muestra, huella o vestigio del cuerpo del sospechoso, lo que, según se indicó, podría darse en caso de consentimiento o de disconformidad sin

---

<sup>720</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., p. 303, admite las tomas subrepticias en tanto *"la práctica de las intervenciones corporales... genera no pocos inconvenientes en el supuesto de que la persona de la que han de extraerse las muestras manifieste su voluntad contraria"*.

<sup>721</sup> CORCOY BIDASOLO, "Protección penal de la intimidad genética", cit., págs. 94-95.

<sup>722</sup> CSJN, Fallos 332:1769, del 11 de agosto de 2009.

<sup>723</sup> Sobre tales vías, indica ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, "El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte I)", cit., p. 64, que *"la fiabilidad de una toma de muestras directa del propio acusado puede ser mayor que si se hace de forma indirecta, sobre vestigios, objetos del acusado, etc."*.



resistencia física. La vía indirecta es la que permite secuestrar elementos, por ejemplo, a partir de un allanamiento, tales como cabellos en un peine o cepillo, material genético en ropa interior, prendas en general o en sábanas o restos en utensilios de cocina, cubiertos o tazas<sup>724</sup>.

Arantza LIBANO BERISTAIN remarca que, ante la falta de habilitación legal para el uso de la fuerza y en consideración de las SSTS 501/2005, del 19 de abril de 2005, y 1311/2005, del 14 de octubre de 2005, lo que era habitual, es decir, la toma de muestras indubitadas del cuerpo de la persona, fue reemplazado por la policía por un sistema alternativo, dirigido a soslayar posibles afectaciones de derechos fundamentales mediante la intervención directa, teniendo en cuenta, además, que con frecuencia la persona no facilita de manera voluntaria material genético suyo para la realización del cotejo, por lo que se optó por obtener la muestra indubitada del ámbito de dominio del afectado, muestra que se denomina "externa" o "abandonada", como los esputos, colillas o restos de saliva en un vaso<sup>725</sup>.

HAZÁN destaca ventajas y desventajas de la vía indirecta al referir que, por ejemplo, un allanamiento no afecta la integridad física o psíquica ni la salud, la persona no es objeto ni sujeto de prueba y no se requiere su colaboración, pero el vínculo con el material recolectado

---

<sup>724</sup> GÓMEZ COLOMER, "Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: el análisis de ADN", cit., págs. 23-67; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, "Reflexiones sobre las bases científicas de la parte general del derecho jurisdiccional", en *Justicia. Revista de derecho procesal*, nº 3, Bosch, Barcelona, 1989, págs. 569-596.

<sup>725</sup> LIBANO BERISTAIN, Arantza, "Obtención (coactiva) de perfiles genéticos de condenados con fines de inclusión en la base de datos policial de ADN", en *Nuevos horizontes del derecho procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Mar Jimeno Bulnes - Julio Pérez Gil coordinadores, Bosch, Barcelona, 2016, p. 704.

será más débil y la falta de capacitación de las fuerzas de seguridad en la materia y los peligros de una cadena de custodia defectuosa podrían generar inconvenientes<sup>726</sup>. La primera afirmación (menor vulneración de derechos fundamentales) es correcta y se comparte. La segunda no aplica en todos los casos ni *a priori*, el cabello obtenido del cepillo que utiliza la persona en cuestión puede generar la misma certeza que aquel obtenido directamente de su cuerpo. Por otra parte, la falta de capacitación de la policía y los peligros de la cadena de custodia son aspectos de orden general que afectan la recogida de indicios de la comisión de un delito en su totalidad.

Por ello, las condiciones de fiabilidad pueden cumplirse y considerarse sin fisuras en la recolección de vestigios por fuera del cuerpo del imputado, en tanto en el proceso penal rige el sistema de la sana crítica racional como criterio de valoración de la prueba (arts. 241, 263 inc. 4º y 398 del CPPN y 10 del CPPF)<sup>727</sup>. Nada de dubitado tiene un

---

<sup>726</sup> HAZÁN, "Los análisis genéticos después del fallo "Vázquez Ferrá" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", cit., págs. 102-103. CHAVES MORA, Alicia, "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo nº 75/2016, de 10 de febrero, y el valor de la prueba de ADN", en *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, nº 10, segundo trimestre, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2017, págs. 357-358, advierte sobre "*la temeridad que subyace en España ante la valoración de las pruebas de ADN*", pues se trata de un tipo de prueba "*para cuya interpretación se requieren conocimientos científicos amplísimos... por lo que sería óptimo no sólo informar el resultado final, sino todo el proceso desde la toma de la muestra, para que la pericial no sea una simple opinión de un experto sino una evidencia científica, esto es, conclusiones cuya incertidumbre pueda calcularse objetivamente*".

<sup>727</sup> La sana crítica, como bien apunta SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, "La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Joan Picó i Junoy director, Juan Antonio Andino López y Elisabet Cerrato Guri coordinadores, Bosch, Barcelona, 2020, p. 72, y en lo que aquí interesa, se extiende a la valoración de la prueba pericial en función de los razonamientos expuestos en el dictamen, de la

vaso del que ha bebido el sospechoso o un gorro que ha usado y dejado con restos de cabello, y así con tantos otros ejemplos posibles. Se trata, en todo caso, de certeza en la fase de relevamiento y levantamiento<sup>728</sup>.

Como puede apreciarse, la búsqueda de material o restos por otros medios debe asentarse en las mismas exigencias que habilitan la intervención corporal: sospecha suficiente sobre la existencia del delito y su posible autor, motivos para disponer la medida y cumplimiento de las formas y de la justificación para invadir derechos fundamentales, en este caso, distintos del cuerpo del imputado, aunque también vinculados a la intimidad y la privacidad (allanamientos, registros de vehículos, secuestros, etc.)<sup>729</sup>.

En el marco de la investigación, el motivo para ordenar la diligencia radicará en el hallazgo previo de un material dubitado que reclame, por su pertinencia y utilidad para la averiguación de la verdad, una muestra indubitada para cotejo<sup>730</sup>. La sospecha debe exigirse a fin

---

competencia profesional del perito, de las circunstancias que permitan cuestionar su objetividad, del examen sobre el método utilizado, de los instrumentos empleados para su elaboración y del principio de la mayoría coincidente.

<sup>728</sup> REVERÓN PALENZUELA, Benito, "La nueva Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales", en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n° 29, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 105-106.

<sup>729</sup> En similar sentido, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, "Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba de ADN en el proceso penal (o sobre la competencia legislativa de la Sala Segunda del Tribunal Supremo)", en *Revista Penal*, n° 18, La Ley, Madrid, 2006, p. 52.

<sup>730</sup> En cuanto al cotejo, señala GÓMEZ COLOMER, "Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: el análisis de ADN", cit., p. 25, que, según la literatura científica, con la prueba de ADN se procede a la valoración probabilística de la coincidencia de perfiles (Teorema de Bayes), de forma que la no coincidencia permite descartar que la muestra pertenezca al sospechoso, mientras que su coincidencia permite, con un

de evitar potenciales acciones policiales por fuera de una investigación<sup>731</sup>. De allí la importancia de admitir la toma alternativa de muestras únicamente si se verifican las condiciones antes señaladas<sup>732</sup>.

La STS 179/2006, del 14 de febrero de 2006, destacó que ni la autoridad judicial ni la policial que investiga a sus órdenes deben pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones cuando, como en el caso, correspondía recolectar colillas arrojadas a la vía pública, en tanto se convirtieron en *res nullius*. Por el contrario, si el material debe obtenerse del cuerpo del sospechoso o invadiendo otros derechos fundamentales, entonces deberá requerirse la respectiva autorización judicial<sup>733</sup>.

Valgan las siguientes aclaraciones. En primer lugar, es cierto que la policía puede actuar sin orden judicial para proceder respecto de restos arrojados o tirados por el sospechoso, pero no en cualquier hipótesis, sino solo (y excepcionalmente) cuando hubiera motivos suficientes de delito y participación, existiera un vínculo de utilidad y pertinencia de ese material para la investigación y se diera una situación de necesidad y urgencia que permitiera prescindir de la autorización

---

altísimo grado de probabilidades, atribuírsela. PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 107, explica con sencillez: “[p]ara poder identificar mediante el ADN, hemos de contrastar dos muestras de material genético”.

<sup>731</sup> ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 13-14.

<sup>732</sup> Las que pueden resumirse, según lo expuesto, en sospecha, motivos y respeto por los derechos fundamentales.

<sup>733</sup> Los efectos de las SSTS 1311/2005 y 179/2006 son considerados inclusive en el ámbito deportivo, véase BURGOS GARRIDO, Belén, “La extracción del perfil genético de los deportistas como prueba en la investigación del delito de dopaje”, en *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, Ignacio F. Benítez Ortúzar coordinador, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 416-417.

jurisdiccional (arts. 184 incisos 4º y 5º del CPPN y 96 incisos “c”, “d”, “f” y “l” del CPPF)<sup>734</sup>. En segundo lugar, la recolección en sí misma del material que pudiera develar información confidencial o ser utilizado sin un curso de investigación formal también afecta derechos fundamentales, los que deben ser considerados en toda intervención policial o judicial, aun si se tratara de restos arrojados o abandonados, pues los principios de legalidad, proporcionalidad, necesidad y adecuación aplican en todos los casos. De lo contrario, como antes se indicó, el actuar absoluto de la policía o “a la pesca” no solo será inválido sino que importará un claro peligro para la vida en libertad, en otras palabras, para una vida sin intromisiones estatales arbitrarias (arts. 18 y 19 de la CN)<sup>735</sup>.

### **8.3.2. Jurisprudencia sobre toma subrepticia de vestigios**

---

<sup>734</sup> CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “Garantías procesales para la obtención de muestras de ADN (a propósito de la STS de 19 de 4 de 2005)”, en *Revista Penal*, nº 16, La Ley, Madrid, 2005, p. 40, afirma: “[l]a regla general acerca del estímulo judicial de la recogida de vestigios y huellas es sabido que admite la excepción de su práctica por la Policía Judicial cuando se acrediten razones de urgencia”.

<sup>735</sup> CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “La investigación policial sin control judicial como integrante de la expresión típica “mediando causa por delito” (arts. 534 a 536 del Código Penal)”, en *Revista Penal*, nº 24, La Ley, Madrid, 2009, p. 50. La actuación “a la pesca” resulta compatible con la modalidad referida por PORTILLA CONTRERAS, “Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros “entretenimientos” de la libertad. Una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en materia de libertad y seguridad personal”, cit., págs. 18-19, en cuanto se trata de un “instrumento de uso discrecional en el marco de una operación policial de muestreo”.

Considerando circunstancias que pueden presentarse en la práctica, algunos casos tratados por la jurisprudencia española aportan información de interés.

Así, la STS 1311/2005<sup>736</sup>, del 14 de octubre de 2005, consideró que, en el caso, la obtención de muestras corporales no se había realizado en forma directa sobre el sospechoso, sino mediante una toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal. Por ende, no resultó necesaria una orden judicial para la injerencia. Los restos de saliva escupidos se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso, pero obtenido de forma totalmente inesperada. CORTÉS BECHIARELLI, con quien coincido, enmarca correctamente tal resolución, al afirmar que *"la obtención de restos corporales como consecuencia de su abandono por el sujeto investigado no es un acto tan banal como declara la STS 14-10-2005"*<sup>737</sup>.

En el supuesto de la STS 355/2006<sup>738</sup>, del 20 de marzo de 2006, se procedió a una toma de muestras sin garantía alguna ni control judicial, en tanto un funcionario de la policía que seguía al recurrente

---

<sup>736</sup> STS 1311/2005, RC 739/2005, del 14 de octubre de 2005, ponente José Antonio Martín Pallín. Se trata de casos donde la toma de muestras se produce *"por puro azar y de forma inesperada... El problema surge porque esta recogida de muestras de manera indirecta, subrepticia, etc. no está prevista en la regulación legal, constituye una especie de tercer género entre la recogida de muestras dubitadas e indubitadas..."*, REVERÓN PALENZUELA, "La nueva Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales", cit., p. 105.

<sup>737</sup> CORTÉS BECHIARELLI, "Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba de ADN en el proceso penal (o sobre la competencia legislativa de la Sala Segunda del Tribunal Supremo)", cit., p. 48.

<sup>738</sup> STS 355/2006, RC 1352/2005, del 20 de marzo de 2006, ponente Carlos Granados Pérez.

por la calle, cuando le vio escupir, recogió el esputo del suelo sin que conste como se enumeró la muestra, ni a quién se remitió, ni quién la envió al equipo técnico que realizó la prueba. Con referencia a la citada STS 1311/2005, el tribunal sostuvo que se trató de una muestra obtenida subrepticamente y que la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.

Cabe agregar que la condición de sospechosa de la persona y la pertinencia y utilidad de tales vestigios resultan requisitos de validez de la recolección<sup>739</sup>. Además, que no sea necesario solicitar la respectiva orden judicial no significa que la policía pueda actuar sin motivos suficientes.

Por su parte, la STS 1267/2006<sup>740</sup>, del 20 de diciembre de 2006, acepta también que la policía judicial pueda recoger material genético o muestras abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial. En el caso se incautaron tres sobres manuscritos que contenían textos amenazantes y una colilla de tabaco con restos biológicos, sobre los que la policía científica determinó una identidad genética<sup>741</sup>.

---

<sup>739</sup> CORTÉS BECHIARELLI, "Garantías procesales para la obtención de muestras de ADN (a propósito de la STS de 19 de 4 de 2005)", cit., p. 41, expone que "*no habrían de permitirse intervenciones prospectivas anteriores a la situación procesal de imputado... Atiende esta premisa a la preexistencia de una infracción criminal que ha dejado restos o vestigios cuya eficacia se supedita a su comparación con los ordenados por el Juez de instrucción una vez que se ha imputado al sospechoso*".

<sup>740</sup> STS 1267/2006, RC 1352/2006, del 20 de diciembre de 2006, ponente Diego Ramos Gancedo.

<sup>741</sup> Lo mismo aplica para la STS 1367/2011, RC 11088/2011, del 20 de diciembre de 2011, ponente Francisco Monterde Ferrer, que admitió como prueba el material genético hallado en la ropa interior de la víctima, aportado por esta a su abogado y luego por este a la justicia.

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS<sup>742</sup>, del 31 de enero 2006, consideró que *"la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial"*<sup>743</sup>. Como remarca CORTÉS BECHIARELLI al referirse a dicho Acuerdo, *"basta con ser sospechoso de la comisión de un delito para que la Policía Judicial pueda ir recogiendo por doquier sus restos genéticos o biológicos"*, para luego considerar que dichas prácticas se realizan en *"condiciones rayanas en la clandestinidad"*<sup>744</sup>.

Más recientemente, la STS 542/2020<sup>745</sup>, del 23 de octubre de 2020, ratifica aquella doctrina distinguiendo diversos supuestos. En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la policía, por propia iniciativa, podrá recogerlos, adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que, pudiendo pertenecer a la víctima, se hallaran en objetos personales del

---

<sup>742</sup> MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, "¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-02 (2008), p. 25.

<sup>743</sup> CORDERO PÉREZ, José Carlos – CONDE COLMENERO, Pilar, "Revisión jurídica de la prueba pericial en España. De la primera acreditación de ADN al Tratado de Prüm", cit., p. 19, destacan que, en función del referido Acuerdo del 31 de enero de 2006, *"será válida una prueba de ADN obtenida de fluidos o restos biológicos arrojados o abandonados por una persona sospechosa de la comisión de un delito (saliva, colillas, prendas de ropa) recogidos por la Policía Judicial sin orden judicial"*.

<sup>744</sup> CORTÉS BECHIARELLI, "Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba de ADN en el proceso penal (o sobre la competencia legislativa de la Sala Segunda del Tribunal Supremo)", cit., págs. 49 y 51.

<sup>745</sup> STS 542/2020, RC 10056/2020, del 23 de octubre de 2020, ponente Andrés Palomo del Arco, con cita y referencias a la STS 685/2010, RC 558/2010, del 7 de julio de 2010, ponente Manuel Marchena Gómez.



acusado. Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiriera un acto de intervención corporal y, por lo tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de este actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará de asistencia letrada. Esta garantía no será exigible a un detenido cuando la toma de muestras se obtuviera, no a partir de un acto de intervención que reclamara el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el mismo. En aquellas ocasiones en las que la policía no cuente con la colaboración del acusado o este 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<sup>746</sup>.

Por su parte, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS en materia de toma de pruebas de ADN en sede policial, del 24 de septiembre de 2014, determinó que si la persona a la que se le solicita se encuentra privada de su libertad en sede policial, solo habrá dos formas de conseguir la muestra indubitada<sup>747</sup>. En primer lugar, mediante

---

<sup>746</sup> Este criterio fue sostenido, entre otras, en las SSTS 948/2013, del 10 de diciembre de 2013, 709/2013, del 10 de octubre de 2013, y 10/2017, del 19 de enero de 2017; véase DE AGUILAR GUALDA, *La prueba en el proceso penal. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., págs. 38-39.

<sup>747</sup> Explican SOLETO MUÑOZ, Helena – ARNÁIZ SERRANO, Amaya, “Prólogo”, en *El análisis genético forense en el proceso penal español*, de Juan Manuel Alcoceba

su consentimiento, que deberá manifestarse ante letrado y que —para su validez— deberá ser libre, no coaccionado y expreso. En segundo lugar, en caso de que la persona detenida se niegue a colaborar, su consentimiento podrá ser sustituido mediante resolución judicial motivada. Puede parecer paradójico, puntualiza Aintzane MARDARAS AGINAKO, que el TS *"eleve el nivel de garantías aplicables en la materia, poco tiempo después de que el Tribunal Constitucional las haya interpretado a la baja"*<sup>748</sup>. Tal referencia se vincula con el Pleno del TC 199/2013, del 5 de diciembre de 2013<sup>749</sup>.

Una postura crítica presenta CORTÉS BECHIARELLI respecto de los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional del TS del 31 de enero 2006 y del 24 de septiembre de 2014: *"[l]a toma de muestras para la realización de la prueba indubitada de ADN debe realizarse bajo exclusivo control judicial por comprometerse en todo caso el derecho fundamental a la*

---

Gil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 16, que *"se diferencia entre cuando estas (las muestras) son dubitadas e indubitadas, pues en el primero de los casos no se produce afectación inicial a derecho alguno... Respecto de las muestras indubitadas, la cuestión es mucho más compleja, no solo por producirse afectación a derechos como la intimidad, sino por la amplia gama de posibilidades a las que da lugar"*. CORDERO PÉREZ, José Carlos – CONDE COLMENERO, Pilar, "Revisión jurídica de la prueba pericial en España. De la primera acreditación de ADN al Tratado de Prüm", cit., p. 17.

<sup>748</sup> El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS del 24 de septiembre de 2014 resolvió: *"La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial. Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción"*.

<sup>749</sup> STC 199/2013, BOE nº 7, del 8 de enero de 2014. Siguieron dicha línea las SSTC 13/2014, del 30 de enero de 2014, 14/2014, del 30 de enero de 2014, 15/2014, del 30 de enero de 2014, 16/2014, del 30 de enero de 2014, 23/2014, del 13 de febrero de 2014, y 43/2014, del 27 de marzo de 2014.

*intimidad del investigado. Así lo dispone el art. 363.2 LECrim, introducido por la LO 15/2003, que no prevé excepción alguna a ese régimen. Se trata de una norma posterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1978. No cabe oponer de contrario el art. 282 LECrim, precepto preconstitucional —data de 1882— que entraría en aparente conflicto con una ley orgánica, porque de una parte, en nada puede desdecir la letra del art. 363.2 por elementales razones históricas y de coherencia legislativa y, de otra, nunca habilitaría para la toma de muestras subrepticias, como propone y tolera determinada jurisprudencia*<sup>750</sup>.

En similar sentido se manifiesta Arantza LIBANO BERISTAIN, quien señala: *"debemos exigir también en estos casos en que la muestra reviste la categoría de "externa" —por no haber sido necesaria la toma directa del cuerpo del sospechoso—, intervención judicial motivada, que autorice la recogida, al objeto de practicar después la diligencia de ADN*<sup>751</sup>.

Como referencia, valga traer la opinión de ETXEBERRÍA GURIDI respecto del modelo francés: *"[e]n nuestra opinión, la generosa atribución de facultades a los oficiales de la policía judicial para proceder a la extracción de muestras biológicas quiebra una consolidada tendencia en Europa continental donde se reserva, por regla general, al*

---

<sup>750</sup> CORTÉS BECHIARELLI, "Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba de ADN en el proceso penal (o sobre la competencia legislativa de la Sala Segunda del Tribunal Supremo)", cit., p. 54.

<sup>751</sup> LIBANO BERISTAIN, Arantza, "La intervención judicial en la prueba de ADN (Comentario a las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 501/2005, de 19 de abril de 2005 y nº 1311/2005, de 14 de octubre de 2005)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, nº 23, Dykinson, Madrid, 2005, p. 207.

*Juez ordenar la medida de intervención corporal por su implicación en los derechos fundamentales del individuo*<sup>752</sup>.

Cabe recordar que en Argentina la actuación policial de oficio en situaciones de necesidad y urgencia equivale, en cuanto a sus efectos, a las medidas cumplidas mediando orden previa de autoridad competente (arts. 184 incisos 4º y 5º del CPPN y 96 incisos "c", "d", "f" y "l" del CPPF)<sup>753</sup>. Sin embargo, compartiendo la posición de CORTÉS BECHIARELLI sobre el punto, dicha labor debe encontrarse sometida a un estricto control judicial, cuya observancia determinará la legalidad del respectivo procedimiento<sup>754</sup>.

---

<sup>752</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, "Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas (Parte II)", cit., p. 112.

<sup>753</sup> Según expone REVERÓN PALENZUELA, "La nueva Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales", cit., p. 108, similar mecanismo opera en Alemania, pues el § 81 de la StPO, según reforma de 2005, requiere "*orden judicial para la extracción en los casos de falta de consentimiento del imputado, salvo en los casos de peligro en el que lo podrá ordenar el Ministerio Fiscal y el personal investigador dependiente del mismo*". En Francia, según informa ETXEBERRÍA GURIDI, "Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas (Parte II)", cit., p. 111, "[l]a Ley n° 2003-239, para la seguridad interior, faculta sin ningún empacho al oficial de la policía judicial para ordenar la extracción de muestras biológicas para diversas finalidades, no exclusivamente para la realización de análisis de ADN".

<sup>754</sup> El art. 56 inc. "a" del CPPF es claro cuando establece que los jueces con funciones de garantías serán competentes para ejercer el control de los actos de la investigación. REVERÓN PALENZUELA, "La nueva Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales", cit., p. 105, tachando de incorrecta la solución del Pleno del TS del 31 de enero de 2006, puntualiza que la policía puede estar legitimada para recoger muestras más allá de aquellas abandonadas, "*sobre todo en los casos en que concurren peligros en relación con la pérdida o riesgos de contaminación de las mismas*".

### 8.3.3. Material entregado en ámbitos ajenos a la investigación

Otra de las aristas que presenta la vía indirecta se relaciona con la obtención de muestras que se entregaron, brindaron o consintieron con otros fines (análisis de laboratorio, historia clínica en un hospital, alcoholemia en el marco de infracciones de tránsito, prendas en un lavadero, vehículo en un taller mecánico, etc.), e inclusive en otro proceso, siempre y cuando no se trate de bases de datos universales destinadas a propósitos de investigación criminal, cargadas legalmente en función de una norma específica o con la anuencia del interesado<sup>755</sup>.

Aquí nos ocupa la problemática del material entregado voluntariamente y no la de aquel dejado o abandonado (voluntaria o involuntariamente), sea o no consecuencia del delito<sup>756</sup>, como, por ejemplo, un pañuelo descartable tirado a la basura, un vaso utilizado, cabellos desprendidos que han quedado en una almohada o en la ducha, semen en las sábanas, sangre de una herida que ha goteado y caído al

---

<sup>755</sup> QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, "La prueba de ADN en los procesos de filiación", en *Anuario de derecho civil*, volumen 58, n° 2, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005, p. 565; GUERRERO MORENO, Álvaro Alfonso, "La regulación de los datos genéticos y las bases de datos de ADN", en *Criterio Jurídico*, volumen 8, n° 2, Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana, Cali, 2008, p. 242; ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, "Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas (Parte I)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n° 19, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 122-125.

<sup>756</sup> Véase la STS 1367/2011, RC 11088/2011, del 20 de diciembre de 2011, ponente Francisco Monterde Ferrer, que admitió como prueba el material genético hallado en la ropa interior de la víctima, aportado por esta a su abogado y luego por este a la justicia.

suelo o huellas en el vidrio de una ventana, por citar algunos ejemplos<sup>757</sup>.

En estas hipótesis, la intervención ocasional de los particulares no se rige por las exigencias rituales que conciernen a los funcionarios públicos<sup>758</sup>, es decir, la necesidad de una sospecha, los motivos para proceder y justificar la injerencia, el respeto por los derechos fundamentales y el cumplimiento de las formas específicas establecidas para la realización de los actos jurisdiccionales. Por lo tanto, si un empleado de una tintorería recibe una camisa con manchas de sangre de alguien que ha visto en los medios de comunicación, presentado como un posible asesino, y decide llevarlas a la policía, no habrá a su respecto requisito alguno en torno a la legitimidad de la entrega. Y tampoco en relación a la recepción policial, en tanto no constituye acto prohibido alguno, sino tan solo un hallazgo que debe ser relevado y resguardado en clave de investigación. En definitiva, para los particulares, siempre que no actúen en connivencia con un funcionario público, no incide el conocimiento previo que pudieran tener del potencial destino del material y de su utilidad en un proceso penal.

Distinto es el supuesto del levantamiento o recolección de la muestra por parte de un funcionario público. En este caso solo tendrá validez si, como se explicó, hubiera sospecha acerca de la comisión de

---

<sup>757</sup> Para ETXEBERRÍA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., p. 304, "[o]tra modalidad de obtención subrepticia puede darse cuando se pretenden aprovechar en el ámbito del proceso penal, y para la realización de análisis de ADN, muestras voluntariamente aportadas pero para finalidades diversas, por ejemplo, con finalidad médica".

<sup>758</sup> El funcionario público al que se hace referencia es aquel vinculado y con funciones en el ámbito de la persecución penal, esto es, y dependiendo del modelo de enjuiciamiento (mixto o acusatorio), la policía, el fiscal y, en todo caso, el juez de instrucción (arts. 77, 248 y 274 del CP, 5, 65, 68, 183 y 184 del CPPN y 25, 90 y 96 del CPPF).

un delito y orden judicial que habilite la recogida de la muestra. Excepcionalmente, por peligro de pérdida de la muestra en base a la demora, la policía podrá proceder justificando la actuación de oficio.

Por el contrario, si al momento de una extracción de sangre con una finalidad absolutamente ajena al proceso penal o de una espiración de aire para una prueba de alcoholemia por una infracción de tránsito, la persona encargada o el funcionario interviniente supieran que esa muestra (sangre o fluidos) será remitida a un proceso penal y actuaran engañando a la persona por no concurrir las condiciones para proceder y omitiendo informarle al respecto para que pueda consentir libre y voluntariamente, entonces la obtención y los actos consecuentes serán nulos<sup>759</sup>.

En este sentido, María Isabel HUERTAS MARTÍN se manifiesta en contra de la recogida de muestras que hubieran sido entregadas voluntariamente con otros fines<sup>760</sup>. Sin embargo, se trata de una medida no solo menos invasiva, sino compatible con cualquier otro registro no personal que pudiera derivar en un secuestro de utilidad para la investigación, como, por ejemplo, un allanamiento a un laboratorio de análisis clínicos, a una peluquería, tintorería o a cualquier comercio de reparación (que pudieran tener restos o huellas de interés). Si es posible allanar la morada de la persona imputada y secuestrar material genético

---

<sup>759</sup> MORENO VERDEJO, "Algunos problemas de la identificación penal a través de la prueba pericial de ADN: ámbito, asistencia letrada y empleo de fuerza", cit., p. 143, al referirse al borrador del Código Procesal Penal español de 2013, señala que el inc. 3º del art. 288 permite la obtención de vestigios abandonados, pero no bajo engaño, sino, como aquí se propone para el medio argentino, con orden judicial o de oficio por la policía en situaciones de necesidad y urgencia.

<sup>760</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 410.

o de otro tipo, con igual razón podrá registrarse cualquier otro lugar que no constituya su domicilio, en cuyo interior pudieran hallarse elementos pertinentes para el proceso<sup>761</sup>.

Por último, cabe preguntarse si la prueba de alcoholemia consentida para un control de tránsito puede luego utilizarse en contra de esa misma persona en un proceso penal. Mi respuesta es afirmativa, siempre que hubiera orden judicial fundada y se cumplieran las demás exigencias para disponer la remisión del material o de los resultados del peritaje al proceso pertinente<sup>762</sup>. Del mismo modo que un juez puede recoger muestras o evidencias del domicilio del imputado o de un laboratorio de análisis clínicos, también puede pedir las de otro organismo u oficina pública.

En conclusión, cabe afirmar la posibilidad de intervenir e incautar todo material o vestigio entregado voluntariamente por el sujeto pasivo por fuera de la investigación.

#### **8.3.4. Incautación de material ingerido o retenido por el imputado**

---

<sup>761</sup> También MORA SÁNCHEZ, "La posible adecuación típica de algunas de las actuaciones necesarias para la identificación criminal a través de la huella genética: su eventual justificación", cit., p. 389, considera que, previa autorización judicial, las muestras biológicas de personas sometidas a un procedimiento criminal o sospechosas de la comisión de un delito "*que hayan sido obtenidas con otros fines, podrán ser sometidas a los análisis de ADN previstos en esta Ley*".

<sup>762</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de derecho procesal penal*, cit., págs. 329-331.



En algunos casos el material en poder del imputado (ingerido, retenido u oculto) es el único disponible y útil para la investigación, sin opción de recuperarlo de otro lugar. Si no se degradara, alterara o desapareciera, entonces la vía alternativa para su recolección será el transcurso del tiempo con la persona ubicada en un lugar sometido a control y vigilancia. Tal incautación podrá realizarse a través de una requisita (elemento retenido por la fuerza o en una cavidad corporal).

Cabe aclarar que el "encierro" de la persona sospechosa de la que quiere obtenerse algún material indispensable para la investigación penal opera dentro de la lógica de las medidas de coerción personal y no como una medida ilegítima tendiente únicamente a recuperar elementos de interés para la investigación, porque se trataría de un encarcelamiento prohibido. La detención se encontrará justificada en el peligro procesal de posible pérdida o adulteración de evidencias<sup>763</sup>.

En el caso "Jalloh c. Alemania" (2006), dada la controversia de la ciencia respecto de la conveniencia de administrar eméticos (vomitivos), por las eventuales consecuencias perjudiciales para la salud, el Estado reemplazó tal procedimiento, previamente ejecutado por la fuerza por agentes policiales, por el encierro del sospechoso hasta la eliminación del material ingerido<sup>764</sup>. El TEDH consideró que, aunque las autoridades

---

<sup>763</sup> Situación contemplada en el entorpecimiento de la investigación o del proceso, arts. 284 inc. 3º y 319 del CPPN y 210, 218 y 222 inc. "a" del CPPF. Esta última norma estipula con claridad: "*Para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se deberá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado: a) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba*".

<sup>764</sup> TEDH, caso "Jalloh c. Alemania", nº 54810/00, sentencia del 11 de julio de 2006, Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional, p. 106. Crítica respecto de dicha sentencia, QUESADA ALCALÁ, Carmen, "Las pruebas obtenidas mediante tortura: ¿válidas en la lucha contra la delincuencia?: Sentencia del TEDH. Asunto Jalloh c. Alemania (Rêquete nº 54810/00), de 11 de julio de 2006", en

no causaron deliberadamente dolores y sufrimientos al demandante imponiéndole la toma del vomitivo, las pruebas se obtuvieron mediante la aplicación de una medida contraria a uno de los derechos fundamentales que garantiza el Convenio<sup>765</sup>.

Al respecto, destaca SÁNCHEZ YLLERA: "*[c]on cita del art. 15 del Convenio ONU contra la Tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, se afirma taxativamente en esta Sentencia tanto el carácter absoluto del derecho... como la prohibición convencional de establecer restricciones al mismo (§ 99) y, a partir de tales consideraciones, ahora desde la perspectiva del derecho a un juicio justo (art. 6 CEDH), el TEDH declara que no pueden ser utilizadas para condenar aquellas pruebas que se hayan obtenido mediante este tipo de prácticas (§ 105)*"<sup>766</sup>.

En consecuencia, corresponde destacar que será ilegítimo un encierro destinado exclusivamente a forzar la expulsión, es decir, sin que se encuentre justificada una medida de coerción personal. Ahora, si la detención tuviera como fin evitar riesgos procesales, entonces aquello que el imputado pudiera eliminar o evacuar podrá ser legítimamente secuestrado. El mecanismo en "Jalloh" fue degradante porque el encierro no se fundó en las condiciones legales que lo justifican, sino únicamente en la recuperación del material estupefaciente.

---

*Revista General de Derecho Europeo*, nº 11 (octubre), Iustel, Madrid, 2016 (RI § 405722). Dicho trato fue considerado inhumano y degradante, véase DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 293.

<sup>765</sup> En cuanto al interés público y a la motivación de las medidas, recuérdese lo expuesto por CORCOY BIDASOLO, "Protección penal de la intimidad genética", cit., págs. 94-95.

<sup>766</sup> SÁNCHEZ YLLERA, "La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", cit., págs. 238-239.

La detención legítima dificultará, aunque en algunos casos no impedirá, toda alteración o destrucción de aquella prueba que pretendiera secuestrarse y que el sujeto pasivo hubiera retenido mediante resistencia; presentándose así como una opción al uso de la fuerza<sup>767</sup>.

Ese tipo de espera, como cualquier otra de similar naturaleza (dispositivos en cloacas para recuperar restos o en cañerías o inclusive en la basura), será legítimo en tanto concurren las circunstancias que autorizan la incautación.

Como bien señala Montserrat DE HOYOS SANCHO, hoy en día, ante la negativa del sospechoso de prestar muestras orgánicas, la policía prefiere evitar el uso de la fuerza a tal fin, y con ello la obtención de pruebas vulnerando garantías constitucionales, y optar *"por esperar a que el sospechoso, bien en un interrogatorio o bien durante el período de detención, "abandone" una muestra o fluido orgánico que diligentemente será recogido por el funcionario de Policía y que será remitido para su análisis como muestra indubitada a los laboratorios acreditados, con pleno control y constancia de la cadena de custodia —en ocasiones incluso se habrá grabado en vídeo tal "abandono" para en su caso certificar que la muestra obtenida corresponde al sospechoso indicado—"*<sup>768</sup>.

---

<sup>767</sup> SÁNCHEZ YLLERA, "La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", cit., p. 240.

<sup>768</sup> DE HOYOS SANCHO, "Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", cit., p. 106, quien ofrece, en nota al pie, los siguientes ejemplos: *"beberá agua y se podrá recoger saliva del vaso que utilice, se acostará a descansar y se le desprenderán cabellos, fumará y dejará saliva en la colilla, se cambiará el apósito que le cubre una herida, etc."*.

Bajo tales condiciones, se mantiene una postura contraria al uso de la fuerza y se propone una alternativa viable y legítima, en tanto podrá procederse a la recogida del material de interés con carácter indubitado, pues el imputado detenido por razones de peligro procesal, en el caso, se encontrará circundado por medidas que permitirán alcanzar el propósito buscado (dispositivos de contención en sanitarios, cámaras de seguridad que no afecten su intimidad, visitas restringidas, etc.).

#### **8.3.5. Búsqueda de vestigios del delito en supuestos de estado de inconsciencia del imputado**

La ejecución de una medida tendiente a incautar vestigios o restos del cuerpo del imputado puede realizarse aun si este se encontrara en estado de inconsciencia, es decir, sin capacidad psíquica para consentir. En tal situación, dada la decisión legítima de proceder, judicial o policial, el consentimiento no es requerido, pues se encontrará sustituido por la autorización judicial o por la actuación policial en hipótesis de urgencia. Por ejemplo, si luego de un homicidio culposo, en el contexto del tránsito vial, el conductor se encontrara en coma o desvanecido en el hospital y hubiera motivos para una extracción de sangre, a fin de determinar el grado de alcohol, y si tales motivos alcanzaran el grado de convicción suficiente, deberá procederse, con independencia de su consentimiento, siempre que hubiera una orden judicial que autorizara la intromisión. Del mismo modo, si hubiera que secuestrar prendas del conductor que ha quedado inconsciente (útiles porque presentan

vestigios de vidrios rotos, sangre o rasgaduras compatibles con la mecánica del hecho). La urgencia para realizar la diligencia se encuentra relacionada con el tiempo de inconsciencia que pudiera pronosticarse respecto del imputado, de modo que, como regla general, deberá esperarse hasta que este recupere la consciencia y únicamente en aquellos supuestos en los que la incautación no pueda demorarse más podrá procederse a practicar la diligencia de que se trate mientras la persona sospechosa permanezca inconsciente.

Refiere María Ángeles PÉREZ MARÍN que *"los órganos judiciales autorizan la extracción de sangre de una persona inconsciente con objeto de realizar análisis cuyos resultados serán posteriormente introducidos y utilizados en la investigación de los hechos, siendo imprescindible en este caso, como mínimo, la existencia de un motivo que lo justifique, así como una resolución judicial que lo autorice expresamente"*<sup>769</sup>.

El sujeto pasivo, en tales hipótesis, opera como objeto de prueba, lo que permite obviar su consentimiento<sup>770</sup>. Su dignidad no se vulnera (en el momento de la decisión), ya que podría procederse de igual modo aun si estuviera consciente, claro está, siempre que la diligencia se realizara respetando su integridad física, su salud y su dignidad (en el momento de la ejecución)<sup>771</sup>. Así lo destaca GÓMEZ AMIGO, refiriéndose al

---

<sup>769</sup> PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 155.

<sup>770</sup> ROJAS – GARCÍA, "Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad", cit., p. 201.

<sup>771</sup> QUIROGA CORTI, "El imputado como objeto de prueba. Intervenciones, registros e inspecciones corporales en el proceso penal argentino", cit., p. 373.

uso de la fuerza, añadiendo que debe ser proporcional en el caso concreto, tanto al disponerse la intromisión como al ejecutarla<sup>772</sup>.

En definitiva, el elemento esencial radica en la justificación de la medida y no en el consentimiento, pues este no podría reemplazar la falta de fundamentación. El consentimiento de una persona sobre la que no existe sospecha alguna derivaría en un acto inválido, por injustificado. Pero, a su vez, la ausencia de consentimiento cuando hubiera fundamentos para proceder no invalida la intervención, ni aun cuando la persona se hallara en estado de inconsciencia, ya que la orden permite prescindir de su aceptación.

## **9. INDICIO QUE SURGE DE LA NEGATIVA DEL IMPUTADO A LA DILIGENCIA**

Susana Álvarez DE NEYRA KAPPLER considera que nada impide valorar racional y lógicamente la negativa del imputado como un elemento que, conectado con otros, pueda reforzar las conclusiones del juzgador, para lo que deben observarse ciertos requisitos relativos a la prueba. En primer lugar, deben concurrir los requisitos generales de la prueba (posible, lícita, pertinente y necesaria). En segundo término, que esta sea acordada por resolución judicial. En tercer lugar, deberá observarse el principio de proporcionalidad y, finalmente, no se podrá ejercer fuerza física<sup>773</sup>. Y concluye la citada autora destacando que, pese

---

<sup>772</sup> GÓMEZ AMIGO, "La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN", cit., págs. 5-6.

<sup>773</sup> ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, "El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte I)", cit., p. 69.

al dudoso encaje de los indicios en el art. 24 CE, "resulta lógico presumir que quien no quiere desvelar la verdad, algo tiene que ocultar"<sup>774</sup>. Apoyan tal conclusión las premisas de libertad probatoria y sana crítica racional (arts. 241, 263 inc. 4º y 398 del CPPN y 10 del CPPF)<sup>775</sup>. A su vez, el principio de presunción de inocencia (arts. 5.4 y 8.2, primera parte, de la CADH, 14.2 del PIDCP, 11.1 de la DUDH y XXVI de la DADDH), que se vincula al *in dubio pro reo*, entendido como un principio auxiliar que se ofrece al órgano judicial para valorar la prueba, no impide la posibilidad de considerar tal presunción<sup>776</sup>.

Refiere GÓMEZ COLOMER que el proceso penal solo puede dirigirse contra una persona determinada, quien puede querer o no colaborar con la investigación y que el problema se presenta cuando no participa voluntariamente, circunstancia que, dado el alcance del derecho constitucional a no declarar contra sí misma, lleva a evaluar las

---

<sup>774</sup> ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, "El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte I)", cit., págs. 72-73.

<sup>775</sup> Según GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., págs. 35-36, "en el proceso penal debe averiguarse la verdad, y ésta debe realizarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales, el principio procesal de la libertad de prueba se constituye, así, en un dogma, en cuanto el sometimiento a determinadas formas que todo proceso impone no es contrario a esa libertad".

<sup>776</sup> Según MARTÍNEZ GARCÍA, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, cit., p. 25, "[l]a presunción de inocencia constituye el concepto base del proceso penal de corte liberal, inspirador de todas las garantías establecidas en el artículo 24 CE". SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 31-60. NIEVA FENOLL, *Fundamentos de derecho procesal penal*, cit., p. 284. HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 42; LUZÓN CUESTA, *La presunción de inocencia ante la casación*, cit., p. 18.

consecuencias procesales de dicho comportamiento<sup>777</sup>. La primera consecuencia, según la jurisprudencia, consiste en admitir que tal negativa sea valorada por el tribunal como indicio en contra del acusado, a ponderar con las demás pruebas de cargo existentes. Aclara GÓMEZ COLOMER que en ningún caso se obliga a confesar al sospechoso, prohibición protegida por la CE (también por el art. 18 de la CN), lo que constituiría un supuesto claro de prueba ilícitamente obtenida<sup>778</sup>. Pero sí se lo conmina a tolerar, por lo que no se vulnera la CE, porque no se le exige declarar, sino únicamente aceptar una prueba técnica<sup>779</sup>.

Como puede observarse, un indicio incriminatorio derivado de la negativa o resistencia a una injerencia legítima resultará válido desde la lógica del razonamiento y desde la legalidad probatoria, sin que ello implique una condena asegurada, pues tal presunción no será definitiva, sino que acompañará al conjunto de elementos ya

---

<sup>777</sup> Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, aunque constituyan dos cuestiones distintas, configuran garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 285-286.

<sup>778</sup> En Fallos 310:1847, autos caratulados "Ruiz, Roque, s/ hurtos reiterados", resolución del 17 de septiembre de 1987, la CSJN sostuvo: "Que el tribunal ya ha declarado que carecen de validez las manifestaciones que fueron fruto de apremios ilegales, aun cuando hubieran prestado utilidad para la investigación; porque 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. Ello es así, ya que otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no solo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito".

<sup>779</sup> GÓMEZ COLOMER, "Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: el análisis de ADN", cit., págs. 23-67; GÓMEZ COLOMER, "Reflexiones sobre las bases científicas de la parte general del derecho jurisdiccional", cit., págs. 569-596.



existentes<sup>780</sup>. Por lo que podrá apoyar, pero no fundamentar, un cuadro de certeza en aquel sentido<sup>781</sup>. Tal tesis se funda en las siguientes razones.

En primer lugar, las presunciones en contra del imputado derivadas de su propio comportamiento no resultan ajenas al proceso penal. Por ejemplo, haber destruido material probatorio o amenazado a testigos son situaciones que se presentan como indicios de peligro procesal (arts. 284 inc. 3º y 319 del CPPN y 210, 218 y 222 inc. "a" del CPPF). Lo mismo cabe afirmar respecto de las declaraciones espontáneas ante la policía, que operan como indicios que pueden ponderarse con el resto de las evidencias reunidas<sup>782</sup>. En segundo lugar, la reglamentación del art. 18 de la CN establece que la única presunción que no puede valorarse en contra del imputado es la de su responsabilidad (culpabilidad) por haberse negado a declarar (arts. 298 del CPPN y 65 inc. "c" del CPPF); esto es, no puede desconocerse su derecho al silencio o a la pasividad relativa. Ninguna otra conjetura se encuentra prohibida constitucionalmente. En tercer lugar, nuestra CN no impide que el imputado declare en calidad de testigo<sup>783</sup>. En este sentido,

---

<sup>780</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 476.

<sup>781</sup> CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, cit., p. 138.

<sup>782</sup> CSJN, Fallos 315:2505 ("Cabral"), 317:241 ("Jofré"), 317:956 ("Schettini") y 330:3801 ("Minaglia"). DE AGUILAR GUALDA, *La prueba en el proceso penal. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 34, señala, luego de referir que las declaraciones obrantes en los atestados policiales no tienen valor de cargo, que tal criterio no significa, no obstante, negar eficacia probatoria potencial a cualquier diligencia policial reflejada en el atestado.

<sup>783</sup> En EEUU, con un sistema constitucional semejante al argentino y con jurisprudencia de su máximo tribunal históricamente citada y aplicada por la CSJN, un análisis de la Quinta Enmienda establece que no se afecta la prohibición de autoincriminación por reglamentar la declaración del imputado

conviene añadir que Argentina cuenta con un antecedente reciente en la materia: el art. 276 bis del CP, que sanciona con penas severas de prisión al arrepentido que maliciosamente brindare información falsa o datos inexactos. Y el arrepentido es un imputado, un imputado que deberá ir a prisión si miente. Tan es así que dicho artículo se inserta en el capítulo titulado "Falso testimonio"<sup>784</sup>.

En cuarto lugar, cabe afirmar que el sistema de la prueba tasada o legal ha cedido su espacio al de la sana crítica racional (arts. 241, 263 inc. 4º y 398 del CPPN y 10 del CPPF). Tal cambio de paradigma implica reconsiderar la utilidad de ciertas categorías probatorias (medio de prueba, instrumento de prueba, prueba irreproducible, etc.), pues los jueces deben dar explicación del razonamiento lógico que ha derivado en su decisión, sin necesidad de atarse a concepciones o clasificaciones preestablecidas. El destierro de la prueba tasada debería determinar la construcción de las resoluciones en base a indicios, inclusive los peritajes de ADN arrojan resultados de probabilidad, constituyéndose en un indicio más a ponderar<sup>785</sup>.

---

en calidad de testigo, al respecto, véase VON BERNATH, Javier Wilenmann, "El tratamiento del autofavorecimiento del imputado. Sobre las consecuencias sustantivas del principio de no autoincriminación", en *Revista de Derecho*, Sección "Estudios", año 23, nº 1, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 2016, p. 131. Sobre los alcances de la Quinta Enmienda y del principio "Due Process of Law", ver GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, "Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: pros y contras del modelo", en *Revista Penal*, nº 20, La Ley, Madrid, 2007, págs. 79-81.

<sup>784</sup> CP, Libro II ("De los delitos"), Título XI ("Delitos contra la Administración Pública"), Capítulo XII ("Falso testimonio").

<sup>785</sup> Crítico respecto de actuales manifestaciones que deben ser abolidas, NIEVA FENOLL, Jordi, "La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba", en *Ars Iuris Salamanticensis. Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, volumen 5, nº 1, Ediciones Universidad de Salamanca, junio de 2017, págs. 57-76. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 291. VARGAS ÁVILA, Rodrigo, "La valoración de

En quinto lugar, debe destacarse que el problema no radica solo en la valoración de la evidencia conseguida mediante la injerencia, sino en el modo de valorar el resto de la prueba. Las medidas sobre el cuerpo del imputado proceden únicamente cuando hubiera, como mínimo, un grado suficiente de probabilidad respecto del hecho y de su participación en el mismo, al que se habrá llegado tras ponderar un determinado acervo probatorio. En consecuencia, el resultado de la intromisión incidiría como una evidencia más, aunque complementaria de una sospecha previa y fundada, que fue la que llevó a disponer la medida.

### **9.1. Indicio y valoración con el resto de las evidencias**

María Isabel HUERTAS MARTÍN discrepa con la posición de VARELA AGRELO, quien califica de insatisfactoria una presunción como la referida cuando se base en un indicio único. La autora afirma, acertadamente a mi juicio, que *"esta situación [alude al indicio único] tiene escasas —por no decir ninguna— posibilidades de producirse, dado que el órgano jurisdiccional, para dictar la resolución de adopción de medidas de intervención corporal, habrá de contar ya, en función del principio de proporcionalidad, con algún indicio o indicios de los que pueda derivarse de forma racional una sospecha delictiva por parte del sujeto pasivo de*

---

la prueba de ADN en el proceso penal", en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, volumen 13, n° 25, enero-junio, Bogotá, 2010, págs. 127-146. MONTERO AROCA, Juan *et al.*, *Derecho jurisdiccional. Proceso penal*, t. 3, 10° ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 201.

*la medida*<sup>786</sup>. Por lo tanto, si no fuera posible ejecutar la medida corporal por la oposición del imputado, la ponderación de un indicio desfavorable producto de tal comportamiento no solo no encuentra impedimento legal alguno, sino que se corresponde con una estructura inductiva basada en datos objetivos que permiten construir una inferencia válida. Siendo así, la prueba que hubiese concurrido para cimentar la intromisión se vería reforzada con el indicio derivado de la negativa del imputado, incompatible con el deber de tolerar impuesto por la normativa procesal.

En esta misma línea, debe remarcarse que el eventual resultado positivo de una injerencia corporal será confirmatorio de una hipótesis inicial fundada, sin la cual no podría haberse dispuesto u ordenado la respectiva medida. Si las evidencias previas llevaron a un grado de convicción apto para disponer el registro corporal, entonces la oposición del imputado podrá incidir como otro indicio (uno más) a favor de la incriminación, consistente en inferir afirmando la existencia o posesión de aquello que la medida procuró incautar o descubrir, que no es lo mismo que afirmar que deba ser condenado por resistirse o negarse, sino que las evidencias deben evaluarse y valorarse de modo lógico y en conjunto, propiciando una resolución que exponga el razonamiento y la conclusión alcanzada. Al respecto, afirma María Isabel HUERTAS MARTÍN: *"considero que existen suficientes y relevantes intereses públicos en juego como para que la negativa injustificada del imputado a colaborar, cuando esta colaboración resulta imprescindible, no pueda convertirse*

---

<sup>786</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 413; VARELA AGRELO, José Antonio, "El cuerpo humano como medio de prueba: en especial las intervenciones corporales", en *Revista Xurídica Galega*, nº 10, Asociación Revista Xurídica Galega, Pontevedra, 1995, págs. 261-284.

*en una suerte de refugio de impunidad, por lo que es preciso que el comportamiento injustificadamente obstruccionista del sujeto pasivo del proceso tenga una serie de repercusiones, manifestadas en esta ocasión a través de la valoración que el juzgador realice de su negativa al sometimiento*<sup>787</sup>.

La negativa obstaculizadora debe inclinar la balanza de modo razonable y en conexión con el resto de las evidencias. No se trata de una presunción de culpabilidad por no hacer lo que el imputado pudo hacer en caso de decidirlo (declarar, confeccionar un cuerpo de escritura, etc.), sino por contravenir el deber de tolerar y oponerse a una orden destinada a recuperar evidencias necesarias para la realización del proceso (prueba, verdad y aplicación de la ley penal), en base a una actuación legalmente prevista, legítima y válidamente dispuesta. Se trata de una acción positiva (activa) de negación o resistencia, opuesta al derecho al silencio o a la pasividad relativa. Un indicio en tal sentido no resulta forzado ni artificial cuando se analiza en el marco de las demás evidencias.

ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA también considera que resulta prudente no admitir el sometimiento coactivo a una prueba biológica y sí, por el contrario, valorar la negativa en conjunción con el resto de la prueba reunida<sup>788</sup>. En similar dirección se manifiesta María Isabel HUERTAS MARTÍN, quien señala que *"ante la negativa injustificada del imputado a someterse a una medida de intervención corporal, se derivaría para aquel una desventaja procesal consistente en que dicha conducta pueda*

---

<sup>787</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 411.

<sup>788</sup> ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, César, "El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura", en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1987-3, Madrid, 1987, p. 865.

*ser valorada como indicio de culpabilidad por el órgano judicial sentenciador*"<sup>789</sup>.

MONTERO AROCA *et al.* afirman que las intervenciones requieren del consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, resolución judicial fundada, *"sin que pueda acudir al uso de la fuerza ni siquiera mediando"* orden judicial, y aclaran *"con independencia de que la conducta obstructiva pudiera considerarse indicio inculpatario en conjunción con otras pruebas"*<sup>790</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, es preciso indicar que la STS 151/2010<sup>791</sup>, del 22 de febrero de 2010, consideró que *"[l]a negativa... a someterse a las pruebas de ADN no es un indicio más a sumar a los verdaderos indicios, pero sí puede ser valorada por el órgano decisorio como un elemento que avala la lógica de la inferencia sobre la que se apoya la conclusión de que el recurrente es autor de los delitos imputados. Está fuera de dudas que la declaración de responsabilidad del acusado está respaldada por otros muchos indicios que son expuestos y sistematizados con ejemplar pulcritud por los Jueces de instancia"*<sup>792</sup>.

---

<sup>789</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 410-411, afirma que la negativa por sí misma no puede enervar el principio jurídico de inocencia y debe valorarse en el contexto total de la prueba reunida. Según ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, "El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte I)", cit., p. 73, *"[c]orresponderá a los tribunales apreciar en cada caso si la justificación ofrecida es razonable"*.

<sup>790</sup> MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho jurisdiccional. Proceso penal*, t. 3, cit., p. 204, quienes citan las SSTC 161/1997, del 2 de octubre de 1997, y 234/1997, del 18 de diciembre de 1997.

<sup>791</sup> STS 151/2010, del 22 de febrero de 2010, ponente Manuel Marchena Gómez, RC 2005/2009.

<sup>792</sup> Tal tesis fue seguida, entre otras, por la STS 169/2015, del 13 de marzo de 2015, ponente Manuel Marchena Gómez, RC 1134/2014.

## **9.2. Razonabilidad de la valoración en contra del imputado. Su silencio y la ausencia de explicaciones**

En el sentido hasta aquí expuesto, corresponde preguntarse: ¿debería permanecer inocua la acción del imputado por un presunto delito de abuso sexual que prende fuego la vivienda en la que habrían ocurrido los hechos para deshacerse de prueba incriminatoria allí existente? ¿O la del imputado por una presunta tenencia de estupefacientes que arroja material por el sanitario ante la irrupción policial en un allanamiento? ¿O la del imputado por una presunta defraudación o evasión tributaria que incendia la documentación que la policía estaba a punto de secuestrar? Lo mismo cabe preguntarse respecto de la resistencia con armas de la persona sospechosa ante el ingreso de funcionarios para cumplir con una orden de allanamiento o respecto de la acción del imputado que corroe con ácido sus huellas antes de una medida de cotejo con rastros hallados en el lugar del hecho así como en cuanto a las amenazas del imputado a los testigos para que no lo señalen en una rueda de reconocimiento. Entiendo que en tales supuestos las acciones mencionadas no pueden quedar impunes. Del mismo modo debería procederse, a mi juicio, cuando el imputado se niega o resiste a la ejecución de una injerencia corporal válida en materia probatoria.

ETXEBERRÍA GURIDI se plantea el interrogante sobre el uso de *"la fuerza física en la obtención de muestras corporales procedentes del presunto autor (o incluso de la víctima o familiar) cuando este no*

*consienta o muestre resistencia”, y responde en consonancia con lo resuelto en la STS 107/2003, del 4 de febrero de 2003, que debe respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado. Pero aclara que “[e]llo no significa que la negativa injustificada de la persona al sometimiento carezca de trascendencia probatoria”, apoyándose en dicha sentencia cuando señala que “nada impide valorar racional y lógicamente esa actitud procesal como un elemento que... conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador”<sup>793</sup>.*

Expone CASINO RUBIO que “la primera y principal decisión de la jurisprudencia del TEDH sobre el valor probatorio de cargo del silencio del acusado” fue la sentencia dictada en el caso “John Murray c. Reino Unido”, del 8 de febrero de 1996<sup>794</sup>, afirmando que el derecho a guardar silencio no es absoluto. Así, si bien el silencio del imputado no es por sí mismo suficiente para declarar su culpabilidad, nada impide que, bajo determinadas condiciones y siempre que las circunstancias concurrentes en cada caso reclamen una explicación por su parte, pueda servir eventualmente como corroboración de los elementos de cargo existentes. La posibilidad de extraer consecuencias desfavorables del silencio del acusado no es una obligación del juez, sino una facultad

---

<sup>793</sup> De forma análoga a la STS 151/2010, del 22 de febrero de 2010). Tampoco la LO 10/2007 autoriza el uso de la fuerza a la policía, conforme lo interpretara el TS en sentencia 685/2010, del 7 de julio de 2010, respecto de la Disposición Adicional Tercera. Véase ETXEBERRÍA GURIDI, “Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., págs. 611 y 615.

<sup>794</sup> CASINO RUBIO, Miguel, “Presunción legal de culpabilidad versus prueba indiciaria de la autoría en las infracciones de tráfico”, en *Revista de Administración Pública*, nº 182, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 97.



para la que debe observar: que el imputado haya sido advertido debidamente de las posibles consecuencias de su silencio; que solo un indicio de prueba de cargo suficientemente serio reclame una respuesta convincente, de modo que, en defecto de ese comienzo de prueba, el silencio no puede contribuir a justificar la culpabilidad, y que el órgano judicial motive razonadamente tanto su decisión de extraer conclusiones desfavorables del silencio del acusado como el peso que les concede<sup>795</sup>. Si bien se trata de una postura que se relaciona con la declaración y no con la oposición a una diligencia de investigación, por lo que corresponde trazar nuestra discrepancia, cabe citarla en tanto, si se acepta para la declaración es posible entender que también para el supuesto aquí tratado, es decir, la oposición o resistencia a una injerencia corporal. Aplicando tales criterios, el TEDH, teniendo en cuenta las pruebas de cargo que apuntaban a la participación de Murray en el secuestro, quien desde el primer momento, fue advertido de las posibles consecuencias de su silencio, concluyó en que las deducciones obtenidas del silencio del acusado no pueden ser tachadas de inicuas o poco razonables ni, por lo tanto, que las mismas hayan tenido por efecto desplazar la carga de la prueba de la acusación a la defensa, con

---

<sup>795</sup> Los casos "Condron c. Reino Unido", del 2 de mayo de 2000, "Beckles c. Reino Unido", del 8 de octubre de 2002, y "Averill c. Reino Unido", del 6 de junio de 2000, mantuvieron la doctrina "Murray" respecto de la posibilidad de extraer consecuencias negativas del silencio del imputado cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas, cabe esperar de su parte una explicación convincente; véase CASINO RUBIO, "Presunción legal de culpabilidad versus prueba indiciaria de la autoría en las infracciones de tráfico", cit., págs. 99-100.

infracción del principio de presunción de inocencia. Y, en consecuencia, resolvió que no existió violación del art. 6 del CEDH<sup>796</sup>.

En concordancia con la doctrina expuesta del TEDH, la STC 202/2000<sup>797</sup>, del 24 de julio de 2000, señaló que *"la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria o bien fuese la consecuencia del solo hecho de haber optado la recurrente por guardar silencio"*. En este mismo sentido, la STC 107/2003, del 4 de febrero de 2003, con cita del caso "Murray" del TEDH, señaló: *"cuando la negativa a someterse a la prueba del ADN carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir puede ser inculpatario o totalmente exculpatario, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí solo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador"*. También, la STC 135/2003<sup>798</sup>, del 30 de junio de 2003, estimó que el hecho de que el recurrente penetrara en el banco (huella encontrada en una de las puertas), *"unido a la inexistencia de una explicación alternativa suficientemente sólida que justifique la presencia del recurrente en el lugar de los hechos... permite afirmar que*

---

<sup>796</sup> CASINO RUBIO, "Presunción legal de culpabilidad versus prueba indiciaria de la autoría en las infracciones de tráfico", cit., págs. 100-106.

<sup>797</sup> STC 202/2000, de 24 de julio de 2000, BOE n° 203, del 23 de agosto de 2000.

<sup>798</sup> STC 135/2003, del 30 de junio de 2003, BOE n° 181, del 29 de julio de 2003.

*la conclusión del Tribunal sentenciador no es excesivamente abierta o indeterminada”.*

Sentencias posteriores del TC ratificaron la doctrina según la cual la ausencia de una explicación de descargo verosímil por parte del imputado puede válidamente servir de elemento de corroboración de la prueba indiciaria existente y, en consecuencia, ser utilizada razonablemente por el juez para fundar la condena<sup>799</sup>.

También el TS ha mantenido una postura similar. Así, por ejemplo, en su sentencia 811/2012, del 30 de octubre de 2012, señaló que, cuando existan indicios suficientemente relevantes por sí mismos de la comisión de un determinado delito y el acusado no proporcione explicación lógica alguna de su conducta, el tribunal puede deducir razonablemente que esa explicación alternativa no existe y dictar sentencia condenatoria fundada en dichos indicios. Poco tiempo después, el TS, en su sentencia 679/2013<sup>800</sup>, del 25 de julio de 2013, consideró que la constatación de que el derecho a guardar silencio ha sido vulnerado, tanto en sí mismo considerado como en relación con la presunción de inocencia, solo podría obtenerse mediante el examen de las circunstancias del caso, en función de las cuales puede justificarse excepcionalmente que se extraigan consecuencias negativas del silencio,

---

<sup>799</sup> SSTC 300/2005, del 21 de noviembre de 2005, BOE n° 304, del 20 de diciembre de 2005; 111/2008, del 22 de septiembre de 2008, BOE n° 245, del 9 de octubre de 2008; y 66/2009, del 9 de marzo de 2009, BOE n° 91, del 13 de abril de 2009.

<sup>800</sup> STS 679/2013, del 25 de julio de 2013, recurso 10182/2013, ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón.

cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación<sup>801</sup>.

La doctrina expuesta puede encontrar detractores, en tanto se entienda que el indicio deriva del derecho al silencio, que no es lo que aquí se sostiene. Por el contrario, se propone una presunción por una negativa injustificada a una injerencia corporal legítima. Ningún derecho fundamental ampara tal oposición cuando el imputado es considerado objeto de prueba.

Por otra parte, que la presunción desfavorable como consecuencia de la negativa constituya una coacción, lo que podría ponerse en tela de juicio (aunque siempre sería preferible al uso de la fuerza física), no excluye ni anula los fundamentos expuestos en torno a la legitimidad y validez de un razonamiento en tal sentido. De acuerdo con PICÓ I JUNOY, en el proceso debe buscarse un punto de equilibrio que permita "*ser lo más eficaz posible sin sacrificar ninguna garantía constitucional de las partes*"<sup>802</sup>. Y ese punto de equilibrio se mantiene inalterado cuando se valora como un indicio más la negativa del imputado a una injerencia corporal. Ni el principio de presunción jurídica de inocencia ni el de prohibición de autoincriminación inhiben tal posibilidad, pues se trata de un mecanismo de razonamiento compatible con las leyes de la lógica y legalmente válido en base a los criterios de libertad probatoria y sana crítica racional.

---

<sup>801</sup> La "Doctrina Murray" fue acogida al menos desde la STS 918/1999, del 9 de junio, con esta misma ponencia, e incluso con anterioridad, en procedimientos de única instancia por aforamiento, en la STS dictada en la causa especial contra la Mesa Nacional de Herri Batasuna, de 29 de Noviembre de 1997.

<sup>802</sup> PICÓ I JUNOY, Joan, *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 163.

### 9.3. Falta de regulación legal de la negativa a la medida

La posición expuesta por Montserrat DE HOYOS SANCHO evidencia las falencias que aquí se critican, pues considera que la doctrina del TS, de valorar *"la negativa del sospechoso a prestar muestras orgánicas como indicio incriminatorio"*, no parece una solución óptima, *"sobre todo si tenemos en cuenta que con una relativamente escasa injerencia, siempre que estuviera bien regulada en la norma y fuera ejecutada con todas las garantías, se podría conseguir más allá del indicio, la certeza de la pertenencia o no de esas muestras dubitadas al sujeto que ahora resulta sospechoso o imputado"*<sup>803</sup>.

Justamente, esos son los problemas. En primer lugar, ni en España ni en Argentina se encuentra "bien regulada" la materia. Como bien reconoce DE HOYOS SANCHO, la base legal de la medida de obtención de ADN carece de *"la exigible precisión y previsibilidad en todos los aspectos que tienen repercusión sobre derechos fundamentales, y adolece de defectos o lagunas"*, como, por ejemplo, respecto de la *"posibilidad de obtención coactiva de una muestra orgánica en caso de negativa del sospechoso a prestarla"*<sup>804</sup>. En segundo lugar, no se conocen casos de ejecución por la fuerza (aun escasa), es decir, sin consentimiento, en los que se hubieran respetado "todas las garantías".

---

<sup>803</sup> DE HOYOS SANCHO, "Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", cit., p. 107.

<sup>804</sup> DE HOYOS SANCHO, "Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", cit., p. 112.

Por supuesto, porque permanecen en un sistema subterráneo ajeno al control judicial<sup>805</sup>.

Y ello no significa que valga apelar a cualquier medio para lograr una condena, sino, por el contrario, de propiciar un razonamiento lógico que, como cualquier otro, transita por el camino de las probabilidades<sup>806</sup>. Porque el argumento de que tal vez el imputado no se brinde a la medida porque podría estar encubriendo a un amigo o por cualquier otro motivo, resulta tan especulativo como considerar que algún testigo miente o que el perito ha sido "comprado" porque no nos convence o favorece lo que declaran. Al tratarse de una omisión, de un no hacer, el espectro de motivaciones aparenta ser más amplio. Sin embargo, aplican las mismas razones por las que podría desconfiarse de una declaración testimonial o de un peritaje y que, por tratarse de un hacer positivo, se soslayan dando prioridad a lo hecho.

Según refiere María Victoria ÁLVAREZ BUJÁN, el resultado de un análisis genético no constituye *"una prueba directa sobre los hechos ni tampoco respecto de la autoría, sino indiciaria, porque lo único que demuestra es la presencia de una concreta persona en el lugar de comisión del delito o que esta ha mantenido contacto físico o sexual con la víctima... Así pues, para poder acreditar la culpabilidad de la perpetración de un/os concreto/s hecho/s punible/s, tales circunstancias*

---

<sup>805</sup> Según ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 14, el sistema penal subterráneo se constituye a partir del conjunto de delitos que cometen los operadores de las propias agencias del sistema penal, generalmente por funcionarios del poder ejecutivo en función policial, aunque con la participación activa u omisiva de aquellos que actúan en las restantes agencias.

<sup>806</sup> Inclusive las diligencias, pruebas o técnicas de determinación de ADN *"no gozan de una certeza absoluta"*, PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 199.

*no serán suficientes, sino que habrán de ser puestas en relación con el resto de pruebas e indicios (plurales, absolutamente acreditados y de naturaleza inequívocamente acusatoria) concurrentes en la causa...*<sup>807</sup>. Tal apreciación permite contemplar que, si la prueba de ADN (o de cualquier otro vestigio) constituye un indicio más a ponderar con el resto de las evidencias, lo mismo acontece con la presunción desfavorable que se desprende de la negativa a la recolección de la respectiva muestra, pues no es más que un elemento complementario del plexo probatorio que permitió arribar a la decisión previa de disponer la injerencia.

Y añade la citada autora que la LO 15/2003, al reformar el art. 363 de la LECrim, *"no arbitró solución alguna para los supuestos en que la persona sospechosa/investigada (anteriormente "imputada") se negase a someterse a una diligencia de estas características"*. La doctrina y la jurisprudencia trataron de discernir si se trataba de una carga o de una obligación procesal. Quienes consideran que el sometimiento constituye una carga, frente a la negativa, abogan por la valoración de un indicio incriminatorio<sup>808</sup>. Quienes lo entienden como una obligación, propician el uso de la coacción física, aunque de modo

---

<sup>807</sup> ÁLVAREZ BUJÁN, "El artículo 24 de la Constitución Española y la prueba de ADN en el proceso penal", cit., p. 154.

<sup>808</sup> Al respecto, refiere PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 43: *"[e]stá totalmente prohibida cualquier forma de fuerza física o compulsión personal directa para obligar al afectado a someterse, contra su voluntad, a la práctica de la diligencia, toda vez que en nuestro ordenamiento no está prevista esta posibilidad. Podemos decir, por ello, que la obligación jurídica no es una obligación personal del imputado y no existe, pues, la posibilidad de forzar físicamente la ejecución; nos encontramos, dadas tales características, anta una carga del imputado"*. Véase también, ÁLVAREZ BUJÁN, "El artículo 24 de la Constitución Española y la prueba de ADN en el proceso penal", cit., p. 138.

subsidiario y respetando el principio de proporcionalidad<sup>809</sup>. Sin embargo, la carencia de una norma expresa impidió (e impide) el recurso a medidas de fuerza para consumar la intervención. Agrega la autora que, a la par, se dictaron resoluciones en las que se aplicó a modo de coerción indirecta la imputación de un delito de desobediencia o la advertencia de que podría llegar a imputarse el mismo, e indica que *"[n]o obstante, esta opción fue pronto desechada, no solo porque no existía un tipo de desobediencia específico para tal situación, a diferencia de lo que acontece en relación a las pruebas de alcoholemia... sino también por cuanto, a la postre, esta alternativa no servía sino para evitar la realización de pruebas de ADN, al dejar en manos de un/a posible culpable el buen éxito de la investigación y el proceso penal, teniendo en cuenta que este/a podría preferir enfrentarse a una pena por un delito de desobediencia y escapar a una pena por un delito más grave"*<sup>810</sup>.

DUART ALBIOL parece diluir la separación entre carga y obligación procesal, lo que, en todo caso, comparto, al expresar que *"para poder valorar la negativa injustificada del sujeto afectado por la medida como*

---

<sup>809</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 418, quien agrega en p. 423: *"lo cierto es que, a diferencia de otros ordenamientos, no existe en nuestro Derecho obligación legal de someterse a la práctica de las medidas de investigación corporal, con la excepción... de las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los delitos contra la seguridad vial"*.

<sup>810</sup> ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria, "El artículo 24 de la Constitución Española y la prueba de ADN en el proceso penal", cit., págs. 137-138. DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 179-183, descarta la posibilidad de extender los alcances del art. 363 de la LECrim al sospechoso, *"[s]i las sospechas son suficientes debería acordarse su imputación y como primera medida su declaración... En definitiva, debe rechazarse el uso de este término por la LECrim"*.



*un indicio negativo, debería establecerse esta como una obligación procesal*<sup>811</sup>. Es decir, asigna a la obligación los efectos que, en general, se le atribuyen a la carga procesal, lo que da cuenta de lo indistinto de la denominación.

Por su parte, María Amparo RENEDO ARENAL refiere que "*aparentemente*" existirían dos opciones para resolver la negativa obstruccionista del imputado a una injerencia corporal. Por un lado, admitir que la extracción de tejidos para obtener un perfil genético "*supone una colaboración activa en el proceso, y que por tanto es contrario a su derecho a no colaborar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*". Por el otro, admitir que la actitud obstruccionista del imputado negándose a la intervención debe tener alguna consecuencia procesal, pues el comportamiento esperado constituye una obligación de su parte, en tanto no se encuentra cubierto por ninguno de los derechos referidos. Aunque la autora reconoce cierta "*simpatía*" por la primera opción, aclara que se verifica una tercera, que descarta una obligación por parte del imputado a la medida, pero entiende necesario adjudicar determinado efecto procesal a su postura negativa, a fin de conciliar la situación que se da en el proceso entre el interés individual y la averiguación de los hechos. Así, esta alternativa considera que el deber de tolerar constituye una carga procesal; por lo tanto, "*la negativa injustificada del imputado a someterse a una medida*

---

<sup>811</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 438. En todo caso se trata de una diferenciación (obligación o carga) que no impide ni excluye uno u otro efecto. Además, la legislación argentina no prevé el deber de tolerar ni como obligación ni como carga, sino que surge, como se ha señalado, del poder coercitivo propio de toda medida de investigación, cuyo incumplimiento acarrea, según aquí se sostiene, ambas consecuencias.

*de intervención corporal... derivaría para aquel una desventaja procesal consistente en que dicha conducta pueda ser valorada como indicio de culpabilidad por el órgano judicial sentenciador, conjuntamente con el resto de pruebas o indicios que puedan existir". Tal posición sería "acorde con la línea que en la actualidad mantiene la jurisprudencia, pero sin llegar a reconocer que el sometimiento a un análisis de ADN está excluido del deber de colaborar del imputado en el proceso"*<sup>812</sup>.

En Argentina, la hipótesis de la negativa se encuentra regulada únicamente en la ley 23.511<sup>813</sup>, que regula el Banco Nacional de Datos Genéticos, cuyo art. 4 establece: "*Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente*".

En similar sentido, la LEC (LO 1/2000, del 7 de enero) dispone en su art. 767.4 que "*[l]a negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios*"<sup>814</sup>.

---

<sup>812</sup> RENEDO ARENAL, María Amparo, *Problemas del imputado en el proceso penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, págs. 275-278.

<sup>813</sup> Ley 23.511, del 13 de mayo de 1987, BO del 10 de julio de 1987.

<sup>814</sup> MORENO VERDEJO, "Algunos problemas de la identificación penal a través de la prueba pericial de ADN: ámbito, asistencia letrada y empleo de fuerza", cit., p. 142, entiende que "*[l]a consecuencia extraída por la LEC, desde el punto de vista del demandado, es más grave aún que la imposición coactiva de la prueba de ADN. Se declara que el hijo es del demandado que rechazó*

Como se observa, la negativa rotunda del imputado constituye otro aspecto carente de regulación en el ámbito normativo de las diligencias en su cuerpo.

## **10. EL DELITO DE DESOBEDIENCIA COMO CONSECUENCIA DE LA NEGATIVA**

La doctrina argentina coincide en que la conducta típica del delito de desobediencia consiste en incumplir una orden impartida por un funcionario público (art. 239 del CP<sup>815</sup>). Se trata de un tipo omisivo, aunque ocasionalmente puede cometerse por acción. La orden debe cumplir determinadas condiciones de legitimidad: provenir de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, cumplir con las exigencias establecidas en la ley y ser ejecutada de acuerdo con las formas legalmente estipuladas. Sin orden ni destinatario no hay desobediencia. La orden debe ser de posible cumplimiento para que se configure el delito<sup>816</sup>. El bien jurídico se asienta "*en la necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de*

---

*someterse a la prueba biológica*" y afirma que se trata de una coacción "*para obligar a la admisión de la práctica de la prueba*".

<sup>815</sup> Como bien sostiene CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 2, 6° ed., actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 226, "*la ubicación de la desobediencia en la misma disposición que la resistencia perturba la correcta intelección del tipo*".

<sup>816</sup> BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 3, Mario A. Viera Editor, Corrientes, 2003, págs. 91-92; CREUS, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 2, cit., págs. 225-226; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 17° ed., actualizada por Guillermo Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, págs. 892-895; MANZANARES, Fernando *et al.*, *Código Penal. Comentado y anotado. Parte Especial*, Andrés D' Alessio director, Mauro Divito coordinador, La Ley, Buenos Aires, 2004, págs. 771-773.

*la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos, siempre que actúen en el ejercicio legítimo de su cargo*<sup>817</sup>.

El art. 73 de la ley 24.449, Ley de Tránsito de la República Argentina, impone a todo conductor el deber de someterse a las pruebas expresamente autorizadas. Se trata de una norma que regula específicamente tal compromiso y que no encuentra correlato en materia probatoria en la legislación procesal penal respecto de hipótesis en las que el imputado pueda ser considerado objeto de prueba. Según Susana ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, *"la imposibilidad de extracción por la fuerza de las muestras biológicas no significa que tales pruebas no sean exigibles, ni un supuesto derecho del inculpado a consentir o no la práctica de aquellas, sino que puede afirmarse un auténtico deber jurídico de someterse a la práctica del reconocimiento"*<sup>818</sup>.

Informa ETXEBERRÍA GURIDI que, en Francia, la ley 2001-1062 sanciona penalmente la negativa de la persona a someterse a la extracción biológica destinada a su identificación mediante huella genética con dos años de prisión y multa (monto mantenido por la ley 2003-239), lo que llevó a algunos autores a considerar que el consentimiento del afectado en tales supuestos sería *"prácticamente forzado"*<sup>819</sup>.

---

<sup>817</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis *et al.*, *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*, 3º ed., La Ley, Madrid, 2011, p. 1407.

<sup>818</sup> ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, "El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte I)", *cit.*, p. 72.

<sup>819</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, "Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas (Parte II)", *cit.*, págs. 118-119, debiendo resaltarse que tales prácticas pueden ser dispuestas no solo por la justicia sino también por la policía y no únicamente respecto de

En Argentina no se encuentran expresamente legislados ni la obligación ni el deber (carga) del sujeto pasivo de someterse a una prueba corporal en el proceso penal. Tampoco las consecuencias por la negativa u oposición a dicha medida. Sin embargo, el tipo de desobediencia, al conformarse con la omisión, es decir, con la no realización de la conducta debida, cumple suficientemente con la necesaria subsunción jurídica. Además, las habilitaciones legales de carácter general para utilizar la coerción durante el proceso, ya referidas (por ejemplo, arts. 70 y 120 del CPPN), dan cuenta del deber correlativo que subyace a determinados actos por parte de quien debe tolerarlos.

No obstante, la coacción emergente de la amenaza punitiva puede incidir respecto de la decisión del sujeto pasivo, sin que ello deba considerarse un objetivo específico del tipo de desobediencia ni, muchos menos, una coerción especial en contra de la libertad de autodeterminación o de autonomía personal. Por el contrario, se trata de la finalidad propia de la prevención general negativa como propósito de la sanción legislativa de un tipo penal<sup>820</sup>.

Según CARRARA, la fuerza puede ser física o moral; es física cuando obra sobre el cuerpo; es moral cuando obra sobre el alma. La segunda se presenta, de modo ilegítimo, cuando pretende imponerse mediante amenazas o coacción, por ejemplo, la realización de flexiones para

---

condenados sino también de personas "*contra las que existan indicios graves o concordantes de comisión del delito o crimen*".

<sup>820</sup> De otra opinión, DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 457, para quien la obligación y la sanción consecuente por el incumplimiento suponen la vulneración del derecho a no autoincriminarse, entendido en sentido amplio, como derecho a no tener que colaborar, ni activa ni pasivamente, en la investigación penal; con lo que extiende el *nemo tenetur* a su vertiente contributiva (*nemo tenetur se ipsum procedere*), p. 472.

expulsar material ingerido<sup>821</sup>. Pero también cuando se regula legalmente una consecuencia punitiva perjudicial o desfavorable, a través de un tipo penal (o contravencional) especial, para el caso en el que no se realice el comportamiento debido (arts. 73 de la ley 24.449 y 383 del CPE). De no encontrarse estipulado un tipo específico, cabe remitir el hecho a la desobediencia genérica (art. 239 del CP)<sup>822</sup>.

De todos modos, esa coacción psicológica de la amenaza de pena del delito de desobediencia opera para las injerencias corporales y para cualquier otra. Es decir, es el efecto consustancial a la sanción de una consecuencia punitiva.

Expone MORENO VERDEJO, al referirse a la organización de las bases de datos de ADN, que la negativa rotunda del sujeto pasivo *"viene a perturbar el propio sistema, pues permite que se autoexcluyan de la base —a cambio de la pena del discutible delito de desobediencia— personas que deben ser incluidas"*<sup>823</sup>.

---

<sup>821</sup> CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte general*, t. 1, traducción de Octavio Béeche y Alberto Gallegos, Tipográfica Nacional, San José de Costa Rica, 1889, p. 157; PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., págs. 167 y 283-284.

<sup>822</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas*, cit., p. 37; HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 448; GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 107. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, 96, recuerda que el delito de desobediencia no se tipifica cuando el incumplimiento de una orden impartida por la autoridad judicial tiene prevista una sanción especial.

<sup>823</sup> MORENO VERDEJO, "Algunos problemas de la identificación penal a través de la prueba pericial de ADN: ámbito, asistencia letrada y empleo de fuerza", cit., p. 140.

La advertencia de incurrir en la comisión del delito de desobediencia debería acompañar la orden que dispone la medida<sup>824</sup>. Se trata de la misma advertencia que se anuncia al testigo o al perito antes de que declaren<sup>825</sup>, tratándose de una comparación válida, pues el falso testimonio también puede cometerse por omisión, de acuerdo con la legislación penal argentina (arts. 249 del CPPN, 297 del CPPF y 275 del CP). Según María Isabel HUERTAS MARTÍN, *"la resolución judicial que acuerde la medida restrictiva ha de contener la advertencia de las posibles consecuencias de la negativa, de modo que no quepa duda de que el sujeto afectado ha quedado enterado de las mismas y pueda así, con todo conocimiento de causa, optar por la aceptación o negación de la sumisión a la diligencia en cuestión"*<sup>826</sup>.

Concordante con lo expuesto, cabe citar la SAP Barcelona 678/2004<sup>827</sup>, del 5 de julio de 2004, que condenó como autor del delito de desobediencia al imputado que, requerido para la obtención de una

---

<sup>824</sup> Según DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 415, *"deberían advertirse las consecuencias de la negativa a someterse a la medida en la misma resolución que la acuerde"*. Señala PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 152, que *"la única coacción que cabe es advertir al sujeto que se niega a colaborar de las posibles consecuencias sancionadoras que nacerían de su negativa, así como de la valoración que podrá hacer el Juez a partir de los indicios que ya existen"*.

<sup>825</sup> El testigo o perito podría presentarse a declarar con la intención de mentir. La advertencia previa del delito de falso testimonio procura evitar la comisión del mismo en función de la amenaza punitiva. Ese mismo objetivo puede buscarse con la exhortación a no resistir o a no oponerse rotundamente a la medida corporal, lo que valdría como efecto propio de la prevención general negativa.

<sup>826</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 413.

<sup>827</sup> SAP Barcelona 678/2004 (sección 7º), del 5 de julio de 2004, ponente María Concepción Sotorra Campodarve, Recurso nº 476/2004.

muestra biológica (extracción de sangre, saliva o resto de cabello con bulbo), a fin de determinar si su ADN coincidía con el hallado en la prenda de la víctima de un delito sexual, no concurrió a la respectiva citación del juzgado.

Por el contrario, María Isabel HUERTAS MARTÍN rechaza la posibilidad de asegurar el sometimiento a la injerencia personal *"mediante la imposición de una sanción en caso de incumplimiento"*, ya que *"prever una sanción jurídico-penal incumpliría el principio de intervención mínima del Derecho Penal"* y además *"la simple pasividad del impuesto, esto es, su actitud de negativa a someterse a una medida de intervención corporal, no puede ser perseguida y castigada penalmente"*<sup>828</sup>.

Un supuesto concordante con lo precedentemente postulado surge de la SAP Navarra 132/2010<sup>829</sup>, del 27 de julio de 2010, en la que se afirmó que *"la negativa de los imputados a someterse a dicha prueba, no prestando su voz al efecto, no colaborando, por tanto, activamente, en su elaboración, no constituye el delito de desobediencia atribuido, en atención al derecho del imputado a no colaborar activamente en una actuación que puede constituir una contribución de contenido directamente incriminatorio, al amparo del artículo 24.2 de la Constitución; y ello sin perjuicio de valorar como indicio, en relación con otros que pudieran constar en el procedimiento, la falta de colaboración del acusado para la práctica de dicha prueba"*.

---

<sup>828</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 404.

<sup>829</sup> SAP Navarra 132/2010, del 27 de julio de 2010, Recurso de Apelación 11/2010 (sentencia de primera instancia del 26 de abril de 2010, Juzgado de lo Penal nº 1 de Pamplona/Iruña).



Corresponde insistir en que no se busca el consentimiento del imputado a través de la amenaza del delito de desobediencia, porque ese consentimiento ha sido sustituido por la orden que dispone la medida. La imputación por desobediencia constituye la consecuencia típica de una negativa rotunda y concluyente a la decisión de una autoridad competente respecto de un registro corporal. Es posible advertir sobre tal desenlace típico porque el contexto de la diligencia lo permite<sup>830</sup>. Su efecto disuasivo no es distinto de aquel asignado a la pena en general, como prevención negativa, aunque el aviso previo podría generar un efecto adicional. La imputación por desobediencia en caso de darse la hipótesis aquí considerada (negativa rotunda) no se vincula con una aplicación formal del derecho penal, sino, por el contrario, con la trascendencia que conlleva el bien jurídico tutelado<sup>831</sup>.

## 11. RECAPITULACIÓN

---

<sup>830</sup> Tal advertencia también colabora con la configuración del dolo y de la comprensión de la antijuridicidad, DONNA, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 3, cit., págs. 96-97.

<sup>831</sup> El moderno derecho penal se legitima en tanto intervenga para reprimir aquellos comportamientos que impliquen un ataque a bienes jurídicos especialmente significativos, MOCCIA, Sergio, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", traducción de Ramón Ragués Vallés, en *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 113. Para BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 3, cit., p. 92, el bien jurídico protegido consiste en lo indiscutible de los mandatos legítimos de la autoridad. Según DONNA, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 3, cit., p. 85, quien coincide con BUOMPADRE, "[e]l normal desenvolvimiento de la administración se vería seriamente afectado si las órdenes impartidas por los funcionarios pudieran ser desoídas impunemente. No se trata de imponer la obediencia absoluta y silenciosa a los órganos de poder, sino de otorgar un respaldo al ejercicio legítimo de autoridad mediante la amenaza de pena".

La fase inicial del proceso penal, conocida como instrucción o investigación preparatoria, tiene como objetivo establecer las bases de la imputación que ocasionará, en su caso, la apertura del juicio oral. Los actos de investigación, como regla general, no exigen el cumplimiento de pautas estrictas vinculadas a la contradicción y a la defensa en juicio. Sin embargo, algunas excepciones, que se corresponden con actos realizados durante la instrucción, denominados "irreproducibles o definitivos" o "anticipos jurisdiccionales de prueba", o con actos realizados tras la instrucción, pero antes del inicio del juicio oral, bajo el mecanismo de la llamada "instrucción suplementaria", exigen un especial mecanismo de producción durante la etapa de investigación (orden judicial, asistencia e intervención de las partes, principalmente de la defensa, y respaldo documental).

Aun consideradas tales excepciones, la regla establecida por el art. 391 del CPPN, en consonancia con la interpretación a favor de la oralidad que surge del art. 2 del CPPN, impone la práctica de la prueba en el juicio oral siempre que hubieran desaparecido o se hubieran atenuado las circunstancias que justificaron la incorporación por lectura, exhibición o reproducción de actos de la investigación o de la instrucción suplementaria.

El uso de la fuerza en el ámbito de los registros corporales constituye uno de los asuntos más controvertidos en la materia. La exigencia de legalidad en un terreno sensible a los derechos fundamentales, como lo son tales injerencias y el eventual recurso a la fuerza, debe considerarse una deuda pendiente en Argentina, pues las regulaciones procesales resultan abiertas, genéricas e insuficientes.

Consecuentemente, la fuerza estatal debe interpretarse solo desde su faz jurídica, pues su aplicación física en el ámbito de las diligencias de investigación se encuentra excluida. En primer lugar, por innecesaria en supuestos de consentimiento o de simple disconformidad sin oposición. En segundo lugar, por la eventual configuración de actos vejatorios o de degradantes en casos de resistencia física.

La coacción jurídica opera como refuerzo para la decisión de consentir la medida en aquellos supuestos en que la persona sometida tiene el deber de tolerar la intromisión. Por el contrario, cuando el hacer dependa de su autonomía y hubiera oposición o resistencia, entonces el uso de la fuerza se encontrará prohibido en cualquiera de sus formas. En estos casos, el límite al uso de la fuerza lo traza la dignidad de la persona y no la prohibición de autoincriminación forzada o bajo engaño.

Por tales razones, ante una oposición o resistencia únicamente será válida la coacción jurídica. En primer lugar, como motivo para respaldar o reforzar la decisión de consentir. En segundo lugar, como mecanismo de advertencia sobre las consecuencias jurídicas de tal negativa, como la valoración de un indicio de culpabilidad por la negativa a someterse a la práctica de la diligencia, en conjunto con el resto de la prueba y con la posible imputación penal de un delito de desobediencia. Ese lado coactivo de la norma es el que permite actuar aun si el sujeto pasivo no diera su consentimiento. Pero no en contra de su resistencia física, pues la fuerza necesaria para lograr la medida en tales condiciones podría dar lugar a acciones vejatorias, degradantes o crueles.

Según se sugiere, aun reconociéndole un papel significativo en el ámbito del derecho, cabe mitigar el uso de la coerción para alcanzar un

hacer del imputado durante los actos de investigación en base a los límites que fijan los derechos fundamentales, principalmente el derecho a la dignidad de la persona, así, la coerción, entendida jurídicamente, opera como refuerzo de la obligación de aceptar toda medida corporal, en tanto puede implicar un motivo especial para acatar la norma. Por ello, la coacción jurídica resulta el límite cuando se busca la aceptación del imputado en los casos en los que rige el deber de tolerar. En caso contrario, ante su resistencia o negativa, imperan los derechos fundamentales a la dignidad y a la autonomía personal por sobre los fines de la investigación penal. Los arts. 218 bis del CPPN y 175 y 181 del CPPF cuentan con referencias escuetas en relación a las facultades coercitivas para intervenir, pero ninguna solución ofrece la normativa vigente respecto de la negativa concluyente del sujeto pasivo a la medida.

De todos modos, tal vacío no obstaculiza la tarea de investigación, en tanto se presentan opciones válidas que permiten arribar a similares resultados, en el marco de un proceso penal vinculado a los avances tecnológicos y científicos y a un pensamiento respetuoso con los derechos fundamentales de la persona imputada.

(1) La búsqueda de evidencias por otros medios constituye doctrina de la CSJN a partir de los casos “Vázquez Ferrá” (2003), “Prieto 1” (2009) y “Prieto 2” (2009). Doctrina que, por un lado, se vincula a injerencias sobre el cuerpo de la víctima y que, por el otro, ha desalentado el uso de la coerción física.

(1.1) Las tomas subrepticias de material desprendido o abandonado no cuentan con regulación específica, aunque, por afectar con menor intensidad los derechos fundamentales del imputado, pueden

reconducirse a las pautas generales sobre requisita y secuestro. Por ende, los requisitos de toda intromisión (sospecha, motivación, cumplimiento de las formas y respeto por los derechos fundamentales y principios constitucionales) aplican para este tipo de procedimientos.

(1.2) El material entregado por el sujeto pasivo en ámbitos ajenos a la investigación (laboratorio de análisis clínicos, taller mecánico, etc.) puede incautarse legítimamente a partir de una orden judicial o de oficio por la policía en casos de urgencia, pero siempre que tal entrega no hubiera sido provocada mediante engaño o coacción. Bajo tales condiciones, las muestras obtenidas podrán incorporarse legítimamente al proceso respectivo.

(1.3) Una hipótesis distinta de las anteriores se verifica cuando el imputado se niega a la medida, pero el material que se encuentra en su poder o en su cuerpo será inexorablemente expulsado o liberado por el mero transcurso del tiempo. Toda retención de esa naturaleza encuadrará en el factor "entorpecimiento de la investigación" que justificará la imposición de una medida de coerción personal. En tales circunstancias, y sin que ello implique un trato degradante, el espacio de encierro deberá encontrarse acondicionado, vigilado y controlado a fin de recuperar el material que, irremediablemente, despedirá o soltará. Si la medida de coerción personal no fuera admisible, entonces los mecanismos destinados a recuperar la evidencia deberán implementarse en el ámbito que corresponda.

(1.4) La situación del imputado en estado de inconsciencia, por el motivo que fuera, justifica la intervención de su cuerpo siempre que hubiera urgencia, es decir, que no hubiera posibilidades de aguardar su recuperación sin riesgo de pérdida de la evidencia.

(2) Cabe considerar también la posibilidad de valorar, junto a los demás elementos probatorios, el indicio que surge de la negativa del imputado a someterse a la medida. Una presunción de tal naturaleza no presenta objeciones constitucionales o legales. Ningún derecho fundamental se ve afectado, pues se trata del imputado que se encuentra obligado a tolerar.

(3) Por otra parte, y de modo concomitante, la imputación del delito de desobediencia resulta válida cuando el sujeto pasivo carga con el deber de tolerar y lo incumple negándose o rechazándolo. En Argentina no se encuentra legislada consecuencia alguna por la oposición, por lo que corresponde remitir la hipótesis a la desobediencia genérica del art. 239 del CP. La advertencia de una imputación puede facilitar la reflexión del imputado en torno a su negativa, del mismo modo que el testigo o el perito respecto de una mentira cuando son alertados de las consecuencias del delito de falso testimonio.



## EPÍLOGO: UTILIDAD PRÁCTICA DE LOS CONCEPTOS PROPUESTOS

La parte final de la investigación pretende evaluar las condiciones y presupuestos considerados para cada diligencia de injerencia corporal en relación a los casos que puedan presentarse en la práctica judicial. Tal examen procura establecer la utilidad de los conceptos analizados a lo largo de este trabajo, así como la incidencia del uso de la fuerza en los derechos fundamentales y principios que rigen la materia, en particular, respecto de los principios de prohibición de autoincriminación y presunción de inocencia y de los derechos a la dignidad, intimidad, integridad personal, salud, silencio y defensa en juicio<sup>832</sup>.

Según Gabriela CÓRDOBA, la relación actividad-pasividad se presenta como un criterio manipulable y *"poco eficaz para marcar el límite entre lo que se le puede exigir al imputado y lo que no se le puede exigir, como consecuencia de la vigencia del nemo tenetur... ambas variables son intercambiables según la conclusión a la que quiera llegar el intérprete"*<sup>833</sup>. Justamente, lo que aquí se propone busca

---

<sup>832</sup> Vinculando principios y derechos, señala ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, "La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea", en *Revista de Estudios Europeos*, n° 1 extraordinario, dedicado a "Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea", Universidad de Valladolid, 2017, p. 50, que el derecho a guardar silencio *"se ha configurado como un derecho constitucional, instrumental de la prohibición de la autoincriminación, y esta del derecho a la defensa, que a su vez también lo es del debido proceso. El derecho a no autoincriminarse requiere que la sentencia de condena se fundamente sin recurrir en ningún caso a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión, protegiendo al sujeto de ser obligado a declarar contra sí mismo"*.

<sup>833</sup> CÓRDOBA, "Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?", cit., págs. 285-286.



restringir esas posibles manipulaciones, exponiendo las razones que permiten encuadrar cada caso en alguna de las medidas de investigación con incidencia en el cuerpo humano, cuyas definiciones han sido ya esbozadas<sup>834</sup>. A la vez, se exponen los principios y derechos fundamentales involucrados y la implicación de los mismos en la clasificación asignada a cada hipótesis, cerrando así el esquema de análisis con la consideración del aspecto práctico.

El listado que sigue pretende ser exhaustivo, a fin de consolidar y asociar la teoría con la práctica y, con ello, ofrecer una visión de conjunto realista del tema estudiado y que opere como cierre de la investigación<sup>835</sup>. Los supuestos prácticos aquí analizados se clasificarán en alguna de las diligencias estudiadas, bajo la órbita del deber de tolerar, o como acto dependiente de la autonomía de la persona, es decir, amparado por la prohibición de autoincriminación.

Se partirá de afirmar que cualquier injerencia conlleva, por un lado, la comprobación previa de una sospecha de delito respecto de una persona individualizada; de una orden judicial motivada o de una

---

<sup>834</sup> Sin dejar de reconocer, como afirma DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 41, que "no resulta nada fácil someter los diferentes supuestos de intervenciones corporales a un mismo régimen jurídico".

<sup>835</sup> No se incluye en la enunciación la declaración indagatoria, por tratarse del caso paradigmático tutelado por la prohibición de autoincriminación, basado en el derecho a no declarar contra sí mismo y definido como un acto de defensa material, véase ALVARADO VELLOSO, *Prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, cit., p. 13. Expresa HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 293, que "la obligación de advertencia del órgano jurisdiccional al imputado en orden a la no obligatoriedad de responder cumple la evolución histórica del concepto jurídico de interrogatorio, en el sentido de que de ser considerado como medio de prueba coercitivo que tendía a la confesión, se viene a considerar ahora como simple medio de defensa, en homenaje al principio de humanidad según el cual nadie debe convertirse en acusador de uno mismo".

actuación policial por urgencia, también motivada, así como del cumplimiento de las formas procesales y el respeto por los derechos fundamentales y por los principios de legalidad, proporcionalidad, necesidad y adecuación<sup>836</sup>.

De acuerdo con las categorías consideradas, los casos se incluirán en dos grupos: diligencias en las que impera el deber de tolerar y actos que dependen de la voluntad del sujeto pasivo. El primer grupo abarcará, de modo diferenciado, las diligencias de requisita, inspección, intervención y supuestos de "difícil" encuadre<sup>837</sup>; mientras que el segundo incluirá aquellos actos amparados por la prohibición de autoincriminación.

Así, en primer lugar, constituyen una requisita, además de la revisión tradicional del cuerpo y ropas con el fin de hallar elementos delictivos de interés, las siguientes medidas de investigación:

- Hisopados externos.
- Material debajo de las uñas.
- Restos de la deflagración de armas de fuego.

Por su parte, las siguientes diligencias deben practicarse bajo las reglas de una intervención corporal:

---

<sup>836</sup> BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, cit., págs. 31-32; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *El principio de proporcionalidad por el legislador. Ideas para una mejora ex ante de las leyes en Colombia*, cit., p. 13; CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, cit., págs. 244-245.

<sup>837</sup> En todos los supuestos, en mayor o menor medida, el cuerpo del imputado opera como componente principal de la diligencia, aun en casos de mínima incidencia, como sucede, para DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 56-61, con los reconocimientos en rueda, la toma de huellas dactilares y de fotografías y la identificación de la voz.

- Extracción de líquido cefalorraquídeo.
- Extracción de proyectil u otro elemento.
- Hisopados internos.
- Controles de alcoholemia por aire espirado.
- Obtención de muestras de orina.
- Obtención de muestras de esperma.
- Extracción de sangre.
- Muestras de cabello.
- Muestras de piel.

Las medidas que deben realizarse bajo las pautas de una inspección corporal son las siguientes:

- Pruebas falométricas.
- Diagnósticos por imágenes.
- Reconocimiento en rueda de personas.
- Obtención de huellas.
- Obtención de fotografías.
- Comprobación de tatuajes, cicatrices, etc.
- Detección de material y evidencias por perros.
- Examen médico.

Las hipótesis de “difícil” encuadre son las siguientes:

- Expulsión de elementos deglutidos.
- Flexiones/administración de vomitivos.
- Diligencias practicadas sobre cavidades interiores.

El segundo grupo de casos se integra con aquellos actos que obedecen a la autonomía de la voluntad del imputado, por lo que constituyen un derecho a intervenir, sin facultad alguna para ejercer fuerza o coacción para su consecución, ni aun de carácter jurídico.

Excluyendo el caso paradigmático del derecho a intervenir, es decir, la llamada declaración indagatoria, corresponde incluir en este grupo los siguientes actos:

- Registro de voz para reconocimiento.
- Confección de un cuerpo de escritura.
- Exámenes psicológicos y psiquiátricos.
- Reconstrucción del hecho.

Por último, quedan exceptuados de toda consideración la administración de narcóticos y el uso de medios hipnóticos para lograr algún tipo de declaración o manifestación del imputado, pues se trata de medios prohibidos aun si los requiriera en su propia defensa.

## **1. ACTOS DE INVESTIGACIÓN QUE EL IMPUTADO DEBE TOLERAR**

### **1.1. REQUISAS**

#### **1.1.1. Hisopado externo**

El hisopado externo, es decir, la obtención de fluidos de distinta naturaleza aposentados sobre la superficie del cuerpo humano (sangre o material genético de un tercero, transpiración, etc.), constituye una requisas, pues tales elementos no componen el cuerpo como tal ni se encuentran alojados en su interior.

En general, tal medida será realizada por un profesional sanitario, un médico o un perito en criminalística, debido a la exigencia de conocimientos especiales para la realización de la obtención del

material, la conservación ulterior del mismo y el cuidado de la cadena de custodia.

### **1.1.2. Material que se encuentra debajo de las uñas**

Se trata de material (piel, tierra, sangre, pintura, etc.) transitoriamente depositado en la/s uña/s. La medida no afecta la salud ni la integridad física ni requiere la actuación de un especialista médico o sanitario, aunque probablemente demande la intervención de un perito en criminalística (obtención de rastros). Encuadra como una requisita, habitual en asuntos penales, aunque con notoria incidencia en hipótesis de legítima defensa ante ataques contra la vida o la integridad sexual, en las que es posible hallar material genético del agresor debajo de las uñas de la víctima.

### **1.1.3. Restos de la deflagración de armas de fuego**

La medida encaminada a secuestrar los residuos de la deflagración tras el uso de un arma de fuego (plomo, bario y antimonio), tanto en el cuerpo (manos principalmente) como en otras superficies (prendas, mochilas, etc.), e independientemente del método (barrido electrónico, plasma acoplado, absorción atómica, etc.), constituye una requisita, ya que se procura la obtención de material oculto, imperceptible a la vista y alojado en intersticios de la piel o de la ropa, que no compone el cuerpo humano como tal ni se encuentra alojado en su interior.

Tal diligencia no afecta la salud ni la integridad física (salvo situaciones excepcionales) y no requiere la intervención de personal médico o sanitario, sino de un perito en la materia.

## **1.2. INTERVENCIONES**

### **1.2.1. Extracción de líquido cefalorraquídeo**

La extracción de líquido cefalorraquídeo constituye una intervención tendiente a la obtención de un componente del cuerpo, tratándose de una diligencia que afecta la integridad física<sup>838</sup>, pues consiste en una punción que, a diferencia de la extracción de sangre, puede poner en riesgo la salud, requiriendo también la actuación de profesionales médicos. Para MIRANDA ESTRAMPES tal medida configura una intervención grave, por el grado de sacrificio que implica para la integridad física<sup>839</sup>.

A juicio de un sector doctrinal, el límite para distinguir las inspecciones simples de las complejas no está en el dolor que causen o

---

<sup>838</sup> En sentido similar al aquí expuesto, la STC 207/1996, del 16 de diciembre de 1996, incluye entre las intervenciones corporales aquellas diligencias consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial, como los análisis de sangre o biopsias. En estos casos, el derecho que se verá por regla general afectado será el derecho a la integridad física (art. 15 de la CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, aun leve, véase GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 122-123.

<sup>839</sup> MIRANDA ESTRAMPES, "Libertad, intimidad y seguridad individual ante intervenciones estatales", cit., p. 123. En igual sentido, SAN MIGUEL CASO, "Medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales", cit., p. 135, y GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, Albert, *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 215.

en la necesidad de utilizar aparatos o instrumentos médicos, sino en la producción de lesiones en el cuerpo, aunque sean insignificantes<sup>840</sup>. Como aquí se expone, tal diferenciación no resulta determinante, pues la salud y la integridad física pueden encontrarse en riesgo aun sin presentarse lesiones efectivas, sino por el simple peligro de que se produzcan, por infecciones o por la necesidad de que proceda un profesional médico.

### **1.2.2. Extracción de proyectil u otro elemento**

La medida pertinente para extraer un proyectil u otro elemento, como esquirlas de metal o de vidrio como consecuencia de un accidente automovilístico, consistirá en una intervención corporal, pues se trata de un elemento alojado en el interior del cuerpo humano que impone la actuación de médicos especializados, en tanto pone en riesgo tanto la integridad física como la salud del sujeto pasivo. Distinta será la situación si el objeto no pudiera extraerse, lo que importaría una inspección a través de medios técnicos (ecografía, tomografía, etc.).

### **1.2.3. Hisopado interno**

---

<sup>840</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 372 y 376, señala que, según KLEINKNECHT y MEYER, existe una intervención corporal especialmente cuando partes naturales del cuerpo como sangre, líquido cefalorraquídeo, orina o semen son extraídas o cuando se interviene el interior del cuerpo en la piel o en los esfínteres; sin embargo, la inspección de aberturas naturales del cuerpo (boca, ano, vagina) no constituye una intervención, sino una inspección simple.

El hisopado interno (boca, faringe, vagina, recto, etc.) constituye una intervención corporal, porque mediante el mismo se trata de encontrar elementos que, por constituir fluidos propios y/o de terceros, se encuentran alojados en el interior del cuerpo humano. Pero también porque, en su práctica, debe intervenir un profesional médico o sanitario (levantamiento, resguardo, laboratorio, etc.) al existir riesgo para la salud<sup>841</sup>. Esta última condición, dados los actuales avances tecnológicos que permiten obtener ADN de material celular menor, puede excepcionarse, lo que no altera la naturaleza de la medida<sup>842</sup>.

#### **1.2.4. Alcoholemia por aire espirado**

Así como determinados fluidos que se encuentran en el interior del cuerpo pueden ser recolectados mediante un hisopado, otros, por ser más volátiles, se recuperan mediante la obtención del aire que los comprende, a partir de la exhalación del sujeto pasivo. En ambos casos interviene un tercero a partir de métodos técnicos que resguardan la evidencia recolectada. El consentimiento del sujeto pasivo en estos

---

<sup>841</sup> MAIER, "Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad", cit., p. 148. DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 165-166, considera que la actuación de un profesional médico o sanitario resulta "menos agresiva para el sujeto afectado, desde un punto de vista psicológico" que aquella llevada a cabo por agentes policiales.

<sup>842</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 403, al referirse a una de las variantes de hisopados internos, esto es, la muestra de saliva, afirma que "se presenta, en principio, como la menos dolorosa y más fácil de llevar a cabo, pues, ni siquiera exige la intervención de personal especializado para su obtención".



casos se enmarca dentro de su deber de tolerar, ya que, como se ha señalado, la pasividad es relativa, por lo que comprende mínimas acciones que no se encuentran amparadas por el derecho a no declarar contra sí mismo<sup>843</sup>.

Sin embargo, teniendo en cuenta que en Argentina proceden en el ámbito del control del tránsito vehicular y que la negativa a la medida constituye una falta (art. 73 de la ley 24.449), viene a colación el criterio mantenido por DUART ALBIOL, quien descarta las llamadas "pruebas de alcoholemia" como diligencias de intervención corporal, por tener carácter preventivo y no postdelictual<sup>844</sup>. A pesar de ello, y del mismo modo que ocurre con los cacheos, todo control predelictivo puede derivar en un hallazgo de interés que provoque el inicio de una investigación penal. Por ese motivo cabe su tratamiento y análisis como intervención corporal<sup>845</sup>.

En cuanto a la referida negativa, ya desde su sentencia 161/1997<sup>846</sup>, del 2 de octubre de 1997, el TS sostuvo, en relación con las pruebas de alcoholemia, que *"el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se*

---

<sup>843</sup> Quien extiende su brazo y lo descubre para una extracción de sangre no realiza comportamiento autoincriminatorio alguno, sino que tolera la medida a partir de una pasividad relativa.

<sup>844</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 55 y 100-101; en igual sentido, PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 17.

<sup>845</sup> Según HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 423, *"esta diligencia plantea idénticos problemas de afectación de derechos fundamentales, como intervención corporal que es"*.

<sup>846</sup> STC 161/1997, del 2 de octubre de 1997, BOE n° 260, del 30 de octubre de 1997.

*obliga... a emitir una declaración... admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución".* En similar sentido se pronuncia María Isabel HUERTAS MARTÍN, para quien el sometimiento a una práctica de un examen de alcoholemia no supone emitir una declaración en el sentido tradicional del término, ya que no se realiza verbalmente o por escrito una manifestación de conocimiento, aunque entiende que sí constituye una declaración en cuanto a los efectos prácticos<sup>847</sup>. Sin embargo, esos efectos prácticos pueden predicarse de toda pasividad relativa del imputado cuando debe tolerar. Por lo tanto, según el alcance del derecho a no declarar contra sí mismo, la espiración de aire para un control de alcoholemia no constituye una acción positiva no susceptible de ser exigida legítimamente y aquello que genere a efectos prácticos no transforma su esencia de "dejar hacer"<sup>848</sup>.

---

<sup>847</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 384.

<sup>848</sup> Como bien indica ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, págs. 143-144, no es posible equiparar una declaración del imputado (agrego, con efectos comunicativos e informativos) con el sometimiento a una intervención corporal, porque en un caso se trata de una conducta activa y en el otro solo de su pasividad. Que la distinción se base, como afirma HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 385, en que inclusive desde la pasividad el imputado pueda inculparse, no justifica una asimilación, pues se propicia una equiparación en función de un eventual resultado y no en virtud de la esencia misma del comportamiento (o no comportamiento), lo que, por definición, evidencia una notoria disparidad en términos del principio de prohibición de autoincriminación. Coincido con GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 65, en que, "excluyéndose la vis física en todo caso, la coactividad en la ejecución de las medidas de intervención corporal dependerá de su naturaleza y la correspondiente

Se trata de operaciones técnicas que se enmarcan en el deber de tolerar, pero que, al no requerir un *"comportamiento exclusivamente pasivo"*<sup>849</sup>, parecen asemejarse a las acciones que dependen de la voluntad del imputado. A pesar de ello, no lo son, porque se mantienen en la esfera de la pasividad. Según se expone, la medida de control de alcoholemia por aire espirado conlleva todas las consecuencias asignadas al deber de tolerar cuando el sujeto pasivo se opone categóricamente a la misma. Excluyendo el uso de la fuerza física, como bien señala Mercedes GARCÍA ARÁN: *"si la actuación del sujeto en semejante situación, tanto accediendo a la prueba como negándose a ella, puede suponer su autoincriminación, parece sostenible que cualquier género de coacción supondría una violación expresa del derecho fundamental a la defensa e incluso, en algunos casos, delito de coacciones..."*<sup>850</sup>.

El planteamiento expuesto es predicable de los exámenes de alcoholemia basados en una sospecha, aun en el ámbito de las faltas de tránsito, siempre que se cumplan los presupuestos y exigencias para ordenar y realizar la medida, como, por ejemplo, si el conductor

---

*actividad que requiera por parte del sujeto pasivo, es decir, se ha de distinguir los supuestos en que éste deba colaborar activamente en dicha práctica —que no podrá ser requerido coactivamente a ello, pues su conducta omisiva entraría dentro del derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, del art. 24 CE—, de aquellas otras en las que su comportamiento deba ser simplemente negativo, un dejarse hacer".*

<sup>849</sup> PIPAÓN PULIDO, Jorge Guillermo – PEDREÑO NAVARRO, Lucía – BAL FRANCÉS, Edmundo, *Los delitos contra la seguridad vial. Análisis práctico y formularios de aplicación*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 113.

<sup>850</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol. Ejercicio del derecho constitucional a la defensa", en *Revista Jurídica de Catalunya*, Colegio de Abogacía de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya, volumen 86, nº 3, Barcelona, 1987, págs. 636-637.

presentara signos de ingesta alcohólica. De lo contrario, si se tratara de controles preventivos *"sin la concurrencia de indicios o sospechas fundadas de hallarse implicado el sujeto afectado por la medida en un accidente de circulación, presentar síntomas de embriaguez o haber cometido una infracción"*, la medida supondrá *"una quiebra del principio de idoneidad y, por tanto, del principio de proporcionalidad"*<sup>851</sup>. En este sentido se manifiesta también María Isabel HUERTAS MARTÍN, quien señala que *"resulta innecesario que el conductor que no pone en peligro... se vea sometido a un examen de este tipo en el que, además, queda limitado su derecho a la libertad, aunque solo sea por el tiempo imprescindible para la realización del mismo, y en algunos casos comprometido su derecho a no autoincriminarse; por lo tanto, en el caso de que el conductor no haya puesto en peligro la seguridad del tráfico, el sometimiento al examen de alcoholemia debería ser, en todo caso, voluntario"*<sup>852</sup>.

### **1.2.5. Obtención de muestras de orina**

Las muestras de orina comparten los criterios expuestos respecto de los hisopados internos y del control de alcoholemia por aire espirado,

---

<sup>851</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 391. Corresponde aclarar que los operativos públicos de prevención, según lo prescribe el art. 230 bis del CPPN, si bien tienen carácter general y abstracto, deben encontrarse suficientemente motivados antes de su implementación, lo que justifica exigir los respectivos controles. Distinta es la situación cuando los mismos se aplican de modo aleatorio, arbitrario o discriminatorio, pues en tales casos se trataría de una actuación inválida por falta de motivación o de razones para proceder.

<sup>852</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 436.

si bien la expulsión depende del reflejo de la micción, lo que rechaza toda posibilidad de apelar al uso de la fuerza<sup>853</sup>. La administración de diuréticos para acelerar el proceso deberá contar con orden judicial y se subordinará al consentimiento del afectado. Su suministro por la fuerza o bajo engaño constituiría un trato prohibido.

Por lo tanto, se trata de un acto que el imputado debe tolerar, pues la pasividad relativa abarca una acción mínima que reclama la obtención de un componente interno del cuerpo humano que resulta de interés pericial y que no se encuentra amparada por la prohibición de autoincriminación, por lo que, en caso de negativa, caben las consecuencias propias de tal incumplimiento.

#### **1.2.6. Obtención de muestras de esperma**

La obtención de espermatozoides y fluidos del aparato genital masculino puede lograrse por acción del sujeto pasivo o de un tercero. Se trata de una situación particular, distinta de las demás porque, de ser necesaria una muestra, la orden judicial podría contener ambas alternativas, es decir, su cumplimiento por la acción del sujeto pasivo o mediante la actuación de un tercero.

Este supuesto no encuadra como inspección, porque no se trata de una simple comprobación por los sentidos, ni como requisita, porque no existen elementos ocultos por acción del sujeto pasivo. Pero, tratándose de un elemento constitutivo del cuerpo humano, debe considerarse una

---

<sup>853</sup> TAPIA, "Las intervenciones corporales en el proceso penal", cit., p. 43; NAVARRO – DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2, cit., p. 228.

intervención corporal cuando es realizada por un tercero a través de los denominados "masajes prostáticos" o "masturbaciones compulsivas". Por lo tanto, al imputado le corresponde el deber de tolerar, salvo que opte por ofrecer el material voluntariamente. Si decidiera lo contrario, es decir, no colaborar, estaría tutelado por la prohibición de autoincriminación, pero deberá tolerar la intervención ordenada judicialmente.

Entiende María Isabel HUERTAS MARTÍN que una extracción obligatoria de semen no debería ser admitida por el ordenamiento jurídico, pues *"cabe únicamente que el sujeto afectado preste su activa colaboración en orden a la obtención de la muestra indubitada"*<sup>854</sup>. Según GÖSSEL, la obtención de semen requiere del consentimiento del imputado, pues su práctica coactiva o a través de cualquier medio de manipulación orgánica, al no existir medios de extracción disponibles como en la prueba hematológica, resulta contraria a la dignidad humana y no se puede estimar admisible<sup>855</sup>. Sin embargo, según entiendo, si existiera orden judicial sería posible la intervención a través de la acción de un tercero, siempre que no hubiera oposición, pues se trata de un accionar altamente sensible a la dignidad de la persona.

### **1.2.7. Extracción de sangre**

---

<sup>854</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 377; en igual sentido, GÖSSEL, Karl-Heinz, "Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal", traducción de Miguel Polaino Navarrete, en *Revista del Ministerio Fiscal*, Nº 3, enero-junio, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, p. 149.

<sup>855</sup> Citado por HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 406.

La extracción de sangre constituye una intervención corporal. La CSJN, en autos "H., G. S." (1995)<sup>856</sup>, sostuvo que la realización de la prueba de histocompatibilidad —cuando está en juego la identidad de un menor— no afecta derechos fundamentales como la vida, la salud o la integridad corporal, porque la obtención 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. Coinciden BERNATE OCHOA *et al.*, quienes afirman que la extracción de sangre no constituye una injerencia prohibida ni humillante, aunque no puede realizarse contra la voluntad del sujeto, "*siendo improcedente la práctica con fuerza física*"<sup>857</sup>.

No hay dudas de que una extracción de sangre constituye una afectación mínima del cuerpo humano. Sin embargo, ocasiona una lesión, aunque leve, de la integridad física, por lo que requiere la actuación de un profesional médico o sanitario<sup>858</sup>.

### **1.2.8. Muestras de cabello**

---

<sup>856</sup> CSJN, Fallos 318:2518, "H., G. S." y otro s/ apelación de medidas probatorias en causa n° 197/90", resolución del 4 de diciembre de 1995.

<sup>857</sup> BERNATE OCHOA *et al.*, *Sistema Penal Acusatorio*, cit., págs. 264-265.

<sup>858</sup> Según DE LUCA, "Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y garantías constitucionales", cit., p. 14, en cuanto a la integridad física, resulta claro que, al menos formalmente, se causan lesiones, "*un pinchazo y la extracción de fluido sanguíneo producen, por leve que sea, una modificación en el cuerpo y dolor físico*".

La obtención de muestras de cabello constituye una intervención corporal, pues, más allá de la nimiedad que implica su práctica, tanto al arrancarlo de su folículo como al cortarlo, no deja de causar una lesión a la integridad física<sup>859</sup>. Este derecho, según las SSTC 120/1990 y 207/1996, resulta vulnerado por toda clase de intervención que carezca del consentimiento del titular, aun no causando daño material alguno<sup>860</sup>.

Según MAIER, *"el corte de uno o de escasos cabellos, que ni siquiera inciden estéticamente en la persona afectada"* debería desaparecer del universo problemático<sup>861</sup>. Y es que se trata de una intervención que *"no constituye ni por su finalidad ni por la manera de llevarse a la práctica un trato inhumano o degradante"*<sup>862</sup>.

### **1.2.9. Muestras de piel**

La piel compone el cuerpo humano y cualquier injerencia destinada a la obtención de una muestra comportará una intervención corporal que puede tener como finalidad comprobar lesiones, marcas, ADN o la transferencia de electricidad en casos de tortura. Tal operación sólo puede llevarla a cabo un médico.

---

<sup>859</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 376.

<sup>860</sup> PASCUAL MEDRANO, "La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física", cit., págs. 53-54, destaca que la expresión integridad alude a un cuerpo íntegro e incólume, es decir, sin lesión, menoscabo o daño, tanto en el aspecto físico como en el psíquico.

<sup>861</sup> MAIER, "Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad", cit., p. 139.

<sup>862</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 222.



## 1.3. INSPECCIONES

### 1.3.1. Pruebas falométricas

Las pruebas falométricas ubican al imputado en el deber de tolerar, pues se trata de una inspección corporal y no se reclama de su parte acción alguna. Pero, a diferencia de otras injerencias en su cuerpo, solo proceden con su consentimiento, en virtud de la significativa incidencia que tal diligencia tiene respecto de su dignidad. El Parlamento Europeo, en respuesta a la cuestión E-010829/2010, consideró: *"La Comisión está muy preocupada por la información a la que se refiere su Señoría relativa a la "prueba falométrica" utilizada en la República Checa de acuerdo con la información disponible. La Comisión estima que... la práctica plantea serias dudas sobre su conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en particular sus artículos 4 y 7 relativos a la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes y al respeto de la vida privada y familiar, respectivamente. La prueba constituye una clara intromisión en la esfera privada de la persona y en su dignidad. Resulta, además, tanto más inapropiado tratándose de solicitantes de asilo que han sido perseguidos por razón de su orientación sexual. Dada su naturaleza intrusiva, la prueba no parece respetar el principio de proporcionalidad"*<sup>863</sup>.

Según BERNATE OCHOA *et al.*, la prueba falométrica, consistente en exigir a los médicos forenses un reconocimiento y descripción detallada

---

<sup>863</sup> Parlamento Europeo, disponible en <https://bit.ly/3uneYSK>.

del pene en erección, son inusuales, repugnantes, impertinentes y no demostrativas y constituyen un trato inhumano y degradante<sup>864</sup>.

También las consideran degradantes TAPIA, al afirmar que solo proceden con el consentimiento del imputado<sup>865</sup>.

Si bien no constituyen más que una posible inspección, las circunstancias de su realización y la afectación a la dignidad, imponen a las pruebas falométricas el requisito referido, es decir, el consentimiento del imputado<sup>866</sup>.

### **1.3.2. Diagnósticos por imágenes**

Los diagnósticos por imágenes, como las radiografías, ecografías, tomografías, electrocardiogramas, electroencefalogramas, etc., constituyen inspecciones corporales, pues tienden a la comprobación mediante percepción a través del sentido de la vista. Y tal naturaleza no muta por el hecho de utilizarse tecnología o porque deba intervenir un profesional médico o sanitario, pues el objetivo sigue siendo una comprobación. Las circunstancias a verificar pueden ser varias, tales

---

<sup>864</sup> BERNATE OCHOA *et al.*, *Sistema Penal Acusatorio*, cit., p. 264.

<sup>865</sup> TAPIA, "Las intervenciones corporales en el proceso penal", cit., p. 48. YULIS, "La respuesta genital: su investigación experimental y sus aplicaciones clínicas", cit., págs. 29-45, alude a dicha degradación explicando las circunstancias de los distintos instrumentos de medición, la situación para la prueba y los tipos de estímulos.

<sup>866</sup> PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 99, con cita de las SSTC 57/1994, del 28 de febrero de 1994, 120/1990, del 27 de junio de 1990, y 137/1990, del 19 de julio de 1990, expone que "lo más importante no es evitar la agresión a la integridad, entendida como afectación, sino prevenir cualquier atentado contra la dignidad, no ya por lo que se busca sino por la forma de practicar la diligencia".

como la presencia de un proyectil que no puede extraerse, tumores, actividad cerebral, lesiones o daños internos, estructura cervical, etc.

Si la inspección pusiera en peligro la salud o la integridad física la medida debe practicarse como intervención corporal, pero ello se dará en casos excepcionales y determinados de antemano, sea por la calidad del sujeto pasivo (mujer embarazada) o por lo invasivo de la intromisión (radiaciones)<sup>867</sup>.

Corresponde insistir en que *"es suficiente con la simple probabilidad de peligro para excluir la intervención corporal, es decir, bastará con que el peligro para la salud sea hipotéticamente posible en el caso concreto para que la intervención no pueda llevarse a cabo... cuando se trata de someter a una persona a un reconocimiento radiológico hay que entender que, si bien no se produce una vulneración del derecho a la salud reconocido en el art. 43 de la CE, sí se produce una afección del mismo, por lo cual entra también en juego la salud individual del sujeto afectado"*<sup>868</sup>.

La STC 207/1996 considera que los electrocardiogramas y los exámenes ginecológicos ingresan en la categoría de inspecciones y registros corporales, lo que comparto, pues el electrocardiograma constituye una medida de percepción de las condiciones del corazón, aunque mediante aparatos específicos y con la intervención de un

---

<sup>867</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 376 y 382, refiriéndose también a una mujer que transita un embarazo. En similar sentido, PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 22.

<sup>868</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 400. Para GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 80, los exámenes radiológicos y ecográficos constituyen *"auténticas medidas de intervención corporal"*, aunque consideradas leves.

médico. Y los exámenes ginecológicos que solo procuran una constatación también constituyen una inspección, la que habitualmente se verifica respecto de las víctimas en hipótesis de abuso sexual.

En todos los casos al sujeto pasivo le compete el deber de tolerar, en tanto no se exige de su parte la realización de comportamientos amparados por la prohibición de autoincriminación.

### **1.3.3. Reconocimiento en rueda de personas**

La rueda de reconocimiento de personas constituye una inspección por parte de terceros (arts. 270, 271 y 272 del CPPN y 177 y 178 del CPPF) que al sujeto pasivo le corresponde tolerar, excepto que la diligencia implicara el requerimiento de acciones que excedieran tal obligación, las que podrían encontrarse amparadas por la prohibición de autoincriminación<sup>869</sup>.

La STC 207/1996 ubica en el ámbito de las inspecciones corporales las diligencias encaminadas a la individualización del cuerpo del imputado, como los reconocimientos en rueda de personas<sup>870</sup>. Por su parte, el art. 178 del CPPF, en su último párrafo, establece: "*Los reconocimientos procederán aun sin consentimiento del imputado y se deberán tomar los recaudos para que el mismo no se desfigure*". En esta

---

<sup>869</sup> Que le pidan caminar, moverse adoptando alguna posición específica (tomando un arma de fuego o un cuchillo), etc.

<sup>870</sup> Según DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 56-57, la diligencia de reconocimiento en rueda "*constituye un acto de investigación esencial y típicamente sumarial... Su validez como prueba exige la comparecencia y ratificación del testigo en el juicio oral*".

línea, en "Cincotta" (1963)<sup>871</sup>, la CSJN sostuvo que *"el requerimiento judicial del reconocimiento del imputado... no puede ser resistido con fundamento constitucional... en efecto, 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 incriminatoria. 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 investigatoria de los hechos delictuosos"*<sup>872</sup>. En términos similares, la STS 23/2007, del 23 de enero de 2007, recuerda que el reconocimiento en rueda constituye *"una actividad probatoria de la fase instructora"*, pues *"supone un medio de identificación... dirigido a la nominación y concreción de la persona supuestamente responsable de todo delito investigado, diligencia evidentemente inidónea en el plenario porque su ejecución sería ya imposible"*.

Por su parte, entiende GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS que la diligencia de reconocimiento en rueda de personas no afecta el derecho a no declarar contra sí mismo, *"pues no obliga al imputado a emitir una declaración, sino a someterse a una modalidad de prueba, cuya validez tendrá posibilidad de contradecir si no se hubieran observado las*

---

<sup>871</sup> CSJN, Fallos 255:18, "Cincotta, Juan José", resolución del 13 de febrero de 1963, a la que remiten los casos "Baldivieso" (Fallos 333:405, del 20 de abril de 2010), "Prieto 2" (Fallos 332:1835, del 11 de agosto de 2009) y "Rau" (Fallos 339:480, del 19 de abril de 2016).

<sup>872</sup> En igual sentido, ROJAS – GARCÍA, "Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad", cit., p. 203; DE LUCA, "El cuerpo y la prueba", cit., p. 43.

*garantías precisas en su realización*<sup>873</sup>. De este modo, que el sujeto pasivo tenga luego la posibilidad de contradecir aquella diligencia no cambia en absoluto el carácter de la medida.

También BINDER entiende que "[e]l imputado está protegido por el derecho a no declarar contra sí mismo respecto de todo ingreso de información que él, como sujeto, pueda realizar. Nadie puede obligarlo a ingresar información que lo perjudica y, en consecuencia, él desee retener. Ahora bien: en el caso, por ejemplo, del reconocimiento de personas, la información no es ingresada por el propio imputado, sino por un testigo que, viendo al imputado, lo reconoce... Este criterio, basado en quién es el sujeto que ingresa efectivamente la información, permite distinguir los casos en que el imputado está amparado por esta garantía de aquéllos en los que no lo está"<sup>874</sup>. Coinciden con tal posición María Patricia TARRAUBELLA y GULLCO, para quienes un reconocimiento en rueda de personas no posee carácter "testimonial" y, por lo tanto, no vulnera la garantía contra la autoincriminación, pero "únicamente cuando en él no se obligue al imputado a participar activamente en su propia identificación"<sup>875</sup>.

Entiendo que el contexto actual ofrece múltiples opciones para contar con la imagen del sujeto pasivo en caso de negativa a someterse

---

<sup>873</sup> GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, *Manual Práctico del Letrado de la Defensa*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2007, p. 58.

<sup>874</sup> BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., págs. 183-184.

<sup>875</sup> TARRAUBELLA, María Patricia – GULLCO, Hernán Víctor, "Las inspecciones corporales y la garantía contra la autoincriminación", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 2, n° 1-2, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 721. Marca la delgada línea divisoria entre deber de tolerar y derecho a intervenir, CÓRDOBA, "Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?", cit., p. 296, quien señala: "[t]ambién los deberes de tolerar son deberes de colaborar".

a la diligencia de reconocimiento en rueda de personas<sup>876</sup>; pudiendo realizarse subsidiariamente, según lo habilitan los arts. 274 del CPPN y 176 del CPPF, el reconocimiento en rueda de fotografías<sup>877</sup>.

#### **1.3.4. Obtención de huellas**

La dactiloscopia es una disciplina científica que se ocupa del estudio de lo que tradicionalmente se conocen como las huellas digitales o dactilares. Mediante la realización del examen dactiloscópico se pretende determinar la identidad del presunto autor de un delito a través del contraste que se efectúa entre los rastros recogidos en la misma escena del delito o entre los efectos del mismo, con las huellas obrantes en las bases de datos policiales y/o directamente con las del propio sospechoso<sup>878</sup>.

Vale aclarar que tales huellas pueden obtenerse de las manos, de los pies o de cualquier otra parte del cuerpo, siempre que resulten de importancia para la investigación en tanto puedan cotejarse con rastros

---

<sup>876</sup> Redes sociales como Instagram, Tik Tok o Facebook, canales como Youtube o aplicaciones como Whatsapp o Telegram, pasando por innumerables variables informáticas y tecnológicas que requieren fotos de perfil (mails y cuentas de todo tipo).

<sup>877</sup> TAPIA, "Las intervenciones corporales en el proceso penal", cit., p. 19.

<sup>878</sup> MONTORO SÁNCHEZ, Juan Alejandro, "Las diligencias de investigación practicadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", en *Manual de Derecho Procesal Penal para Guardias Civiles*, Raúl Sánchez Gómez – Juan Alejandro Montoro Sánchez coordinadores, Dykinson, Madrid, 2021, págs. 88-89. Los rastros hallados inciden como indicio, ya que no implican necesariamente la autoría del delito, sino el contacto de la persona con algún objeto o elemento de la escena del mismo, DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 57. Véase también HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 224-228.

dubitados (marca de un cuerpo acostado que ha dejado una silueta, codo o brazo apoyados en el barro, etc.).

La STC 207/1996 considera que los exámenes dactiloscópicos constituyen una inspección. Efectivamente, la obtención de huellas dactilares, palmares, plantares o de cualquier otro tipo, tanto para identificar al imputado como para compararlas con rastros hallados, constituye una inspección corporal, porque se trata de una comprobación por percepción, aunque reclamen su registro mediante el uso de escáneres o de dispositivos biométricos. En la actualidad, la obtención de huellas mediante tecnología digital puede equipararse a la toma de una fotografía. Coincide con lo expuesto MONTORO SÁNCHEZ, para quien la obtención de huellas del sujeto pasivo también constituye una inspección corporal de carácter leve y el informe respectivo una prueba preconstituida. Asimismo, dicho informe configura prueba indiciaria de la presencia de la persona en el lugar o del contacto de su mano con la superficie del objeto respectivo. A tal efecto "*requiere inexcusablemente la práctica del testimonio en el plenario de los agentes intervinientes en su elaboración y su ratificación*"<sup>879</sup>.

En tales hipótesis no se quita ni se recupera elemento alguno del cuerpo de la persona objeto de la diligencia, sino que solo se observan y registran marcas especialmente complejas. Las huellas, por sus intersticios, diversidad, variedad, complejidad, pequeñez y heterogeneidad, difícilmente puedan permanecer en la memoria por simple observación. De ahí que se preserven mediante su impresión (estampado) por entintado o, con mayor difusión en la actualidad, a

---

<sup>879</sup> MONTORO SÁNCHEZ, "Las diligencias de investigación practicadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", cit., págs. 89-90.



través de dispositivos electrónicos de identificación biométrica (lectores digitales)<sup>880</sup>. Sin embargo, aunque en la práctica se realicen de modo automatizado, vale destacar, una vez más, que el uso de la fuerza para obtener huellas debe regirse conforme las condiciones generales ya reseñadas; aunque al sujeto pasivo le corresponde el deber de tolerar, pues no se reclama de su parte acción alguna<sup>881</sup>.

### **1.3.5. Obtención de fotografías**

La obtención de fotografías constituye una inspección corporal que el sujeto pasivo debe tolerar. Al respecto, valen las consideraciones expuestas en relación al reconocimiento en rueda de personas<sup>882</sup>. Si la foto conlleva permanecer inactivo, entonces el sujeto pasivo estará obligado en las condiciones ya reseñadas. Si la foto implica distintos movimientos a fin de lograr una imagen concordante con los

---

<sup>880</sup> Tales dispositivos se utilizan en múltiples ámbitos (acceso a lugares de trabajo, reconocimiento de computadores y teléfonos celulares, etc.).

<sup>881</sup> TAPIA, "Las intervenciones corporales en el proceso penal", cit., p. 18, quien rechaza, lo que comparto, el uso de sedantes para lograr la obtención de huellas. Aquí puede destacarse un ejemplo con el que se demuestra que la pasividad del intervenido cuando debe tolerar no es absoluta, pues si fuera necesario inspeccionar sus huellas plantares, seguramente deberá quitarse sus medias y sus zapatos, sin que ello implique acción autoincriminatoria alguna.

<sup>882</sup> Se trata de un medio de investigación que puede tener valor probatorio siempre que sea llevado a juicio respetando la contradicción y la inmediación, DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 58. Las fotografías pueden utilizarse como medida subsidiaria para un reconocimiento en rueda cuando este no pudiera realizarse con la integración de personas (por negativa del imputado, por inexistencia de personas con características físicas semejantes, etc.).

requerimientos de la investigación, entonces se tratará de un hacer tutelado por la prohibición de autoincriminación<sup>883</sup>.

De todos modos, y también en relación a lo expuesto anteriormente, en la actualidad, la posibilidad de contar con fotografías de una persona es amplia y variada; ello se presenta como una alternativa idónea a la diligencia en caso de negativa.

El carácter de inspección se desprende del objetivo de documentar imágenes producto de la percepción del cuerpo o de partes del cuerpo de una persona.

### **1.3.6. Comprobación de tatuajes, cicatrices, etc.**

También la comprobación corporal constituye una inspección, en el mismo sentido que la obtención de huellas y de fotografías, correspondiendo al sujeto pasivo el deber de tolerar. El mecanismo utilizado para las diligencias de inspección no altera su naturaleza, pues, en función de los principios de libertad probatoria y sana crítica, la forma de una verruga, el tamaño de una oreja o del órgano sexual masculino o las características de un tatuaje pueden acreditarse tanto mediante una fotografía como mediante un dibujo o una declaración testimonial de quien interviene en la inspección.

### **1.3.7. Detección de material y evidencias por perros**

---

<sup>883</sup> TARRAUBELLA – GULLCO, “Las inspecciones corporales y la garantía contra la autoincriminación”, cit., p. 721.

El uso de perros para la detección a través del olfato constituye una inspección corporal<sup>884</sup>. Dicha medida puede utilizarse para descubrir elementos vinculados con el delito, como, por ejemplo, drogas, explosivos, objetos íntimos o prendas de la víctima que llevara consigo el sospechoso, a quien le corresponde el deber de tolerar. Pero también podría practicarse la diligencia para individualizar al imputado, contando con elementos o ropas de su propiedad para luego detectarlo en algún operativo en el que intervinieran perros adiestrados. En todos los casos, presenta un alto índice de confiabilidad<sup>885</sup>.

No aplica en estas hipótesis la prohibición de autoincriminación, por tratarse de la acción de un tercero que realiza la inspección por intermedio de perros entrenados.

De este modo, la odorología podría operar como la continuidad de una requisita en la que se hubieran hallado elementos a oler para la futura detección del sospechoso, del lugar en el que la víctima se

---

<sup>884</sup> Véase RÍOS CORBACHO, José Manuel, "Perros de policía científica: la odorología forense en la Criminalística", en *Revista Electrónica de Criminología (REC)*, volumen 1, agosto de 2019, p. 13, disponible en <https://bit.ly/3jizXnt>. RODRÍGUEZ MONSERRAT, Manuel – RÍOS CORBACHO, José Manuel, "La odorología forense como indicio de prueba en el proceso penal", en *Revista Nuevo Foro Penal*, volumen 16, n° 95, julio-diciembre, Universidad EAFIT, Medellín, 2020, p. 69, señalan que "[t]ras el asesinato de los guardias civiles Fernando Trapero y Raúl Centeno el 1° de diciembre de 2007 en la localidad francesa de Capbreton, la captura de los terroristas implicados se pudo realizar gracias a los perros de la gendarmería francesa y a su magnífico y extraordinario sentido del olfato".

<sup>885</sup> DE CASTELLVÍ GUIMERÁ, Juan Luis, "La eficacia en la detección canina en el ámbito de las fuerzas armadas: propuesta de un estándar de evaluación", en *Sanidad militar. Revista de sanidad de las Fuerzas Armadas de España*, volumen 75, n° 2, Ministerio de Defensa, Madrid, 2019, p. 100, alude a porcentajes de eficacia en la detección de drogas y explosivos por perros que oscilan entre 86.8 % y 95 %.

hubiera encontrado privada de su libertad o del vehículo en el que pudo haber sido transportada<sup>886</sup>.

Más allá de los múltiples objetivos sobre los que puede recaer tal técnica, en torno al imputado constituye una inspección corporal en la que impera el deber de tolerar.

### **1.3.8. Examen médico**

El examen médico ulterior a una detención y que no ha sido dispuesto como peritaje específico a fin de relevar algún aspecto de interés para la investigación, sino que constituye la revisión de rutina posterior al hecho (si fue una aprehensión en flagrancia) y/o previa al ingreso a un establecimiento carcelario y se categoriza como una inspección, pues no pretende el secuestro de ningún elemento oculto, ni mediante requisita ni mediante intervención corporal. Tal revisión suele ser dispuesta de oficio por la policía, aunque no como acto de investigación. Por tal motivo, tampoco se notifica al detenido de la obligación que le corresponde de tolerar dicha revisión médica, del derecho que le asiste a la presencia de su defensor y, eventualmente, de su derecho a proponer perito de parte. Sin embargo, las consecuencias del dictamen, realizado en función de una inspección

---

<sup>886</sup> GIMÉNEZ PÉREZ, Adrián, "La odorología forense en el ámbito jurídico español", en *Revista Skopein. La justicia en manos de la ciencia*, año 3, n° 10, Buenos Aires, 2015, p. 83, explica que "[c]ada individuo de acuerdo a su metabolismo tiene su olor que lo identifica, sin posibilidades ni probabilidades de repetición en otro ser humano", dando cuenta, además, de los distintos métodos existentes para realizar "el peritaje de las huellas olorosas" (págs. 84-85).

rutinaria y sin respeto por los derechos que le corresponden al sujeto pasivo, suelen valorarse en su contra, sea por la incorporación por lectura del dictamen o por la declaración del médico interviniente. Corresponde entonces que, para su ponderación ulterior, el examen médico sea ordenado por un juez y se realice tras haber notificado al detenido sobre los derechos que le asisten.

## **1.4. DILIGENCIAS DE “DIFÍCIL” ENCUADRE**

### **1.4.1. Expulsión de elementos deglutidos**

La hipótesis de ocultamiento de elementos mediante una ingesta<sup>887</sup>, según MAIER, con quien concuerdo, constituye una excepción a las medidas de registro e inspección personal *“acerca de la cual sí existen serias dudas sobre cómo proceder”*<sup>888</sup>. La expulsión de elementos deglutidos, como droga, documentación, dinero o piedras preciosas<sup>889</sup>, no opera como medida de intromisión, pues no es posible

---

<sup>887</sup> El art. 2 inc. “e” del “Protocolo General de Actuación para la custodia y traslado de detenidos” de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, aprobado por el Director Nacional con fecha 30 de julio de 2012, Disposición n° 870, Expediente PSA n° 2822/2012, utiliza el término “ingestado” y lo define como *“todo detenido sospechado de haber ingerido cápsulas o cualquier otro recipiente que contenga drogas ilícitas, precursores químicos ilícitos, explosivos, u otras sustancias o elementos prohibidos legalmente con el fin de transportarlos de un lugar a otro sin ser detectados”*.

<sup>888</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, cit., p. 201; MAIER, “Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad”, cit., p. 142.

<sup>889</sup> La jurisprudencia cuenta con sobrada experiencia en materia de transporte de drogas a través de las llamadas “mulas”. Al respecto, véase la STS 490/2014, del 17 de junio de 2014, ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón,

proceder a la recolección a partir de acción externa alguna. Por el contrario, obedece a reflejos fisiológicos que no dependen de la voluntad<sup>890</sup>.

Sin embargo, como sucede con los elementos u objetos que el imputado pudiera retener por la fuerza, aquello que tuviera en su interior deberá obtenerse mediante requisa y secuestro ulteriores a la eliminación natural. Si fuera necesaria una operación quirúrgica deberá contarse con la respectiva orden judicial, lo que convertiría a la diligencia en una intervención corporal.

Por otra parte, si hubiera riesgo para la salud por la retención de los elementos en el interior del cuerpo, entonces la medida se fundamentaría en un estado de necesidad justificante, por lo que habría que proceder más allá de la obtención del material, pues se procura salvar la vida o evitar un mal mayor (art. 34 inc. 3º del CP)<sup>891</sup>. Por

---

en la que se alude a *"una actividad delictiva consistente en el transporte de droga utilizando medios comerciales aéreos y valiéndose de los conocidos como muleros o mulas"*. La CFCP, en causa FSA 12570/2019/10, caratulada "Rodríguez, Maribel Carina s/ audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362)", registro n° 5/2021, con fecha 5 de marzo de 2021, destacó que la criminalización del tráfico de drogas se acentuó en uno de los escalones más débiles: las mujeres, quienes resultan condicionadas a actuar de "mulas" o "correo humano". Por otra parte, se presentan casos de flagrancia en los que el sospechoso decide tragar rápidamente aquello que pudiera incriminarlo antes de ser aprehendido por la policía.

<sup>890</sup> Al respecto, cabe tener en cuenta que tanto la defecación como la micción constituyen acciones inexorables, pues, en algún punto (reflejo de la defecación y micción refleja) ya no podrán controlarse ni evitarse.

<sup>891</sup> Resulta fundamental establecer una distinción en lo que concierne al riesgo para la salud. Por un lado, debe establecerse el riesgo que importa la injerencia en sí misma y, a partir de allí, establecer las medidas de cuidado respectivas (actuación de un profesional sanitario); pero en tales casos la diligencia constituirá una intervención corporal guiada por las reglas procesales que la gobiernan. Por el otro, puede darse la situación de un riesgo inminente para la salud, pero preexistente (por la ingesta de drogas, por una infección,

supuesto que toda incautación ulterior será válida debido a la legitimidad de la intromisión.

Tampoco es posible forzar la medida, aunque sí acelerarla a partir de una orden judicial, del consentimiento del sujeto pasivo y mediante la toma, por ejemplo, de un laxante o purgante. Lo expuesto coincide con la posición de D'ALBORA, para quien la práctica de enemas para lograr la expulsión de material estupefaciente ingerido debe "*cumplirse con autorización judicial y explícito consentimiento*"<sup>892</sup>.

Es clara la falta de encuadre dado que, si el sujeto pasivo consintiera, aceptara o solicitara tomar algún producto tendiente a la expulsión, entonces no habría diligencia que ejecutar<sup>893</sup>, debiendo practicarse únicamente, en su caso, el secuestro correspondiente.

Como se ha expuesto, de proceder una medida de coerción personal, podrá disponerse el aislamiento del sujeto pasivo —por supuesto que en condiciones de detención dignas— y aguardar el transcurso del tiempo y la evolución natural del cuerpo humano para luego concretar el respectivo secuestro.

Por lo tanto, justificada la privación legítima de la libertad, no habría más que esperar o facilitar la toma de algún laxante o purgante,

---

etc.), es decir, producido o agravado por la maniobra delictiva. En estos casos, la actuación se encuadrará en un estado de necesidad justificante.

<sup>892</sup> D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, cit., p. 408. Por el contrario, LÓPEZ – TENCA, "La relevancia del consentimiento en la obtención de pruebas y la autorización judicial", cit., p. 512 y ss., sostienen que la aplicación de una "lavativa" no puede suministrarse ni con autorización judicial.

<sup>893</sup> LÓPEZ – TENCA, "La relevancia del consentimiento en la obtención de pruebas y la autorización judicial", cit., p. 512 y ss.

con orden judicial y si el sujeto pasivo lo consintiera. Ante la negativa no habrá posibilidad alguna de forzar la expulsión<sup>894</sup>.

En ciertos casos, como cuando se ingiere algún documento o papel de interés (porque contiene datos relevantes para la investigación, un número de teléfono, una firma o la individualización de vendedores de droga), aunque también cuando se trata de cualquier material susceptible de degradación, la evidencia perderá todo valor ya que no podrá recuperarse en condiciones de originalidad.

Por lo expuesto, entiendo que rige el deber de tolerar, ya que la obtención del material a secuestrar no depende de un hacer amparado por el derecho a no declarar contra sí mismo, sino que se procede sobre el cuerpo mediante requisa, aunque debiendo aguardar el transcurso del tiempo, por lo que el imputado debe acatar la orden y aceptar las circunstancias del ulterior secuestro. Las mismas consideraciones merecerá la medida si hubiera que actuar mediante cirugía, lo que implicaría actuar a partir de una intervención corporal.

#### **1.4.2. Flexiones/administración de vomitivos**

Complementando el apartado anterior, corresponde afirmar que cualquier elemento ingerido (drogas, papeles, piedras preciosas, etc.) constituye un material alojado transitoriamente en el interior del cuerpo y que será expulsado naturalmente con el correr del tiempo. La ingesta

---

<sup>894</sup> Comparto con TAPIA, "Las intervenciones corporales en el proceso penal", cit., págs. 27 y 42-43, que resulta absolutamente inviable la ejecución de medidas intrusivas tendientes a lograr la evacuación compulsiva de sustancias ingeridas por el imputado.



por la fuerza o bajo coacción o engaño de vomitivos o la imposición de flexiones o de movimientos corporales tendientes a forzar la expulsión constituyen actos degradantes de la dignidad humana y, por ello, prohibidos<sup>895</sup>. La STS del 1º de junio de 2001 declaró ilícita la intervención policial consistente en obligar a vomitar la droga al comprador de la misma.

El TEDH, en el caso "Jalloh v. Alemania"<sup>896</sup>, resolvió que la administración de vomitivos a la persona sospechosa de traficar estupefacientes, con el fin de que expulsara bolsitas con droga que había ingerido durante su detención, violaba el art. 3 de la CEDH (prohibición de torturas): *"las pruebas incriminatorias —ya sean confesiones o pruebas reales obtenidas como resultado de actos de violencia o brutalidad u otras formas de trato que pueden ser caracterizadas como tortura— no deben tomarse en cuenta como prueba de la culpa de la víctima, independientemente de su valor probatorio. Toda otra conclusión sólo serviría para legitimar de manera indirecta la conducta moralmente inaceptable que los autores del*

---

<sup>895</sup> LÓPEZ – TENCA, "La relevancia del consentimiento en la obtención de pruebas y la autorización judicial", cit., p. 512 y ss., incluyen la prohibición en una interpretación amplia del art. 18 de la CN, "[e]xigirle al imputado la realización de una medida como la que en este caso se analiza implica quebrar dicho principio"; TAPIA, "Las intervenciones corporales en el proceso penal", cit., p. 43; CÓRDOBA, "Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?", cit., págs. 285-287. HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 375-376, expone que "[e]l hecho de desnudar a una persona implica un ataque a su intimidad y si además se le obliga a realizar flexiones supone someterle a un trato humillante y degradante que vulnera los arts. 18.1 y 15 de la Constitución e invalida la prueba así obtenida".

<sup>896</sup> TEDH, caso "Jalloh v. Alemania" (Gran Sala, Petición N° 54810/00), resolución del 11 de julio de 2006.

*artículo 3 del Convenio buscaron proscribir*<sup>897</sup>. Por lo tanto, cualquier uso de pruebas obtenidas mediante tortura viola los artículos 6.1 y 3 de la citada Convención<sup>898</sup>.

Para el TEDH, la humillación sufrida por la persona sospechosa fue contraria a su integridad física y mental, puesto que las autoridades alemanas la forzaron a ingerir el vomitivo para recoger elementos de prueba que habrían podido obtenerse igualmente por vía de otros métodos menos agresivos, que no le hubieran provocado los sentimientos de miedo, angustia y complejo de inferioridad que soportó<sup>899</sup>.

En consecuencia, las flexiones o la administración de vomitivos, laxantes o diuréticos solo podrían aceptarse si fueran ordenadas judicialmente, si hubiera un dictamen previo de un médico descartando contraindicaciones o riesgos para la salud y si el sujeto pasivo prestara su consentimiento.

### **1.4.3. Diligencias practicadas sobre cavidades interiores**

Es posible distinguir el ano y la vagina de la boca y de otras cavidades naturales por la importancia que aquellos ostentan en nuestra

---

<sup>897</sup> Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional, p. 106.

<sup>898</sup> *La tortura en el derecho internacional. Guía de jurisprudencia*, Asociación para la Prevención de la Tortura y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Buenos Aires, 2009, págs. 71-72.

<sup>899</sup> MENGUAL I MALLOL, Anna María, "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de DDHH", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 8, 2° semestre, Comares, Granada, 2006, p. 246.

cultura actual en relación a la intimidad<sup>900</sup>. De hecho, el ano y la vagina son partes del cuerpo sobre las que cabe un alto recato y pudor, lo que se verifica con el hecho de que permanecen cubiertas por la ropa en todo ámbito distinto del privado. En tal dirección, la STC 207/1996 consideró que en la categoría de los registros corporales se incluyen aquellos actos de investigación que recaen sobre el cuerpo del imputado o de terceros destinados al descubrimiento del objeto del delito, como las inspecciones anales o vaginales, que, en principio, no vulneran el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede afectar el derecho fundamental a la intimidad. Pudiendo llegar a constituir un acto degradante<sup>901</sup>.

En este sentido, sostiene SUBIJANA ZUNZUNEGUI que "*[e]xisten diligencias que por las zonas anatómicas afectadas (registro anal o vaginal) constituyen indiscutiblemente una injerencia en el derecho fundamental a la intimidad personal, razón por la cual su legitimidad jurídica vendrá supeditada a la existencia de una previsión legal específica; una resolución motivada emitida por un juez de instrucción, en el seno de un proceso penal incoado para la investigación de un hecho grave por su penalidad o por su relevancia social*"<sup>902</sup>.

---

<sup>900</sup> En el sentido expuesto, vale recordar que la STC 37/1989, del 15 de febrero de 1989, señaló que la intimidad no es una entidad física, sino cultural, determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, y la STC 25/2005, del 15 de febrero de 2005, consideró que la intimidad constituye un ámbito reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, determinado según las pautas de nuestra cultura.

<sup>901</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 376-377.

<sup>902</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, "Policía Judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal", en *Eguzkimore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, número extraordinario 10, San Sebastián, 1997, p. 136.

Así, dependiendo del objetivo y de las circunstancias, la diligencia podrá constituir una inspección, una requisa o una intervención. Constituirá una inspección cuando procure la comprobación de lesiones, desgarros, conformación morfológica, etc., mediante exámenes médicos, generalmente en supuestos de abuso sexual. Constituirá una requisa en los casos en los que fuera posible recolectar elementos de interés para la investigación (ocultos o fluidos propios o aposentados tras el contacto con un tercero), sin riesgo para la salud, aunque mediante la intervención de profesionales médicos o sanitarios, dado el riesgo de lesiones o infecciones. Por último, la diligencia en el ano o en la vagina podrá constituir una intervención corporal si se pusiera en peligro la salud del sujeto pasivo por el tipo de sustancia escondida, por el lugar en el que se encuentra alojada o por las consecuencias de la extracción.

En tales supuestos no se trata de una ingesta que deba decantar naturalmente, sino del ocultamiento deliberado de elementos en alguna de dichas partes del cuerpo, que pueden extraerse voluntariamente o por la acción de un tercero, o de fluidos propios o de terceros, que se relevan por hisopado<sup>903</sup>. Por ende, si el sujeto pasivo brindara su consentimiento a la orden, debería proceder él mismo entregando los elementos ocultos. Si no prestara su consentimiento, entonces deberá

---

<sup>903</sup> El "Protocolo General de Actuación para la custodia y traslado de detenidos", de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, aprobado por el Director Nacional con fecha 30 de julio de 2012, Disposición N° 870, Expediente PSA N° 2822/2012, en su art. 2 inc. "f" aplica el término "introducido" y lo conceptualiza como *"todo detenido sospechado de haber introducido en su cuerpo, ya sea por vía rectal o vaginal, cápsulas o cualquier otro recipiente que contenga drogas ilícitas, precursores químicos ilícito, explosivos, sustancias o elementos prohibidos legalmente con el fin de transportarlas de un lugar a otro sin ser detectadas"*.

acatar y cumplir con la carga de tolerar la medida, sea como inspección, requisita o intervención, según se expresó.

Respecto del uso de la fuerza, las SSTS del 11 de mayo de 1996 y del 23 de julio de 1998 consideraron trato inhumano y degradante el obligar a personas detenidas a realizar flexiones, en presencia de agentes policiales y semidesnudos de la cintura para abajo, hasta expulsar la heroína que portaban en el ano. La prueba fue reputada nula y los policías condenados por vejaciones.

Si la persona no entregara voluntariamente el material, y como fuera señalado, deberá esperarse a que el mismo decante naturalmente, aislándola, aunque sin afectar su dignidad ni agravar las condiciones de su detención.

De acuerdo con lo expuesto, la boca y el resto de las cavidades distintas del ano y la vagina resultan susceptibles de diferentes tipos de diligencia según las circunstancias del caso<sup>904</sup>. En todas las hipótesis se encuentran en riesgo la intimidad y la integridad personal, pero, conforme lo reseñado en torno al pudor y al recato, cabe considerar que la incidencia respecto de tales derechos será menor.

Considerando las definiciones propuestas para cada medida, habrá de entenderse que procede una inspección si fuera necesaria una comprobación, como, por ejemplo, la falta de piezas dentales, la forma de la dentadura o de algún diente o alguna otra particularidad<sup>905</sup>.

---

<sup>904</sup> TAPIA, "Extracciones hemáticas compulsivas: en búsqueda de una molécula contra la impunidad", cit., p. 107.

<sup>905</sup> No son inusuales las mordidas en supuestos de abuso sexual por parte del abusador o en casos de legítima defensa, por lo que, en cada caso, procederá como inspección determinar la conformación de la dentadura para establecer si se trata del abusador o agresor, tanto por la marca que dejó (se inspecciona

Configurará una requisita la búsqueda de algún elemento oculto en la boca, en la axila o en algún otro pliegue<sup>906</sup>. Por último, si estuvieran en riesgo la salud o la integridad física, por ejemplo, porque el acceso a la boca o a alguna otra cavidad pudiera lesionar o causar algún tipo de infección o porque el sujeto pasivo presenta alguna patología o circunstancia previa (una herida o lastimadura abiertas, una complicación dermatológica, etc.), entonces la medida, sea para comprobar o para recuperar algún elemento de interés para la investigación, constituirá una intervención corporal.

La distinción entre la boca, por un lado, y el ano y la vagina, por el otro, no solo se justifica por el diferente grado de invasión a la intimidad que implican una y otras, debido a "*estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad*"<sup>907</sup>, sino también, como señala ETXEBERRÍA GURIDI en relación al uso de la fuerza respecto del cuerpo humano, por la eventual admisión de la coerción —si se aceptara, lo que aquí se rechaza— que solo cabría para la boca y no para el ano y la vagina. Afirma el autor citado: "*no está tan claro que resulte desproporcionada la obtención por la fuerza de muestras capilares o de saliva mediante frotis bucal*"<sup>908</sup>.

---

su dentadura) como por la marca que le hubieran dejado (se inspecciona la dentadura de la víctima o de quien se defendió).

<sup>906</sup> FINZI, "La requisita personal", cit., p. 1004, se refiere a la parte del cuerpo escondida por el "*pecho caído*".

<sup>907</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de derecho procesal penal*, cit., p. 316.

<sup>908</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, "Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", cit., págs. 616-622.

## **2. ACTOS DE INVESTIGACIÓN QUE DEPENDEN DE LA VOLUNTAD DEL IMPUTADO**

### **2.1. Registro de voz para reconocimiento**

El registro de voz previo a la medida de reconocimiento implica por parte del sujeto pasivo la realización de una acción que se encuentra tutelada por la prohibición de autoincriminación, en tanto excede el mero deber de tolerar, ya que debe proporcionar su voz para que se registre en algún soporte (leyendo, hablando, contestando preguntas, etc.), sin que pueda ser forzado a ello de modo alguno<sup>909</sup>.

Independientemente de que la voz puede registrarse por distintos medios, como, por ejemplo, a través de una intervención telefónica ordenada por un juez, el contexto actual se encuentra colmado de registros de voz que permanecen grabados en distintas aplicaciones o redes sociales que permiten una comunicación fluida entre las personas<sup>910</sup>. De este modo, cualquier grabación, previa autorización judicial, podrá utilizarse para la realización de un reconocimiento.

---

<sup>909</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., p. 255, afirma que "la consecución de una muestra de voz para que se pueda realizar una rueda de voces habrá de venir siempre dada por una colaboración voluntaria y libre del imputado, no pudiéndose, en ningún caso, obligar a este a que efectúe la misma ni, claro está, realizar una grabación mediante engaño o clandestinamente para que sea posteriormente utilizada a aquellos efectos".

<sup>910</sup> Whatsapp, Telegram, Instagram, Facebook, Skype, Twitter, TalkBox, Snapchat y otras tantas aplicaciones y redes sociales cuentan con mensajería de voz cuyos registros pueden ser utilizados, previa orden judicial, para la realización de un reconocimiento.

Lo mismo aplicaría si se tratara de videos o filmaciones<sup>911</sup>. Las variables son múltiples y todas ellas, siempre que se certifique la autenticidad y fiabilidad del registro —tanto sobre su calidad como respecto de la persona a la que se le asigna o atribuye— y se autorice su reproducción por orden judicial, permiten prescindir de la intervención del sujeto pasivo para su registro.

No resulta legítima una grabación obtenida como consecuencia de un engaño por parte de funcionarios públicos, como, por ejemplo, cuando el sujeto pasivo concurriera a declarar a una audiencia y se registrara su voz sin advertirle o sin su consentimiento<sup>912</sup>. En cambio, sí puede utilizarse una conversación grabada por un particular sin complicidad de un funcionario público, salvo que el sujeto pasivo hubiese sido coaccionado, porque se tratará de un diálogo exteriorizado en un marco de libertad y autonomía. Respecto de tal hipótesis, *"la tendencia actual es considerarla lícita y... por tanto, puede ser valorable, sin perjuicio de la fiabilidad que pueda merecer al juez o tribunal"*<sup>913</sup>.

Según LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, la medida ulterior debe realizarse mediante una *"rueda de voces, es decir, hacer oír al testigo una diversidad de voces, por sí, en razón al acento, al tono, a algún defecto, etc., es capaz de identificar la voz que en su día oyó"*; la medida también puede practicarse, con mayor rigor, a partir de una diligencia pericial<sup>914</sup>.

---

<sup>911</sup> Youtube, Tik Tok, Instagram, Facebook, programas de televisión abierta o cerrada, etc.

<sup>912</sup> En tal sentido, Roxin, *Derecho procesal penal*, cit., p. 294.

<sup>913</sup> GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *Manual Práctico del Letrado de la Defensa*, cit., p. 62.

<sup>914</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de derecho procesal penal*, cit., págs. 309-310.



## 2.2. Confección de un cuerpo de escritura

La confección de un cuerpo de escritura implica un hacer que se encuentra protegido por la prohibición de autoincriminación y, por ende, no puede ser condicionada por coacción alguna. Tal diligencia comparte las mismas consideraciones expuestas en relación al registro de voz, sin que quepa encuadrarla como inspección, requisa o intervención. Comparten tal postura María Inés HORVITZ LENON y LÓPEZ MASLE, quienes afirman que *"la prueba caligráfica es un tipo de acto de investigación que, a diferencia de los exámenes corporales e inclusive de las pruebas dactilares, requiere la colaboración activa del imputado, lo que torna prácticamente imposible su ejecución forzada, incluso mediando autorización judicial previa... El requisito de necesidad impuesto por el criterio de proporcionalidad generalmente no justificará en este caso el uso de la fuerza, porque una investigación acuciosa debiera conducir a la obtención de... muestras de escritura que el imputado haya ofrecido en el pasado de manera voluntaria"*<sup>915</sup>. En cuanto a tal alternativa, la CSJN, en el caso "Rau" (2016)<sup>916</sup>, sostuvo que la cláusula constitucional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo veda el uso de cualquier forma de coacción o artificio tendiente a

---

<sup>915</sup> HORVITZ LENON – LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal penal chileno*, t. 2, cit., p. 106.

<sup>916</sup> CSJN, Fallos 339:480, "Rau, Alejandro Oscar s/ causa n° 16.400", resolución del 19 de abril de 2016, al que remiten las causas CPE 1117/2015/CS1, "Hipódromo Argentino de Palermo S.A. y otros s/ infracción ley 24.144", resolución del 12 de agosto de 2021, y CIV 35302/2007/1/RH1, "Campolieti, Esther Carmen y otro c/ Carrillo, Teresita; María Cristina Carrillo y Miguel Ángel Carrillo s/ incidente civil", resolución del 8 de octubre de 2019.

obtener declaraciones acerca de los hechos que la persona no tiene el deber de exteriorizar, pero no abarca los supuestos en que la evidencia es de índole material y producto de su libre voluntad. Por tal motivo, la Corte revocó la sentencia que había absuelto al imputado por considerar que se había vulnerado la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminación forzada, al utilizarse como indubitables, para arribar a una prueba dirimente, las firmas que estampó en las actuaciones sin que se le hicieran conocer las consecuencias que podrían resultar.

### **2.3. Exámenes psicológicos y psiquiátricos**

Los exámenes psicológicos y psiquiátricos implican una declaración del imputado que depende exclusivamente de su voluntad, encontrándose tutelado por la prohibición de autoincriminación, aun si se considera que su exposición frente al psicólogo o al psiquiatra no puede referirse a los hechos o a su participación y aun si se entiende que el psicólogo o el psiquiatra no pueden asentar en sus dictámenes o exponer en sus declaraciones aspectos vinculados a los hechos o a la participación. Básicamente porque resulta imposible escindir de la imputación lo que el imputado deba declarar o responder ante el perito y porque, de un modo u otro, la declaración de este en el juicio oral o el contenido de su informe revelarán algún dato que podrá servir como indicio para la imputación, aun si constituyera un síntoma de personalidad o patológico, porque siempre podría ser usado en su contra.

Por lo tanto, le asiste al imputado el derecho a negarse a declarar o a entrevistarse con una persona experta en psicología o psiquiatría y lo resguarda la prohibición de presunción en su contra por su silencio. Ya que, como bien sostiene DUART ALBIOL, aun con un criterio estricto, la prohibición de autoincriminación "*se restringe... a las diligencias de naturaleza testimonial o comunicativa*"<sup>917</sup>; y sin dudas que una entrevista con peritos psicólogos o psiquiatras implica una comunicación fluida y profunda.

Por ello, en ningún caso será posible actuar coactivamente. Señala MAIER que si "*lo que requerimos de la persona es una coacción dirigida a que obre, a que haga algo como por ejemplo... un test psicológico, allí sí me parece que la fuerza está prohibida. La colaboración activa de la persona requiere de su consentimiento*"<sup>918</sup>.

No cabe duda de que tales medidas pueden ser ordenadas por un juez, pero, según entiendo, cualquiera sea el método utilizado por psicólogos o psiquiatras, siempre dependerán de la voluntad de entrevistado para que hable, conteste, dibuje o complete algún formulario. Por ende, no puede hablarse de un deber de tolerar en tales casos, ya que ni siquiera pensando en una pasividad relativa sería posible concretar tales peritajes, ya que solo proceden a partir de la acción expresiva y comunicativa del imputado en el encuentro con el perito.

---

<sup>917</sup> DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., p. 290.

<sup>918</sup> MAIER, "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", cit., págs. 239-240.

## 2.4. Reconstrucción del hecho

La reconstrucción del hecho depende de la autonomía de la voluntad del imputado y se encuentra amparada por el derecho a no declarar contra sí mismo. Coincido con lo expuesto por CAFFERATA NORES, para quien se encuentra prohibido imponer al imputado su participación activa en una reconstrucción del hecho, fundando también su afirmación en la prohibición de autoincriminación<sup>919</sup>. En igual sentido se pronuncia MAIER, quien considera "próxima" a la prohibición de autoincriminación "*la participación (del imputado), al menos activa, en una reconstrucción del hecho*"<sup>920</sup>. Puede deducirse de ello la posibilidad de una participación pasiva del imputado en una reconstrucción del hecho, lo que importaría un deber de tolerar, pero con la cautela que impone evitar bajo esa modalidad un reconocimiento impropio o generar intencionalmente un indicio en su contra. Es decir, todo lo que signifique una actividad, como, por ejemplo, que se posicione en algún sitio para establecer si su altura permitió que lo vieran desde otro lugar, si su calzado coincide con una huella hallada durante la reconstrucción, si su cuerpo traspasa una pequeña ventana, etc., importará un hacer cubierto por la prohibición de autoincriminación, tal como lo postulan CAFFERATA NORES y MAIER, con quienes coincido.

La normativa vigente determina que se trate de un derecho del imputado y no de un deber que deba tolerar. Así, tanto el art. 221 del CPPN como el art. 180 del CPPF establecen la posibilidad de llevar a cabo la medida de reconstrucción del hecho "*para comprobar si se*

---

<sup>919</sup> CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 20.

<sup>920</sup> MAIER, *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, cit., págs. 197-198.

*efectuó o pudo efectuarse de un modo determinado”, aunque “no podrá obligarse al imputado a intervenir en la reconstrucción, pero tendrá derecho a solicitarla”.*

### **3. ADMINISTRACIÓN DE NARCÓTICOS E HIPNOSIS. MÉTODOS PROHIBIDOS**

La administración de narcóticos de cualquier tipo y la hipnosis se encuentran prohibidas aun si las solicitara el imputado en su defensa<sup>921</sup>. Se pregunta SCHÖNKE si está permitido suministrar un narcótico a una persona para que declare ante un tribunal. Al respecto, reflexiona que lo decisivo para un correcto planteamiento del problema no recae en el análisis de los preceptos particulares, sino en consideraciones de carácter general y que se trata de hasta qué punto los intereses del Estado autorizan el sacrificio de la personalidad del individuo. Y concluye: *“[s]egún mi entender en estos casos se veja la dignidad del ser humano y en consecuencia, se debe prohibir por completo, so pena de convertir al hombre en un mero instrumento para fines extraños a los que le son constitutivos por su condición de ser humano. No es*

---

<sup>921</sup> HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 332-333, apunta que los derechos al silencio, a la libertad y a la dignidad humana rechazan “de plano” su utilización, “siendo por tanto irrelevante en todo caso que el imputado consienta en someterse a un interrogatorio practicado con narcoanálisis pueso que además... el que consiente desconoce qué cosa consiente, y entonces el consentimiento no puede tener valor jurídico”.

*permitido que para defender el ordenamiento jurídico se tengan que destruir los valores fundamentales de nuestra cultura*<sup>922</sup>.

Con otra opinión, expone BINDER que no rige la "*misma inadmisibilidad absoluta*" que respecto de medios violentos, reconociendo que "[p]odría ser conceptualmente admisible la utilización de un medio de este tipo, cuando existe el consentimiento—prestado en forma acreditadamente libre— por parte del imputado, siempre que tal recurso solamente se utilice para la defensa y se garantice su eficacia e inocuidad. Es decir, siempre que se lo rodee de un conjunto de circunstancias que fortalezcan su carácter de instrumento de defensa"<sup>923</sup>.

Tanto la hipnosis como el narcoanálisis permiten que el hemisferio derecho del cerebro pueda "abrirse", dejando escapar los recuerdos que la mente ha ocultado para defenderse, por su dureza, de la angustia que provocan o el shock traumático que causaron. Para ello, es necesario que el hemisferio izquierdo, el que ejerce la "censura lógica", quede como una "puerta entrecerrada" y no contamine el testimonio con los prejuicios, el temor o la mentira. Sin embargo, es muy difícil lograr el grado máximo de regresión, por lo que generalmente lo que se crea es una libre asociación de ideas entre ambos hemisferios, y la opción de jugar y mentir sigue activa, lo que resta gran parte del valor científico a la prueba<sup>924</sup>.

---

<sup>922</sup> SCHÖNKE, Adolf, "Evolución del Derecho penal y Procesal penal en Alemania a partir del año 1945", traducción de Juan Cobo del Rosal, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, t. 4, fascículo 1, Madrid, 1951, p. 22.

<sup>923</sup> BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 195.

<sup>924</sup> URIARTE VALIENTE – FARTO PIAY, *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, cit., p. 379.

La STS del 26 de noviembre de 1991, basándose en la prohibición de torturas prohibida por el art. 15 de la CE, aplicable a nuestro sistema en virtud de la citada Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, afirmó que el uso de fármacos para lograr la verdad no es admisible ni aun a pedido del imputado, pues *"la dignidad humana no es negociable, tampoco la libertad. El Ordenamiento jurídico, y con él los Tribunales, han de velar por estos valores explícitos en la Constitución. El 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. 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 de la personalidad afecta a la libertad de la persona humana y su aplicación con fines de tomar declaraciones es absolutamente inadmisibile sin 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 tomada en cuenta, como ya se dijo, independientemente de que las respuestas dadas en dicho estado crepuscular ni siquiera se corresponden siempre con la verdad objetiva, sino con representaciones de la capa profunda de la personalidad"*<sup>925</sup>.

---

<sup>925</sup> En igual sentido se pronunció la STS 900/1997, del 23 de junio de 1997, respecto de la solicitud del imputado para que le suministraran el llamado suero de la verdad, fundado en que puede valerse de todos los medios de prueba pertinentes y que sean necesarios para su defensa; con remisión a la citada STS del 26 de noviembre de 1991, se rechazó tal petición.

De la misma manera se manifiestan BERNATE OCHOA *et al.*, quienes señalan que los fármacos como el suero de la verdad o el pentotal sódico deben rechazarse "de forma enfática en cualquier Estado que se precie llamarse de Derecho"<sup>926</sup>. GIL HERNÁNDEZ añade también, como diligencias proscriptas, los exámenes de reflejo psicogalvánico (basados en que toda declaración falsa origina en el cuerpo un aumento de la resistencia al paso de corriente eléctrica) y los detectores de mentiras (fundados en que toda emoción determina en el sujeto alteraciones del pulso), ya que "tales métodos son una manifestación de pruebas prohibidas constitucionalmente, por infringir el derecho a la dignidad personal del art. 10 CE, auténtico basamento de un Estado de Derecho"<sup>927</sup>.

---

<sup>926</sup> BERNATE OCHOA *et al.*, *Sistema Penal Acusatorio*, cit., p. 265. También rechaza su uso PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., p. 325.

<sup>927</sup> GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., págs. 85-86.





## **CONCLUSIONES FINALES**

### **Primera. Perspectiva histórica del uso de la fuerza sobre el cuerpo del sospechoso**

Desde los inicios de la convivencia humana hasta fines del siglo XIX el cuerpo del sospechoso o acusado fue el centro de la venganza y de la retribución por el daño causado. En los primeros tiempos, esa venganza o retribución se vinculó con la muerte o la mutilación del ofensor, aunque siempre existieron alternativas patrimoniales que operaron como compensación.

A partir del siglo XIII el soberano se apropió del conflicto y desplazó a la víctima, ubicándose como señor del destino del cuerpo, con el añadido de convertir el castigo en un espectáculo público tendiente a sembrar temor. A la vez, para justificar su posición, debía dar por comprobada de algún modo la verosimilitud de la acusación o denuncia, por lo que el cuerpo pasó a constituirse en fuente de información a través de la tortura.

En el siglo XVIII se esboza la dignidad de la persona como límite al poder. Sin embargo, la decadencia del pensamiento iluminista de fines del siglo XX evidenció los impulsos punitivos que procuraron dar prevalencia a la eficacia en la investigación del delito por encima de las garantías y derechos fundamentales.

### **Segunda. Derechos tutelados por la Constitución Argentina**

Respecto de los actos de investigación sobre el cuerpo del imputado, el sistema constitucional argentino tutela los derechos fundamentales a la libertad, dignidad, intimidad, integridad personal y a

no declarar contra sí mismo, los que, a su vez, constituyen principios limitadores para el legislador procesal.

La libertad ambulatoria se ve afectada por la realización de cualquier registro corporal, en tanto queda restringida aunque la práctica fuera leve y breve en el tiempo.

La dignidad es considerada la base misma de los derechos fundamentales, como “el derecho a tener derechos” que se le reconoce a todo ser humano por el hecho de ser tal.

La intimidad se constituye como una entidad cultural determinada por el criterio dominante sobre el recato corporal, reservado de la acción y conocimiento de los demás.

Por su parte, la intimidad genética se presenta como una derivación de la intimidad relacionada con la información genética que contiene datos sensibles para la persona y terceros.

La integridad personal se vulnera cuando se procede sobre el cuerpo sin el consentimiento del titular del derecho.

El derecho a no declarar contra sí mismo encuentra su principio limitador en la prohibición de autoincriminación forzada o bajo engaño, que ampara a la persona en cuanto a su autonomía para intervenir personalmente en determinados actos de la investigación. Por ello, ninguna orden estatal puede generar una obligación en tal sentido ni consecuencias perjudiciales por una decisión en contrario.

### **Tercera. Autoridad competente para ordenar y ejecutar registros corporales**

Excepto los cacheos, que proceden en la vía pública concurriendo las exigencias legales previstas, las demás medidas deben ser

ordenadas por una autoridad judicial. Aun así, en hipótesis de necesidad y urgencia, la policía puede actuar de oficio, inclusive para la realización de una intervención corporal leve, siempre que no existiera riesgo para la salud.

La ejecución de las requisas e inspecciones corporales corresponde a la autoridad judicial o policial. En el caso de las inspecciones, es posible su práctica por expertos en criminalística.

En función de los derechos a la dignidad e intimidad, todo registro que afecte zonas íntimas deberá ser realizado por profesionales médicos o sanitarios, aun si no estuviera en riesgo la salud o la integridad física.

#### **Cuarta. El cacheo en Argentina**

El cacheo en Argentina no cuenta con regulación legal, ni en la normativa policial ni en los códigos procesales. Aun así, se trata de una práctica policial habitual, de carácter precautorio, es decir, predelictivo, porque se realiza principalmente en las hipótesis de detención que tienen por objeto la averiguación de la identidad del sospechoso. Su objetivo solo puede consistir en evitar lesiones y daños a terceros buscando armas o elementos que pudieran utilizarse como tales, pues la revisión a efectos de hallar objetos vinculados con un delito corresponde exclusivamente a la medida de requisa. De todos modos, un hallazgo casual será válido si lo fueran los motivos que determinaron la realización del cacheo.

El cacheo encuentra justificación en el estado de necesidad, en la legítima defensa y en el cumplimiento de un deber por parte de los agentes policiales, quienes deben prevenir riesgos y ataques a terceros y a sí mismos.

El uso de la fuerza está condicionado a la proporcionalidad en el estado de necesidad y a la racionalidad del medio empleado en la legítima defensa.

### **Quinta. Los registros corporales con carácter procesal**

La requisita, la inspección y las intervenciones corporales cuentan con regulación legal en el CPPN y en el CPPF como actos de investigación que procuran el hallazgo de evidencias relacionadas con la previa comisión de un delito. Las dos primeras medidas, como también el secuestro consecuente a la requisita, requieren la presencia de dos testigos que no pueden ser funcionarios policiales. De allí la separación formal y temporal entre el cacheo y las demás medidas.

La requisita se realiza mediante revisión del cuerpo y cavidades naturales con el fin de secuestrar y recuperar elementos ocultos vinculados al delito (que han sido allí escondidos por el imputado). La inspección consiste en la comprobación por los sentidos (vista, olfato, etc.) de circunstancias relevantes del cuerpo del imputado, pero sin secuestro, pues no hay nada por secuestrar, sino solo aspectos por observar y verificar. La intervención consiste en la extracción de elementos alojados en el interior del cuerpo o constitutivos del mismo.

### **Sexta. Actos de investigación relacionados con el cuerpo del imputado**

El vínculo entre el cuerpo del imputado y los actos de investigación comprende dos categorías. Aquellos que el imputado **DEBE TOLERAR** en virtud de una orden judicial o decisión policial de oficio que exceptúa la exigencia de su consentimiento, siendo susceptibles de coacción jurídica

y con límite en la dignidad. Y aquellos que **DEPENDEN DE SU VOLUNTAD**, sin posibilidad de coacción alguna y con límite en el derecho a no declarar contra sí mismo.

### **Séptima. Valor de los actos de investigación y juicio oral**

Todo registro corporal constituye un acto definitivo e irreproducible por expresa disposición legal, como en el caso de las requisas e inspecciones, o porque así surge de sus características y naturaleza, como en los supuestos de las intervenciones. Su práctica durante la instrucción reclama el cumplimiento de las exigencias formales y con el principio de contradicción, de modo que puedan ingresar como prueba al juicio oral.

El valor probatorio de los actos de investigación vinculados con el cuerpo del imputado en el caso argentino, arraigado en el peso que tradicionalmente tuvo la instrucción respecto del juicio oral, debe contemplarse en función del resto de las pruebas producidas en su seno y bajo las reglas que lo rigen. Ello justifica exigir la presencia en el juicio oral, como testigos o peritos, de aquellas personas que hubieran intervenido en el acto respectivo a fin de cumplir con las exigencias del derecho de defensa y la contradicción, procurando así evitar que el juicio oral se transforme en un juicio leído.

### **Octava. Fundamentos de las injerencias corporales**

En primer lugar, deben verificarse los principios de legalidad y reserva de ley, acreditarse sospecha suficiente sobre el hecho y la participación, justificarse motivadamente la realización de la diligencia, cumplirse con las formas procesales y respetarse los derechos

fundamentales en riesgo; además, en el caso de las diligencias practicadas por la policía, debe demostrarse la imposibilidad de requerir la respectiva orden judicial sin riesgo de pérdida o alteración de la evidencia a obtener o comprobar, es decir, la urgencia.

En segundo lugar, la medida debe ejecutarse en base al principio de proporcionalidad y a los principios derivados de este: necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto, así como también practicarse con perspectiva de género cuando corresponda.

#### **Novena. Actos que el imputado debe tolerar**

De acuerdo con las previsiones legales que habilitan el uso de la fuerza de modo genérico, debe considerarse que, una vez ordenado el acto que conlleva su posible ejecución mediante la fuerza física, entonces el destinatario del mismo se encuentra obligado a cumplirlo. Los actos que el imputado debe tolerar son aquellos que no se encuentran amparados por la prohibición de autoincriminación, es decir, por su derecho a no declarar contra sí mismo.

#### **Décima. Prohibición absoluta del uso de la fuerza física**

En Argentina no se encuentra previsto el uso de la fuerza física para la realización de medidas sobre el cuerpo del imputado. Por ende, una vez ordenadas, se presentan las siguientes opciones: que el imputado consienta o, al menos, que no se oponga y que el imputado se niegue categóricamente o se resista. En el primer caso no habrá obstáculos a la realización de la diligencia. Es en el segundo donde se presenta una parte de las discusiones en torno a las injerencias corporales.

El derecho fundamental a la dignidad de la persona impide el uso de la fuerza sobre el cuerpo del imputado cuando este se niega a la medida. Tal postura es indiscutible, dada la carencia de regulación al respecto.

### **Décimo primera. La coacción jurídica**

El rechazo de la fuerza física conlleva su reemplazo por la **COACCIÓN JURÍDICA**, lo que implica la posibilidad de actuar sobre el cuerpo del imputado sin su consentimiento, pues se encuentra obligado a tolerar pasivamente, en tanto no se le exige comportamiento alguno que desconozca su derecho a no declarar contra sí mismo.

En caso de resistencia o negativa categórica a la realización de la diligencia corporal, la única coacción admisible será de carácter jurídico, relacionada con consecuencias de orden normativo, a saber: (1) la ejecución de medidas alternativas al uso de la fuerza, que comprende la búsqueda de evidencias por otros medios (toma subrepticia de vestigios, material entregado voluntariamente por el imputado, transcurso del tiempo y espera y situaciones de inconsciencia), (2) la valoración de la negativa a la medida como indicio en conjunto con el resto de las evidencias y (3) la imputación del delito de desobediencia, que deberá ser advertido al momento de notificarle al imputado la orden judicial o la decisión policial de llevar a cabo la injerencia.

Cuando la persona deba tolerar, la coacción jurídica operará como refuerzo para la decisión de consentir o, al menos, de no oponerse a la medida. Por el contrario, cuando el hacer dependa de la autonomía de la voluntad, entonces el uso de la fuerza se encontrará prohibido en cualquiera de sus formas.



Aun admitiendo el papel significativo que la filosofía del derecho le asigna a la coerción, la misma encuentra su límite en el respeto por los derechos fundamentales, principalmente en la dignidad de la persona.

### **Décimo segunda. Medios alternativos al uso de la fuerza**

La **OBTENCIÓN SUBREPTICIA** de material o restos desprendidos o abandonados por el imputado presenta múltiples opciones para su recolección, para las que deben verificarse las mismas exigencias que requeriría la respectiva injerencia corporal. Las condiciones de fiabilidad y el carácter indubitado de la muestra pueden acreditarse tanto del cuerpo como, por ejemplo, de un vaso que acaba de usar el imputado o de la almohada de su cama.

La sospecha previa es determinante para la legitimidad de la toma subreptica, puesto que lo contrario supondría una actuación arbitraria y el sometimiento de los derechos fundamentales a un control policial configurador y limitador de la vida en libertad.

Las tomas subrepticias no cuentan con regulación en Argentina, aunque, por afectar en menor medida los derechos fundamentales del imputado, pueden reconducirse a las pautas generales sobre requisa y secuestro.

### **Décimo tercera. Material entregado voluntariamente**

Por otra parte, aquello que el sospechoso hubiese dado como **ENTREGA VOLUNTARIA** fuera de la investigación (una muestra de sangre en un laboratorio, su vehículo en un taller mecánico o prendas de vestir en una tintorería, por citar algunos ejemplos), puede incautarse si se comprobaran las circunstancias que justificarían la respectiva injerencia

y siempre que tal entrega no hubiera sido provocada mediante engaño o coacción. Si la tarea fuera realizada por la policía sin orden judicial deberá verificarse, además, una situación de urgencia.

Lo mismo sucedería con un control de alcoholemia por aire espirado, pues en Argentina tal comprobación y la infracción por la negativa tienen carácter administrativo. De allí que, previa orden judicial, pueda requerirse el resultado para que sea remitido e incorporado al proceso penal.

#### **Décimo cuarta. Elementos retenidos por la fuerza o ingeridos**

Cuando se trate de elementos retenidos por la fuerza o ingeridos y siempre que se acrediten los presupuestos para disponer una medida de coerción personal, esto es, peligro de fuga y/o de entorpecimiento de la investigación, la persona podrá ser aislada y controlada hasta que el **TRANSCURSO DEL TIEMPO** permita recuperar aquello que por distención o por el devenir natural del cuerpo será liberado o eliminado. Obviamente, este tipo de medida complementaria de la detención será legítima solo si concurrieran las circunstancias que autorizan la incautación y siempre que no constituyera un trato degradante.

#### **Décimo quinta. Imputado en estado de inconsciencia**

Si el imputado se encontrara en **ESTADO DE INCONSCIENCIA** y fuera necesario incautar evidencias de interés de su cuerpo, será posible proceder si se acreditaran los presupuestos para disponer una injerencia. En este sentido, debe recordarse que, tratándose de un deber de tolerar, la orden respectiva permite prescindir de su

consentimiento. Sin embargo, en todos los casos, aun con orden judicial, deberán confirmarse, por una parte, la urgencia o el requisito de la imposibilidad de aguardar el transcurso del tiempo sin riesgo de pérdida o adulteración de la evidencia y, por la otra, un trato digno y acorde con el estado del sujeto pasivo.

### **Décimo sexta. Valoración como indicio de la negativa a la medida**

La resistencia o la negativa categórica del imputado a una injerencia corporal pueden valorarse como un indicio de su participación en los hechos delictivos con el resto de la prueba reunida, y siempre en el marco de la sana crítica racional y la libertad probatoria. Tal postura no desconoce la presunción jurídica de inocencia, que prohíbe una condena cuando hubiera dudas al ponderar la prueba, pero dicho principio no impide la valoración de una resistencia o de una negativa rotunda como indicio dentro de la estructura de un razonamiento jurídico guiado por las reglas de la lógica.

La única presunción constitucionalmente prohibida es aquella que se desprende de su negativa a declarar (art. 18 de la CN). Dicha garantía ampara solo su silencio, no así un comportamiento activo contrario a su deber de tolerar. Una presunción derivada de tal comportamiento no presenta objeciones constitucionales o legales, pues la defensa en juicio no comprende acciones contrarias a la norma que obliga al imputado a soportar injerencias legítimas en su cuerpo.

El indicio confluirá para ser ponderado con las demás evidencias reunidas, cuya suficiencia previa habrá permitido ordenar o decidir la intromisión.

### **Décimo séptima. Imputación del delito de desobediencia**

De la resistencia o negativa rotunda del imputado en hipótesis en las que debió tolerar una injerencia corporal se deriva la eventual configuración del tipo penal de desobediencia. Con el objetivo de que comprenda los alcances de la negativa, y porque las circunstancias de realización de toda injerencia lo permiten, del mismo modo que se anuncia sobre el delito de falso testimonio antes de la declaración de un testigo o perito, deberá advertirse al imputado que puede incurrir en el delito de desobediencia como paso previo a la ejecución de la medida.

No se trata de imputar una mera pasividad, sino de la negativa rotunda o la resistencia que impiden ejecutar una diligencia corporal legítima. Desobediencia genérica o desobediencia específica que, como tipo penal o como infracción administrativa, se admite respecto de los controles de alcoholemia por aire espirado.

La trascendencia del bien jurídico tutelado, en el caso, la administración de justicia, da cuenta de una aplicación material razonable y no meramente formal del derecho penal.

### **Décimo octava. Análisis de casos prácticos**

Los casos prácticos se dividieron entre aquellos en los que el imputado debe tolerar y aquellos que dependen de su voluntad.

Se subsumen en la medida de requisa los hisopados externos y la obtención de material depositado debajo de las uñas y de los restos de la deflagración de armas de fuego.

Encuadran como intervención corporal la extracción de líquido cefalorraquídeo, la extracción de proyectil u otro elemento del interior

del cuerpo, los hisopados internos, los controles de alcoholemia por aire espirado, las muestras de orina y de esperma, la extracción de sangre y las muestras de cabello y piel.

Dependiendo de las circunstancias de su realización y del riesgo para la integridad física y la salud, la expulsión de elementos deglutidos y las flexiones o administración de vomitivos con consentimiento del sujeto pasivo, pueden constituir tanto una requisita como una intervención corporal.

Categorizan como inspección corporal las pruebas falométricas con consentimiento del sujeto pasivo, los diagnósticos por imágenes, los reconocimientos en rueda de personas, la obtención de huellas y fotografías, la comprobación de tatuajes, cicatrices, etc., la detección por perros y los exámenes médicos de revisión.

También según las circunstancias de su realización, las medidas sobre el ano y la vagina y sobre la boca y otras cavidades naturales podrán constituir tanto una requisita como una inspección o una intervención, dependiendo, principalmente, del peligro para la integridad física y la salud.

En el segundo grupo de casos, es decir, aquellos que dependen de la voluntad del imputado, se incluyen los registros de voz para reconocimiento, la confección de cuerpos de escritura, los exámenes psicológicos y psiquiátricos y la reconstrucción del hecho.

Quedan exceptuados de modo absoluto como diligencias posibles sobre el cuerpo del imputado, la administración de narcóticos y el uso de medios hipnóticos.

### **Décimo novena.**

Finalmente, es posible afirmar que en Argentina la carencia legislativa en materia de registros e injerencias corporales en el proceso penal es compatible con la escasez de jurisprudencia y literatura en la materia. La presente tesis pretende constituir un aporte para una discusión que aún no ha tenido inicio en nuestro ámbito jurídico.

Tal falencia ha sido el germen y, a la vez, el estímulo para tratar un conjunto de cuestiones trascendentales en cuanto a los actos de investigación, con un notorio nivel de incidencia en la averiguación de los hechos y de sus partícipes. Delimitar cada medida, establecer sus exigencias constitucionales y legales, separar categóricamente los actos que el imputado debe tolerar de aquellos en los que interviene voluntariamente, descartar el uso de la fuerza, ofrecer alternativas al respecto y considerar las consecuencias de la negativa a una medida legítimamente ordenada se presentan como las bases necesarias para brindar un marco teórico-práctico abarcador de todas las problemáticas que plantean las injerencias sobre el cuerpo del imputado.

Entre ellas, se ha sostenido la imposibilidad de apelar al uso de la fuerza, cuestión que, como tantas otras, se encuentra preocupantemente desatendida y que, según se ha propuesto, debe reemplazarse por una coacción de naturaleza jurídica, asentada en las derivaciones que acarrea la negativa del imputado a las diligencias que debe tolerar.

La práctica judicial y policial actual no puede obviar los avances de la tecnología, que ofrece evidencias fiables y confiables. Pruebas genéticas, cámaras de seguridad, recolección de vestigios, entre otros tantos ejemplos, muestran parte de un proceso penal que debe acompañar aquellos adelantos, como aquí se ha postulado.

En Argentina, el debate sobre las injerencias en el cuerpo del imputado aún no se encuentra abierto, la presente investigación pretende contribuir al impulso y continuidad del mismo, dada su relevancia para el descubrimiento de la verdad en el proceso penal.

## **ANEXO LEGISLATIVO**

### **Constitución de la Nación Argentina<sup>928</sup>**

#### Preámbulo

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.

Art. 1. La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

Art. 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del

---

<sup>928</sup> Ley 24.430, sancionada el 15 de diciembre de 1994, promulgada el 3 de enero de 1995, ordena la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994).



territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Art. 16. La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Art. 17. La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

Art. 18. 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 tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos 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.

Art. 19. 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.

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

Art. 33. 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.

Art. 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud,

seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Art. 75. Corresponde al Congreso:

12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del 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 cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

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 Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros

Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios 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.

## **Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>929</sup>**

### Preámbulo

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional

---

<sup>929</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del 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, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,

Han convenido en lo siguiente:

#### Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los 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.

#### Art. 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. 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.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

#### Art. 7. Derecho a la Libertad Personal

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.

#### Art. 8. Garantías Judiciales

2. Toda persona inculpada de 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:

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

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

#### Art. 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

#### Art. 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

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, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

#### Art. 12. Libertad de Conciencia y de Religión

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

#### Art. 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

#### Art. 15. Derecho de Reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

#### Art. 16. Libertad de Asociación

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.



#### Art. 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

#### Art. 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

#### Art. 30. Alcance de las Restricciones

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 dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

#### Art. 32. Correlación entre Deberes y Derechos

2. 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.

## **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>930</sup>**

### Preámbulo

Los Estados Partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,

---

<sup>930</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

Conviene en los artículos siguientes:

Art. 9.1. 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 esta.

Art. 12.3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

Art. 14.1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los

casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Art. 14.2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Art. 14.3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

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.

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Art. 15.1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Art. 17.1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Art. 17.2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Art. 18.3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Art. 19.3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Art. 21. Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Art. 22.2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública

o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

## **Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>931</sup>**

### Preámbulo

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

---

<sup>931</sup> Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, por Resolución 217-A (III).

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

Art. 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Art. 10. 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. 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.

Art. 11.2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

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.

Art. 13. 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

Art. 13.2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

## **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>932</sup>**

Preámbulo

---

<sup>932</sup> Aprobada en la 9º Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.



Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.

Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu.

Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre.

Art. I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser

juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

Art. XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

Art. XXVIII. Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

## **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>933</sup>**

### Preámbulo

Los Estados partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo

---

<sup>933</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas por su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el art. 27.

tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,

Convienen en los artículos siguientes:

Art. 12.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

## **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>934</sup>**

---

<sup>934</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1978.

## Preámbulo

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo,

Considerando que los Estados Partes en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen la obligación de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos,

Teniendo en cuenta las convenciones internacionales concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer,

Teniendo en cuenta asimismo las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer,

Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones,

---

1979, con entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el art. 27.1.

Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad,

Preocupados por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades,

Convencidos de que el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la justicia contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer,

Subrayado que la eliminación del apartheid, de todas las formas de racismo, de discriminación racial, colonialismo, neocolonialismo, agresión, ocupación y dominación extranjeras y de la injerencia en los asuntos internos de los Estados es indispensable para el disfrute cabal de los derechos del hombre y de la mujer,

Afirmando que el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, el alivio de la tensión internacional, la cooperación mutua entre todos los Estados con independencia de sus sistemas sociales y económicos, el desarme general y completo, en particular el desarme nuclear bajo un control internacional estricto y efectivo, la afirmación de los principios de la justicia, la igualdad y el provecho

mutuo en las relaciones entre países y la realización del derecho de los pueblos sometidos a dominación colonial y extranjera o a ocupación extranjera a la libre determinación y la independencia, así como el respeto de la soberanía nacional y de la integridad territorial, promoverán el progreso social y el desarrollo y, en consecuencia, contribuirán al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer,

Convencidos de que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz,

Teniendo presentes el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto,

Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia,

Resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones.

## **Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>935</sup>**

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 sean 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 funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

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. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13,

---

<sup>935</sup> Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984, con entrada en vigor el 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27.1.

sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

### **Código Procesal Penal de la Nación<sup>936</sup>**

Art. 2. Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente. Las leyes penales no podrán aplicarse por analogía.

Art. 5. La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley.

Art. 65. El ministerio fiscal promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley.

Art. 68. El agente fiscal actuará, en su caso, ante los jueces de instrucción y en lo correccional, cumplirá la función atribuida por el artículo anterior y colaborará con el fiscal del tribunal de juicio cuando éste lo requiera. En los supuestos en los que en virtud de lo dispuesto por el artículo 196 la dirección de la investigación de los delitos de acción pública quede a cargo del agente fiscal, deberá ajustar su

---

<sup>936</sup> Ley 23.984, sancionada el 21 de agosto de 1991, publicada en el BO el 9 de septiembre de 1991, aprobación del Código Procesal Penal de la Nación.



proceder a las reglas establecidas en el título II del libro II de este Código.

Art. 70. En el ejercicio de sus funciones, el ministerio público dispondrá de los poderes acordados al tribunal por el artículo 120.

Art. 120. En el ejercicio de sus funciones, el tribunal podrá requerir la intervención de la fuerza pública y disponer todas las medidas que considere necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene.

Art. 138. Cuando el funcionario público que intervenga en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia, labrará un acta en la forma prescripta por las disposiciones de este Capítulo. A tal efecto, el juez y el fiscal serán asistidos por un Secretario, y los funcionarios de policía o fuerzas de seguridad por dos testigos, que en ningún caso podrán pertenecer a la repartición cuando se trate de las actas que acrediten los actos irreproducibles y definitivos, tales como el secuestro, inspecciones oculares, requisa personal.

Art. 154. Los testigos, peritos, intérpretes y depositarios podrán ser citados por medio de la policía, o por carta certificada con aviso de retorno, o telegrama colacionado. Se les advertirá de las sanciones a que se harán pasibles si no obedecen la orden judicial y que, en este caso, serán conducidos por la fuerza pública de no mediar causa justificada.

El apercibimiento se hará efectivo inmediatamente. La incomparecencia injustificada hará incurrir en las costas que causare, sin perjuicio de la responsabilidad penal que correspondiere.

Art. 159. Vencido el término por el cual se corrió la vista sin que las actuaciones sean devueltas, el tribunal librará orden inmediata al oficial de justicia para que las requiera o se incaute de ellas, autorizándolo a allanar el domicilio y hacer uso de la fuerza pública.

Si la ejecución de la orden sufriera entorpecimiento por culpa del requerido, podrá imponérsele una multa de hasta el diez por ciento (10%) del sueldo de un magistrado de primera instancia, sin perjuicio de la detención y la formación de causa que corresponda.

Art. 172. La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan.

Al declarar la nulidad, el tribunal establecerá, además, a cuáles actos anteriores o contemporáneos alcanza la misma por conexión con el acto anulado.

El tribunal que la declare ordenará, cuando fuere necesario y posible, la renovación, ratificación o rectificación de los actos anulados.

Art. 183. La policía o las fuerzas de seguridad deberán investigar, por iniciativa propia, en virtud de denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación.

Si el delito fuera de acción pública dependiente de instancia privada, sólo deberá proceder cuando reciba la denuncia prevista por el artículo 6.

Art. 184. Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones:

1) Recibir denuncias.

2) Cuidar que los rastros materiales que hubiere dejado el delito sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique hasta que lo disponga la autoridad competente.

3) Disponer, en caso necesario, que ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho o sus adyacencias, se aparten de aquél ni se comuniquen entre sí mientras se llevan a cabo las diligencias que correspondan, de lo que deberá darse cuenta inmediatamente al juez.

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

5) Disponer con arreglo al artículo 230, los allanamientos del artículo 227, las requisas e inspecciones del artículo 230 bis y los secuestros del artículo 231, dando inmediato aviso al órgano judicial competente.

6) Si fuere indispensable, ordenar la clausura del local en que se suponga, por vehementes indicios que se ha cometido un delito grave, o proceder conforme al artículo 281 dando inmediato aviso al órgano judicial competente.

7) Interrogar a los testigos.

8) Aprender a los presuntos culpables en los casos y formas que este Código autoriza y disponer su incomunicación cuando concurren los requisitos del artículo 205, por un término máximo de diez (10) horas, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial.

En tales supuestos deberá practicarse un informe médico a efectos de verificar el estado psicofísico de la persona al momento de su aprehensión.

9) En los delitos de acción pública y únicamente en los supuestos del artículo 285, requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones. Esta información no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso.

10) No podrán recibir declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104, párrafo 1º y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad en caso de así no hacerse, sin perjuicio de la comunicación que hará el juez a la autoridad superior del funcionario a los efectos de la debida sanción administrativa por el incumplimiento.

Si hubiese razones de urgencia para que el imputado declare, o éste manifestara su deseo de hacerlo, y el juez a quien corresponda intervenir en el asunto no estuviere próximo, se arbitrarán los medios para que su declaración sea recibida por cualquier juez que posea su misma competencia y materia.

11) Usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad.

Los auxiliares de la policía y de las fuerzas de seguridad tendrán las mismas atribuciones, deberes y limitaciones que los funcionarios para los casos urgentes o cuando cumplan órdenes del tribunal.

Art. 186. Los encargados de la prevención, comunicarán inmediatamente al juez competente y al fiscal la iniciación de actuaciones de prevención. Bajo la dirección del juez o del fiscal, según correspondiere, y en carácter de auxiliares judiciales, formarán las actuaciones de prevención que contendrán:

- 1) Lugar y fecha en que fueron iniciadas.
- 2) Los datos personales de quienes en ellas intervinieron.
- 3) Las declaraciones recibidas, los informes que se hubieran producido y el resultado de todas las diligencias practicadas.

Concluidas las diligencias urgentes, las actuaciones de prevención serán remitidas al juez competente o al fiscal, según corresponda.

Las actuaciones de prevención deberán practicarse dentro del término de cinco días, prorrogables por otros cinco días previa autorización del juez o fiscal, según corresponda, sin perjuicio de que posteriormente se practiquen actuaciones complementarias con aquellas diligencias que quedaren pendientes.

Art. 196. El juez de instrucción podrá decidir que la dirección de la investigación de los delitos de acción pública de competencia criminal quede a cargo del agente fiscal, quien deberá ajustar su proceder a las reglas establecidas en la sección II del presente título.

En aquellos casos en los cuales la denuncia de la comisión de un delito de acción pública sea receptada directamente por el agente fiscal,

o promovida por él la acción penal de oficio, éste deberá poner inmediatamente en conocimiento de ella al juez de instrucción, practicará las medidas de investigación ineludibles, cuando corresponda, solicitará al juez de instrucción que recepte la declaración del imputado, conforme las reglas establecidas en la sección II de este título, luego de lo cual el juez de instrucción decidirá inmediatamente si toma a su cargo la investigación, o si continuará en ella el agente fiscal.

Los jueces en lo correccional, en lo penal económico, de menores, en lo criminal y correccional federal de la Capital Federal y federales con asiento en las provincias, tendrán la misma facultad que el párrafo primero del presente artículo otorga a los jueces nacionales en lo criminal de instrucción.

Art. 199. Las partes podrán proponer diligencias. El juez las practicará cuando las considere pertinentes y útiles; su resolución será irrecurrible.

Art. 200. Los defensores de las partes tendrán derecho a asistir a los registros domiciliarios, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, salvo lo dispuesto en el artículo 218, siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles, lo mismo que a las declaraciones de los testigos que por su enfermedad u otro impedimento sea presumible que no podrán concurrir al debate.

El juez 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 tendrán derecho a asistir a los registros domiciliarios.

Art. 201. Antes de proceder a realizar alguno de los actos que menciona el artículo anterior, excepto el registro domiciliario, el juez dispondrá, bajo pena de nulidad, que sean notificados el ministerio fiscal, la parte querellante y los defensores; mas la diligencia se practicará en la oportunidad establecida, aunque no asistan.

Solo en casos de suma urgencia se podrá proceder sin notificación o antes del término fijado, dejándose constancia de los motivos, bajo pena de nulidad.

Art. 202. El juez permitirá que los defensores asistan a los demás actos de la instrucción, siempre que ello no ponga en peligro la consecución de los fines del proceso o impida una pronta y regular actuación. La resolución será irrecurrible.

Admitida la asistencia, se avisará verbalmente a los defensores antes de practicar los actos, si fuere posible, dejándose constancia.

Art. 203. Los defensores que asistan a los actos de instrucción no podrán hacer signos de aprobación o desaprobación, y en ningún caso tomarán la palabra sin expresa autorización del juez, a quien deberán dirigirse cuando el permiso les fuere concedido. En este caso podrán proponer medidas, formular preguntas, hacer las observaciones que estimen pertinentes o pedir que se haga constar cualquier irregularidad. La resolución que recaiga al respecto será siempre irrecurrible.

Art. 204. El sumario será público para las partes y sus defensores, que lo podrán examinar después de la indagatoria, dejando a salvo el

derecho establecido en el segundo párrafo del artículo 106. Pero el juez podrá ordenar el secreto por resolución fundada siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad, exceptuándose los actos definitivos e irreproducibles, que nunca serán secretos para aquéllos.

La reserva no podrá durar más de diez (10) días y será decretada sólo una vez, a menos que la gravedad del hecho o la dificultad de la investigación exijan que aquélla sea prolongada hasta por otro tanto. No obstante, podrá decretarse nuevamente si aparecieren otros imputados.

El sumario será siempre secreto para los extraños.

Art. 210. En el supuesto que el juez de instrucción proceda según el párrafo primero del artículo 196, el representante del ministerio fiscal, practicará los actos procesales que considere indispensables, salvo aquellos que la ley atribuye a otro órgano judicial. En este caso, los requerirá a quien corresponda.

Luego de promovida la acción penal de oficio o recibida la denuncia por el representante del ministerio fiscal, éste comunicará inmediatamente dicha circunstancia al juez de instrucción y procurará la obtención de los medios probatorios imprescindibles según las reglas establecidas en el presente título.

Cuando fuere necesaria la producción de actos que por su naturaleza y características fuesen definitivos e irreproducibles, inmediatamente solicitará dichas medidas al órgano judicial que corresponda.



Art. 213. En esta etapa, el representante del ministerio fiscal requerirá, bajo pena de nulidad, al juez de instrucción que practique los siguientes actos:

c) La producción de los actos irreproducibles y definitivos;

Art. 216. El juez de instrucción comprobará, mediante la inspección de personas, lugares y cosas, los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiere dejado; los describirá detalladamente y, cuando fuere posible, recogerá o conservará los elementos probatorios útiles.

Art. 218. Cuando lo juzgue necesario, el juez podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado, cuidando que en lo posible se respete su pudor.

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

En caso necesario, 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.

Art. 218 bis. Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar 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. La medida deberá ser dictada por auto fundado

donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

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 el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (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.

Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá del modo indicado en el cuarto párrafo.

En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243.

Art. 222. Para la mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, el juez podrá ordenar todas las operaciones técnicas y científicas convenientes.

Art. 224. Si hubiere motivo para presumir que en determinado lugar existen cosas vinculadas a la investigación del delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el juez ordenará por auto fundado el registro de ese lugar.

El juez podrá proceder personalmente o delegar la diligencia en el fiscal o en los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad. En caso de delegación, expedirá una orden de allanamiento escrita, que contendrá: la identificación de causa en la que se libra; la indicación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados; la finalidad con que se practicará el registro y la autoridad que lo llevará a cabo. El funcionario actuante labrará un acta conforme lo normado por los artículos 138 y 139 de este Código.

En caso de urgencia, cuando medie delegación de la diligencia, la comunicación de la orden a quien se le encomiende el allanamiento podrá realizarse por medios electrónicos. El destinatario de la orden comunicará inmediatamente su recepción al Juez emisor y corroborará que los datos de la orden, referidos en el párrafo anterior, sean correctos. Podrá usarse la firma digital. La Corte Suprema de Justicia de la Nación o el órgano en que ésta delegue dicha facultad, reglamentará

los recaudos que deban adoptarse para asegurar la seriedad, certidumbre y autenticidad del procedimiento.

Art. 230. El juez ordenará la requisa de una persona, mediante decreto fundado, siempre que haya motivos suficientes para presumir que 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.

Las requisas se practicarán separadamente, respetando el pudor de las personas. Si se hicieren sobre una mujer serán efectuadas por otra.

La operación se hará constar en acta que firmará el requisado; si 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.

Art 230 bis. Los funcionarios de la policía y fuerza de seguridad, sin orden judicial, podrán requisar a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, así como el interior de los vehículos, aeronaves y buques, de cualquier clase, con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo de acuerdo a las circunstancias particulares de su hallazgo siempre que sean realizadas:

- a) con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado; y,
- b) en la vía pública o en lugares de acceso público.

La requisa o inspección se llevará a cabo, de acuerdo a lo establecido por el 2º y 3er. párrafo del artículo 230, se practicarán los secuestros del artículo 231, y se labrará acta conforme lo dispuesto por los artículos 138 y 139, debiendo comunicar la medida inmediatamente al juez para que disponga lo que corresponda en consecuencia.

Tratándose de un operativo público de prevención podrán proceder a la inspección de vehículos.

Art. 232. En lugar de disponer el secuestro el juez podrá ordenar, cuando fuere oportuno, la presentación de los sujetos o documentos a que se refiere el artículo anterior; pero esta orden no podrá dirigirse a las personas que puedan o deban abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco, secreto profesional o de Estado.

Art. 236. El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas.

Bajo las mismas condiciones, el Juez podrá ordenar también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él.

En las causas en que se investigue alguno de los delitos previstos en los artículos 142 bis y 170 del Código Penal de la Nación, o que tramiten en forma conexas con aquéllas, cuando existiese peligro en la demora, debidamente justificado, dichas facultades podrán ser ejercidas por el representante del Ministerio Público Fiscal, mediante auto fundado, con inmediata comunicación al Juez, quien deberá convalidarla

en el término improrrogable de veinticuatro horas, bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba introducida a partir de él.

Art. 241. Toda persona será capaz de atestiguar, sin perjuicio de la facultad del juez para valorar el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Art. 249. Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de las penas por falso testimonio y prestará juramento de decir verdad, con excepción de los menores inimputables y de los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.

El juez interrogará separadamente a cada testigo, requiriendo su nombre, apellido, estado civil, edad, profesión, domicilio, vínculos de parentesco y de interés con las partes y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad.

Después de ello le interrogará sobre el hecho de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 118.

Para cada declaración se labrará un acta con arreglo a los artículos 138 y 139.

Art. 250. No estarán obligados a comparecer el presidente y vicepresidente de la Nación; los gobernadores y vicegobernadores de provincias; el jefe y vicesjefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los ministros y legisladores nacionales y provinciales; los miembros del Poder Judicial de la Nación y de las provincias; los ministros diplomáticos y cónsules generales; los oficiales superiores de las fuerzas armadas desde el grado de coronel o su equivalente, en

actividad; los altos dignatarios de la Iglesia y los rectores de las universidades oficiales.

Art. 250 bis. Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento:

a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes;

b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor;

c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriban;

d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

Art. 250 ter. Cuando se trate de víctimas previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 250 bis.

Art. 250 quáter. Siempre que fuere posible, las declaraciones de las víctimas de los delitos de trata y explotación de personas serán entrevistadas por un psicólogo designado por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogadas en forma directa por las partes.

Cuando se cuente con los recursos necesarios, las víctimas serán recibidas en una "Sala Gesell", disponiéndose la grabación de la entrevista en soporte audiovisual, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales. Se deberá notificar al imputado y a su defensa de la realización de dicho acto. En aquellos procesos en los que aún no exista un imputado identificado los actos serán desarrollados con control judicial, previa notificación al Defensor Público Oficial.

Las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el Tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista el interrogatorio propuesto por las partes, así como las inquietudes que surgieren durante el transcurso de la misma, las que



serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional de la víctima.

Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares u objetos, la víctima será acompañada por el profesional que designe el Tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

Art. 263. El dictamen pericial podrá expedirse por informe escrito o hacerse constar en acta y comprenderá, en cuanto fuere posible:

4) Lugar y fecha en que se practicaron las operaciones. El juez valorará la pericia de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Art. 264. En todo caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad se ordenará la autopsia, salvo que por la inspección exterior resultare evidente la causa de la muerte.

Art. 270. El juez podrá ordenar que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o establecer que quien la menciona o alude, efectivamente la conoce o la ha visto.

El reconocimiento se efectuará por medios técnicos, por testigos o cualquier otro, inmediatamente de ser posible, bajo apercibimiento de ser sancionado el órgano judicial que así no lo hiciere.

Art. 271. Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlo será interrogado para que describa a la persona de que se trata y para que diga si antes de ese acto la ha conocido o visto personalmente o en imagen.

El declarante prestará juramento, a excepción del imputado.

Art. 272. La diligencia de reconocimiento se practicará enseguida del interrogatorio poniendo a la vista del que haya de verificarlo, junto con otras dos o más personas de condiciones exteriores semejantes, a la que deba ser identificada o reconocida, quien elegirá colocación en la rueda.

En presencia de todas ellas, o desde donde no pueda ser visto, según el juez lo estime oportuno, el que deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la rueda la persona a la que haya hecho referencia, invitándosele a que, en caso afirmativo, la designe clara y precisamente y manifieste las diferencias y semejanzas que observare entre su estado actual y el que presentaba en la época a que se refiere su declaración. La diligencia se hará constar en acta, donde se consignarán todas las circunstancias útiles, inclusive el nombre y el domicilio de los que hubieren formado la rueda.

Art. 274. Cuando sea necesario identificar o reconocer a una persona que no estuviere presente y no pudiese ser habida, y de la que se tuvieren fotografías, se les presentarán éstas, con otras semejantes de distintas personas, al que debe efectuar el reconocimiento. En lo demás, se observarán las disposiciones precedentes.

Art. 281. Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho en el que hubieran participado varias personas no sea posible individualizar a los responsables y a los testigos, y no pueda dejarse de proceder sin peligro para la instrucción, el juez podrá disponer que los

presentes no se alejen del lugar ni se comuniquen entre sí antes de prestar declaración y, aún ordenar el arresto si fuere indispensable.

Art. 283. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el juez librará orden de detención para que el imputado sea llevado a su presencia, siempre que haya motivo para recibirle indagatoria.

La orden será escrita, contendrá los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y el hecho que se le atribuye, y será notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después, con arreglo al artículo 142.

Sin embargo, en caso de suma urgencia, el juez podrá impartir la orden verbal o telegráficamente, haciéndolo constar.

Art. 284. Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial:

1) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo.

2) Al que fugare, estando legalmente detenido.

3) Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención, y

4) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad.

Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, inmediatamente será informado quien pueda promoverla, y si éste no

presentare la denuncia en el mismo acto, el detenido será puesto en libertad.

Art. 287. En los casos previstos en los incisos 1, 2 y 4 del artículo 284; los particulares serán facultados para practicar la detención, debiendo entregar inmediatamente el detenido a la autoridad judicial o policial.

Art. 296. El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión.

La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda.

Art. 298. Terminado el interrogatorio de identificación, el juez informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad.

Si el imputado se negare a declarar, ello se hará constar en el acta. Si rehusare suscribirla, se consignará el motivo.

Art. 319. Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones

anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Art. 357. Antes del debate, con noticia de las partes, el presidente, de oficio o a pedido de parte, podrá ordenar los actos de instrucción indispensables que se hubieren omitido o denegado o fuere imposible cumplir en la audiencia o recibir declaración a las personas que presumiblemente no concurrirán al debate por enfermedad u otro impedimento.

A tal efecto, podrá actuar uno de los jueces del tribunal o librarse las providencias necesarias.

Art. 359. Vencido el término de citación a juicio fijado por el artículo 354 y, en su caso, cumplida la instrucción suplementaria o tramitadas las excepciones, el presidente fijará día y hora para el debate con intervalo no menor de diez (10) días, ordenando la citación de las partes y la de los testigos, peritos e intérpretes que deban intervenir. Ese término podrá ser abreviado en el caso de que medie conformidad del presidente y las partes.

El imputado que estuviere en libertad y las demás personas cuya presencia sea necesaria, serán citadas bajo apercibimiento conforme al artículo 154.

Cuando de la preparación del juicio y su característica se infiera que la audiencia de debate se prolongará por más de diez (10) días, el tribunal requerirá la designación de un juez sustituto, quien tendrá las mismas obligaciones de asistencia que los miembros del tribunal y la facultad de interrogar, pero no de participar en deliberaciones para la

resolución de incidencias ni en la prevista en el artículo 396. A tal efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación deberá conformar una lista de conjueces para el supuesto de sobrecarga de tareas por parte de los jueces de cámara del fuero penal. Su designación deberá ser notificada a las partes bajo pena de nulidad a efectos de que se interpongan las recusaciones que se estime pertinentes.

Art. 365. El debate continuará durante todas las audiencias consecutivas que sean necesarias hasta su terminación; pero podrá suspenderse, por un término máximo de diez (10) días, en los siguientes casos:

3) Cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención el tribunal considere indispensable, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la fuerza pública o declare conforme con el artículo 357.

Art. 366. El imputado asistirá a la audiencia libre en su persona, pero el presidente dispondrá la vigilancia y cautela necesarias para impedir su fuga o violencias.

Si no quisiere asistir o continuar en la audiencia, será custodiado en una sala próxima; se procederá en lo sucesivo como si estuviere presente, y para todos los efectos será representado por el defensor.

Si fuere necesario practicar su reconocimiento podrá ser compelido a la audiencia por la fuerza pública.

Cuando el imputado se encuentre en libertad, el tribunal podrá ordenar su detención, aunque esté en libertad provisional, para asegurar la realización del juicio.

Art. 383. El presidente hará leer la parte sustancial del dictamen presentado por los peritos y éstos, cuando hubieren sido citados, responderán bajo juramento a las preguntas que les sean formuladas, compareciendo según el orden en que sean llamados y por el tiempo que sea necesaria su presencia.

El tribunal podrá disponer que los peritos presencién determinados actos del debate; también los podrá citar nuevamente, siempre que sus dictámenes resultaren poco claros o insuficientes y, si fuere posible, hará efectuar las operaciones periciales en la misma audiencia.

Estas disposiciones regirán, en lo pertinente, para los intérpretes.

Art. 391. Las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la instrucción, salvo en los siguientes casos y siempre que se hayan observado las formalidades de la instrucción:

1) Cuando el ministerio fiscal y las partes hubieren prestado su conformidad o la presten cuando no comparezca el testigo cuya citación se ordenó.

2) Cuando se trate de demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario ayudar la memoria del testigo.

3) Cuando el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignorare su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar.

4) Cuando el testigo hubiere declarado por medio de exhorto o informe, siempre que se hubiese ofrecido su testimonio de conformidad a lo dispuesto en los artículos 357 ó 386.

Art. 392. El tribunal podrá ordenar la lectura de las denuncias y otros documentos de las declaraciones prestadas por coimputados, ya sobreseídos o absueltos, condenados o prófugos, como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo, de las actas judiciales y de las de otro proceso agregado a la causa.

También se podrán leer las actas de inspección, registro domiciliario, requisas personal o de vehículos y secuestro que hubieren practicado las autoridades de prevención, con arreglo a dichas normas; pero si éstas hubieran sido citadas como testigos, la lectura sólo podrá efectuarse, bajo pena de nulidad, en los casos previstos por los incisos 2 y 3 del artículo anterior, a menos que el fiscal y las partes lo consientan.

Art. 398. El tribunal resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, fijándolas, en lo posible, dentro del siguiente orden: las incidentales que hubieren sido diferidas, las relativas a la existencia del hecho delictuoso, participación del imputado, calificación legal que corresponda, sanción aplicable, restitución, reparación o indemnización más demandas y costas.

Los jueces emitirán su voto motivado sobre cada una de ellas en forma conjunta o en el orden que resulte de un sorteo que se hará en cada caso. El tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica, haciéndose mención de las disidencias producidas.

Cuando en la votación se emitan más de dos opiniones sobre las sanciones que correspondan, se aplicará el término medio.



## **Código Procesal Penal Federal<sup>937</sup>**

Art. 4. 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.

Art. 10. Apreciación de la prueba. Las pruebas serán valoradas por los jueces según la sana crítica racional, 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.

Art. 13. 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.

Art. 14. Regla de interpretación. Las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten un derecho deberán interpretarse

---

<sup>937</sup> Ley 27.063, modificada por ley 27.481, texto ordenado por Decreto 118/2019, del 7 de febrero de 2019.

restrictivamente. Se prohíbe la interpretación extensiva y la analogía de dichas normas.

Art. 16. 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.

Art. 25. Acción pública. La acción pública es ejercida por el Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de las facultades que este Código le confiere a la víctima. El Ministerio Público Fiscal debe iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley.

Art. 56. Jueces con funciones de garantías. Los jueces con funciones de garantías serán competentes para conocer:

a) En el control de la investigación y de todas las decisiones jurisdiccionales que se deban tomar durante la etapa preparatoria.

Art. 65. Derechos del imputado. A todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, a cuyo fin las autoridades intervinientes le informarán los siguientes derechos:

c) A guardar silencio, sin que ello pueda ser valorado como una admisión de los hechos o como indicio de culpabilidad;

Art. 72. 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. 79. Calidad de víctima. Este Código considera víctima:

- a. A la persona ofendida directamente por el delito;
- b. Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.

Art. 80. Derechos de las víctimas. La víctima tendrá los siguientes derechos:

- a) A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento;
- b) A que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación;
- c) A requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes; y a ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social;

d) A intervenir en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por este Código;

e) A ser informada de los resultados del procedimiento;

Art. 90. Funciones. El Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo la investigación de los delitos y la promoción de la acción penal pública contra los autores y partícipes.

Le corresponde la carga de la prueba y debe probar en el juicio oral y público los hechos que fundamenten su acusación. Tiene la obligación de motivar sus requerimientos y resoluciones. Todas las dependencias públicas estatales están obligadas a proporcionar colaboración pronta, eficaz y completa a los requerimientos que formule el representante del Ministerio Público Fiscal en cumplimiento de sus funciones, bajo apercibimiento de incurrir en las responsabilidades previstas en la ley.

Art. 96. Deberes. La policía y demás fuerzas de seguridad deberán:

a) Recibir denuncias;

b) Entrevistar a los testigos;

c) Resguardar el lugar del hecho y cuidar que los rastros e instrumentos del delito sean conservados;

d) Incautar los documentos y todo elemento material que pueda servir a la investigación, cuando les esté permitido;

e) Custodiar los elementos secuestrados, dejando debida constancia de las medidas adoptadas con el objeto de preservar la cadena de custodia;

f) Hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, video filmaciones, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la investigación;

g) Practicar las diligencias orientadas a la individualización de los autores y partícipes del delito dispuestas por el representante del Ministerio Público Fiscal;

h) Recabar los datos que sirvan para la identificación del imputado, con los límites establecidos por este Código;

i) Prestar auxilio a las víctimas y proteger a los testigos;

j) Reunir toda la información de urgencia que pueda ser útil al representante del Ministerio Público Fiscal;

k) Efectuar el arresto, detención o incomunicación de personas en los casos autorizados, informándoles sus derechos en forma inmediata y comprensible;

l) Ejecutar allanamientos y requisas cuando les esté permitido.

Art. 109. Registro. Los actos del proceso se podrán registrar por escrito, mediante imágenes, sonidos u otro soporte tecnológico equivalente, quedando prohibida toda forma de edición, tratamiento o modificación de los registros.

Se deberá asegurar su autenticidad e inalterabilidad.

Cuando se utilicen registros de imágenes o sonidos, se deberá reservar el original en condiciones que aseguren su inalterabilidad hasta el debate, sin perjuicio de la obtención de copias que podrán utilizarse para otros fines del proceso.

Los contenidos esenciales de los actos deberán surgir del mismo registro y, en caso de no ser posible, de un acta complementaria.

Art. 110. Actas. Los actos que deban asentarse en forma escrita serán documentados en un acta que deberá contener:

a) La mención del lugar, la fecha, la hora y la indicación de las diligencias realizadas, así como el resumen de su contenido;

b) La firma de todos los que participaron en el acto, dejándose constancia de las razones de aquel que no la firme, o del que lo hace a ruego o como testigo de actuación.

La omisión de estas formalidades sólo priva de efectos al acta o torna invalorable su contenido cuando ellas no puedan ser suplidas con certeza sobre la base de otros elementos de prueba.

Los funcionarios de la policía u otra fuerza de seguridad que deban registrar actos definitivos o irreproducibles, tales como secuestros, inspecciones oculares, requisas personales y allanamientos serán asistidos por dos (2) testigos que no podrán pertenecer a la misma fuerza que intervino en el acto.

En ningún caso podrán ser testigos de actuación los menores de dieciséis (16) años, ni quienes presenten signos evidentes de alteración de sus facultades psíquicas.

Art. 111. 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.

Las resoluciones jurisdiccionales que requieran un debate previo o la 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 hayan 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 hecho 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.

Art. 136. Inspección del lugar del hecho. No se podrán inspeccionar lugares y cosas, salvo que existiera motivo suficiente y fundado para presumir que se encontrarán elementos útiles para la investigación, conforme las reglas que establece este Código.

De la diligencia se labrará un acta que será firmada por dos (2) testigos que no pertenezcan a la fuerza de seguridad que llevó adelante el procedimiento y adicionalmente, por otro medio idóneo que garantice su inalterabilidad y fidelidad. Bajo esas formalidades, podrá ser incorporada al juicio con posterioridad a que quienes hubieran intervenido en la diligencia hayan sido interrogados por las partes y con el acuerdo de éstas.

Las fuerzas de seguridad serán las encargadas de realizar la diligencia, sin perjuicio de la presencia del representante del Ministerio Público Fiscal en los casos en que éste la considerase oportuna.

Para realizar inspecciones o registros, podrá ordenarse que durante la diligencia no se ausenten quienes se encuentran en el lugar o que cualquier otra persona comparezca inmediatamente.

Los que desobedezcan podrán ser compelidos por la fuerza pública, según lo previsto en este Código. La restricción de la libertad no durará más de seis (6) horas sin recabar la orden del juez.

Art. 137. 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 requisita no obstará a ésta, salvo que mediaren causas justificadas.

Art. 147. Entrega de objetos o documentos. Todo aquel que tenga en su poder objetos o documentos que puedan servir como medio de prueba, estará obligado a presentarlos y entregarlos cuando le sean requeridos, siendo de aplicación las medidas de coacción permitidas para el testigo que rehúsa declarar.

Si los objetos requeridos no son entregados se dispondrá su secuestro. Quedan exceptuadas de esta disposición las personas que deban abstenerse de declarar como testigos.

Art. 150. Interceptación. Siempre que resulte útil para la comprobación del delito, el juez podrá ordenar, a petición de parte, la interceptación y secuestro de la correspondencia postal, telegráfica, electrónica o cualquier otra forma de comunicación o de todo otro efecto remitido por el imputado o destinado a éste, aunque sea bajo nombre supuesto.

Se procederá de modo análogo al allanamiento.

La intervención de comunicaciones tendrá carácter excepcional y sólo podrá efectuarse por un plazo máximo de treinta (30) días, pudiendo ser renovada, expresando los motivos que justifican la extensión del plazo conforme la naturaleza y circunstancias del hecho investigado.

La solicitud deberá indicar el plazo de duración que estime necesario según las circunstancias del caso. El juez controlará la legalidad y razonabilidad del requerimiento y resolverá fundadamente.

Rige para los magistrados, funcionarios, agentes y empleados que tengan participación activa en la intervención y/o responsabilidad sobre los elementos probatorios, el deber de confidencialidad y secreto respecto de la información obtenida por estos medios. Quienes incumplan este deber incurrirán en responsabilidad penal.

Las empresas que brinden el servicio de comunicación deberán posibilitar el cumplimiento inmediato de la diligencia, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

Si los elementos de convicción tenidos en consideración para ordenar la medida desaparecieren, hubiere transcurrido su plazo de duración o ésta hubiere alcanzado su objeto, deberá ser interrumpida inmediatamente.

Art. 157. Cadena de custodia. Con el fin de asegurar los elementos de prueba, se establecerá una cadena de custodia que resguardará su identidad, estado y conservación. Se identificará a todas las personas que hayan tomado contacto con esos elementos, siendo responsables los funcionarios públicos y particulares intervinientes.

Art. 159. Compulsión. Si el testigo no se presentara a la convocatoria se lo hará comparecer por medio de la fuerza pública.

A pedido de parte, el juez podrá disponer el arresto del testigo que, luego de comparecer, se negare a declarar. Asimismo podrá ordenar, también a pedido de parte, el inmediato arresto de un testigo si careciera de domicilio y hubiera motivos razonables para creer que se ocultará o ausentará. Ambas medidas durarán el tiempo indispensable para recibir la declaración, el que nunca excederá de 24 horas.

Art. 163. Testimonios especiales. Cuando deba recibirse testimonio de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, el representante del Ministerio Público Fiscal o el juez, según el caso y fundadamente, podrán disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o profesionales especializados, garantizando el ejercicio de la defensa.

Art. 164. Declaración de menores de edad, víctimas de trata de personas, graves violaciones a derechos humanos o personas con capacidad restringida. Si se tratare de víctimas o testigos menores de edad que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hubiesen cumplido dieciséis (16) años, personas con capacidad restringida, y testigos-víctimas de los delitos de trata y explotación de personas u otras graves violaciones a derechos humanos, si la naturaleza y circunstancias del caso así lo aconsejasen, se deberá adoptar el siguiente procedimiento:

a. Serán entrevistados por un psicólogo especialista de acuerdo a las condiciones de la víctima;

b. Si la víctima fuera menor de edad o persona con capacidad restringida, el acto se llevará a cabo de acuerdo a su edad y etapa evolutiva, o adecuado a su estado de vulnerabilidad si fuera víctima del delito de trata o explotación de personas u otra grave violación a los derechos humanos;

c. En el plazo que el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arribe;

d. El desarrollo del acto podrá ser seguido por las partes desde el exterior del recinto a través de un vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente; en ese caso con anterioridad a la iniciación del acto, el juez o el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, según el caso, hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes así como las que surjan durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional de la víctima;

e. Si la víctima estuviera imposibilitada de comparecer por motivos de salud o por residir en un lugar distante a la sede del tribunal, o para garantizar la protección de su seguridad, se podrá realizar el acto a través de videoconferencias;

f. Se podrá admitir la exhibición del registro audiovisual de declaraciones previas de la víctima en ese u otro proceso judicial. Si las partes requiriesen la comparecencia a los efectos de controlar la prueba, el juez les requerirá los motivos y el interés concreto, así como los puntos sobre los que pretendan examinar al testigo, y admitirá el interrogatorio sólo sobre aquéllos que hagan al efectivo cumplimiento del derecho de defensa;

g. La declaración se registrará en un video fílmico.

Si se tratase de actos de reconocimiento de lugares o cosas, el menor de edad o la persona con capacidad restringida víctima del delito será asistido por un profesional especialista. Si se tratase del delito de trata o explotación de personas, la víctima será acompañada por un profesional especialista; en ningún caso estará presente el imputado.

Si se tratase de víctimas que a la fecha en que se requiere su comparecencia ya hubiesen cumplido dieciséis (16) años pero fuesen menores de dieciocho (18) años de edad, antes de la recepción del testimonio, se requerirá informe a un especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor de edad en el caso de que compareciese ante los estrados judiciales en presencia de las partes. Esta medida debe llevarse adelante evitando la revictimización del niño, niña o adolescente.

Art. 165. Declaración por escrito. Podrán declarar por informe escrito y bajo juramento o promesa de decir verdad, el Presidente y Vicepresidente de la Nación, los Gobernadores y Vicegobernadores de las Provincias, el Jefe y Vicejefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los Ministros y Legisladores nacionales, provinciales, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los Ministros diplomáticos y cónsules generales, los jueces del Poder Judicial de la Nación, de las Provincias, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los fiscales y defensores de Ministerios Públicos nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los oficiales superiores de las fuerzas armadas desde el grado de coronel o su equivalente, en actividad, y los altos dignatarios de la Iglesia.

Art. 175. Individualización de personas. Podrá ordenarse la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) del imputado o de otra persona si 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 si no existiere 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 corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario, la requisita personal, o procedimientos inocuos que impliquen la descamación de células o piel.

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.

Art. 176. Reconocimiento por fotografía. Excepcionalmente podrá ordenarse el reconocimiento fotográfico si fuera necesario identificar o reconocer a una persona que no estuviere presente y no pudiere ser hallada, y de la que se tuvieran fotografías. En este caso, se le presentarán éstas, con otras semejantes de personas diversas, a quien deba efectuar el reconocimiento. En lo demás, se observarán las disposiciones precedentes.

Art. 177. Reconocimiento en rueda de personas. El juez podrá ordenar, a pedido de parte, que se practique el reconocimiento de una persona para identificarla o establecer que quien la menciona o alude efectivamente la conoce o la ha visto.

Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlo será interrogado para que describa a la persona de que se trata y para que diga si antes de ese acto la ha conocido o visto personalmente o en imagen.

La diligencia de reconocimiento se practicará enseguida del interrogatorio poniendo a la vista del que haya de verificarlo, junto con otras dos (2) o más personas de condiciones exteriores semejantes, a la que deba ser identificada o reconocida, quien elegirá colocación en la rueda.

En presencia de todas ellas, o desde donde no pueda ser visto, según el juez lo estime oportuno, el que deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la rueda la persona a la que haya hecho referencia, invitándosele a que, en caso afirmativo, la designe clara y precisamente y manifieste las diferencias y semejanzas que observare entre su estado actual y el que presentaba en la época a que se refiere su declaración. La diligencia se hará constar en acta, donde se consignarán todas las circunstancias útiles, inclusive el nombre, el domicilio y fotografías de los que hubieren formado la rueda.

El declarante prestará promesa o juramento de decir verdad.

Art. 178. Recaudos. La realización de reconocimientos se hará con comunicación previa a las partes.

La falta de comparecencia del defensor particular el día y la hora fijadas no impedirá la realización del reconocimiento, en cuyo caso se deberá dar intervención al defensor oficial en turno para que se haga presente en el lugar, exclusivamente a fin de resguardar el derecho de defensa del imputado durante la diligencia, salvo que el defensor particular hubiera solicitado con antelación una prórroga del reconocimiento.

Los reconocimientos procederán aún sin consentimiento del imputado y se deberán tomar los recaudos para que el mismo no se desfigure.

Art. 181. 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 o dignidad 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 las condiciones señaladas en el párrafo primero de este artículo.

Art. 209. Principios generales. Las medidas de coerción autorizadas se ajustarán a lo que disponen los artículos 15, 16 y 17 de este Código, su carácter es excepcional y no podrán ser impuestas de oficio por el juez.

Sólo se ejercerá coerción física para obtener la comparecencia de una persona si el mismo fin no pudiere lograrse en tiempo útil, ordenando su citación por las formas que prevé este Código.

Art. 210. Medidas de coerción. El representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de:

a. La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación;

b. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen;

c. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;

d. La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;

e. La retención de documentos de viaje;

f. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

g. El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado;

h. La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez;

i. La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; j. El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga;

k. La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.

El control sobre el cumplimiento de las medidas indicadas en los incisos a) a j) del presente artículo estará a cargo de la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas, cuya creación, composición y funcionamiento será definida por una ley que se dicte a tal efecto.

Art. 218. Prisión preventiva. Corresponde el dictado de la prisión preventiva en función de la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho y de las condiciones del imputado, que sirvan para decidir los

criterios de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso previstos en este Código.

No procederá la prisión preventiva en los siguientes supuestos:

a. Si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado pudiere resultar de aplicación una condena condicional;

b. En los delitos de acción privada;

c. Cuando se trate de hechos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión o como consecuencia de la crítica en cuestiones públicas.

Art. 222. Embargo y otras medidas cautelares. El juez podrá ordenar, a pedido de parte, el embargo de bienes, la inhibición del imputado o del civilmente demandado y las demás medidas cautelares necesarias para garantizar:

a. El comiso de los bienes directamente provenientes del delito, de aquellos en los que éstos se hubieren transformado y de los instrumentos de los que se hubiere valido el imputado para preparar, facilitar o cometer el hecho;

Art. 232. Actuación jurisdiccional. Corresponde al juez controlar el cumplimiento de los principios y garantías procesales y, a petición de parte, ordenar los anticipos de prueba si correspondiera, resolver excepciones y demás solicitudes propias de esta etapa.

El juez resolverá los planteos en audiencia conforme los principios establecidos en el artículo 111.

Art. 262. Anticipo de prueba. Las partes podrán solicitar el anticipo jurisdiccional de prueba únicamente en los siguientes casos:

a. Si se tratara de un acto que, por las circunstancias o por la naturaleza y características de la medida, debiera ser considerado como un acto definitivo e irreproducible;

b. Si se tratara 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 olvidara 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.

Art. 281. Organización. Dentro de las 48 horas de recibido el auto de apertura a juicio la oficina judicial procederá inmediatamente a:

a. Sortear el o los jueces que habrán de intervenir en el caso;

b. Fijar el día y hora de la audiencia de debate, la cual no se realizará antes de cinco (5) ni después de treinta (30) días de recibidas

las actuaciones. En los casos de aplicación del procedimiento previsto en el artículo 327, la audiencia de debate deberá realizarse antes de los diez (10) días;

c. Citar a todas las partes intervinientes;

d. Recibir de las partes los objetos y documentos que deban analizarse durante el debate;

e. Disponer todas las demás medidas necesarias para la organización y desarrollo del juicio.

El órgano jurisdiccional no podrá tomar conocimiento o solicitar a la oficina judicial el auto de apertura o demás constancias que aquella o el Ministerio Público Fiscal posean.

En casos complejos o cuando las partes lo soliciten, el encargado de la oficina judicial, realizará una audiencia preliminar para resolver cuestiones prácticas de organización.

Las partes tendrán a su cargo la notificación a los testigos y peritos de la audiencia designada y de las respectivas citaciones a dicha diligencia a través de la Oficina de Notificaciones, con la prevención de que, en caso de inasistencia injustificada, serán conducidos por la fuerza pública.

Cuando por las características del juicio se infiera que la audiencia de debate se prolongará por más de veinte (20) días, se sorteará uno (1) o más jueces sustitutos de conformidad con el procedimiento que determine la Ley de Organización y Competencia de la Justicia Penal Federal y Nacional, quienes tendrán las mismas obligaciones de asistencia que los jueces titulares, pero no la de participar en las deliberaciones para la resolución de planteos ni las obligaciones previstas en los artículos 303 y 304.

Art. 284. Inmediación. El juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de todas las partes.

El imputado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del órgano jurisdiccional y será representado por el defensor si se rehúsa a permanecer.

En caso de ampliarse la acusación o si su presencia fuera necesaria para realizar algún acto de reconocimiento, se lo podrá hacer comparecer por la fuerza pública.

El imputado asistirá a la audiencia en libertad, pero el juzgador podrá disponer las medidas de vigilancia y cautela necesarias para impedir su fuga o actos de violencia. Si el imputado se halla en libertad, el órgano jurisdiccional podrá ordenar, para asegurar la realización de la audiencia, su conducción por la fuerza pública.

Si el representante del Ministerio Público Fiscal no comparece sin justa causa, incurrirá en falta grave y causal de mal desempeño.

Art. 289. Excepciones a la oralidad. Sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura o exhibición audiovisual:

a. Las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, siempre que no sea posible la presencia de quien participó o presencié el acto;

b. La prueba documental o de informes y las certificaciones;

c. Los registros de declaraciones anteriores de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio,

siempre que ellas hubieren sido recibidas notificando previamente a la defensa y en conformidad con las demás pautas establecidas en este Código.

La lectura o exhibición 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 o exhibición, con excepción de lo previsto en el artículo 164 inciso f), 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.

Art. 291. Continuidad, suspensión e interrupción. La audiencia se realizará sin interrupción, durante las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación. A estos efectos, constituirán sesiones consecutivas aquellas que tuvieren lugar en el día siguiente o subsiguiente del funcionamiento ordinario del tribunal. La audiencia se podrá suspender por un plazo máximo de diez (10) días, si:

a. Debiera resolverse alguna cuestión que, por su naturaleza, no pudiera decidirse inmediatamente;

b. Fuera necesario practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia y no pudiera cumplirse en el intervalo entre una y otra sesión;

c. No comparecieran testigos, peritos o intérpretes cuya intervención fuera indispensable, salvo que pudiera continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente compareciera o fuera hecho comparecer por la fuerza pública;

d. Algún juez, representante del Ministerio Público Fiscal o defensor se enfermara hasta el punto de no poder continuar su actuación en el juicio, a menos que pudieran ser reemplazados inmediatamente;

e. Se comprobara, mediante dictamen médico forense, que el imputado se encuentra en condiciones adversas de salud que no le permitan continuar su asistencia o actuación en el juicio; en este caso, podrá ordenarse la separación de juicios y continuarse el trámite con los otros imputados;

f. Alguna revelación o retractación hiciera indispensable la producción de una medida de prueba;

g. El imputado o su defensor lo solicitaran después de ampliada la acusación, siempre que, por las circunstancias del caso, no se pudiera continuar inmediatamente.

Cuando el debate se hubiera prolongado por más de diez (10) sesiones diarias de audiencia y se diera el supuesto del inciso d), la audiencia excepcionalmente podrá suspenderse hasta quince (15) días corridos.

Siempre que la suspensión excediera el plazo máximo fijado, todo el debate deberá realizarse nuevamente.

La rebeldía o la incapacidad del imputado interrumpirán el juicio. Si éste no fuera hallado o no recuperara la capacidad dentro del décimo día desde la suspensión, todo el debate se realizará nuevamente cuando estos obstáculos sean superados.

Art. 297. Interrogatorio. Los testigos y peritos, luego de prestar juramento o promesa de decir verdad y haber sido instruidos sobre las



prescripciones legales previstas para el falso testimonio, serán interrogados por las partes, comenzando por aquella que ofreció la prueba.

No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio después del contraexamen, salvo si fuera indispensable por considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo.

En el examen directo no se admitirán preguntas sugestivas o indicativas salvo que se autorice el tratamiento para el testigo hostil. En el contraexamen las partes podrán confrontar al testigo o perito con sus propios dichos o con otras versiones. En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar al testigo o perito.

Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles indicando el motivo. Los jueces harán lugar de inmediato al planteo si fuere manifiesto el exceso o decidirán luego de la réplica de la contraparte.

Los jueces no podrán formular preguntas directas. Sólo podrán pedir aclaraciones cuando no hayan comprendido lo expresado por el declarante.

Los testigos y peritos que, por algún motivo grave y difícil de superar, no pudieren comparecer a declarar a la audiencia del juicio, podrán hacerlo a través de videoconferencia o a través de cualquier otro medio tecnológico apto para su examen y contraexamen.

Art. 299. 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.

## **Código de Procedimientos en Materia Penal<sup>938</sup>**

Art. 178. El sumario tiene por objeto: 1 Comprobar la existencia de un hecho punible. 2 Reunir todas las circunstancias que puedan influir en su calificación legal. 3 Descubrir sus autores, cómplices y auxiliares. 4 Practicar las diligencias necesarias para la aprehensión de los delincuentes y para asegurar su responsabilidad pecuniaria.

Art. 209. Siendo habida la persona o cosa objeto del delito, el Juez describirá detalladamente su estado y circunstancias, y especialmente todas las que tuvieren relación con el hecho punible. En los casos de muerte por heridas, deberá consignarse en la descripción ordenada con intervención de peritos, la naturaleza, situación y número de aquéllas, haciéndose además constar la posición en que se hubiere encontrado el cadáver y la dirección de los rastros de sangre y demás que se notaren.

Art. 322. El Juez ordenará el examen pericial, siempre que para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia pertinente a la causa, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria.

## **Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires<sup>939</sup>**

---

<sup>938</sup> Ley 2.372, sancionada el 4 de octubre de 1888, vigente hasta la sanción del CPPN según ley 23.984, del 21 de agosto de 1994.

Art. 59. El Agente Fiscal tendrá las siguientes facultades:

1. Dirigirá, practicará y hará practicar la Investigación Penal Preparatoria actuando con la colaboración de la Policía en función judicial, solicitando las medidas que considere necesarias, ante los Jueces o ante cualquier otra autoridad.

Actuará con conocimiento, control y convalidación del Juez de Garantías, únicamente en los actos que lo requieran según las disposiciones establecidas en este Código. Dentro de los límites y con el alcance de cada medida, cuando concurren fundados motivos que le permitan creer que existe peligro en la demora, el Agente Fiscal podrá, con conocimiento inmediato del Juez de Garantías, ordenar directamente el registro de lugares de los artículos 219, 220 y 221, la requisita personal del artículo 225, la orden de secuestro del artículo 226, la orden de presentación del artículo 227 y la interceptación de correspondencia del artículo 228.

En los casos de los artículos 219, 220 y 221, el Agente Fiscal solicitará, también de inmediato al Juez de Garantías, la convalidación de las medidas. Si el Juez no se pronunciare en contrario dentro de las 48 horas de recibida la solicitud, la medida se tendrá por convalidada.

Art. 274. Anticipo extraordinario de prueba. Las partes podrán requerir al Juez de Garantías que realice un adelanto probatorio cuando deba declarar una persona que por grave enfermedad u otro obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerlo durante el debate.

---

<sup>939</sup> Ley 11.922, promulgada el 10 de enero de 1997, publicada en el BO de la Provincia de Buenos Aires el 23 de enero de 1997.

Si el Juez no considerara admisible el acto, deberá rechazar su realización por auto fundado.

En caso contrario, el Juez citará a las partes, quienes podrán asistir con todas las facultades y derechos previstos para el debate. El imputado privado de su libertad será representado por su Defensor, salvo que pidiera intervenir personalmente. En todos los casos, se labrará acta conforme lo dispuesto por este Código, la que será suscripta por el Juez actuante, el Secretario del Juzgado, las partes y demás intervinientes que correspondiere.

Art. 338. Integración del Tribunal. Citación a Juicio. Recibida la causa, e integrado el Tribunal conforme las disposiciones legales comienza la etapa de juicio.

Cuando el juicio se celebre con jurados, se sorteará por ante la oficina respectiva el juez que dirigirá el debate.

Se notificará inmediatamente la constitución del Tribunal o del juez en el juicio por jurados a todas las partes, las que en el mismo acto serán citadas a juicio por el plazo individual de diez (10) días, a fin de que interpongan las recusaciones que estimen pertinentes, y ofrezcan las pruebas que pretendan utilizar en el debate, con excepción de las partes civiles.

En la misma oportunidad, las partes deberán manifestar expresamente si consideran necesario realizar una audiencia preliminar.

Consentida o establecida con carácter firme la integración del Tribunal o del juez en el juicio por jurados, si alguna de las partes lo hubiese solicitado, se fijará la audiencia en el plazo más breve posible, la que será realizada ante el Tribunal en pleno o unipersonal, o, en el

caso del juicio por jurados, ante el juez sorteado. Cuando el juicio sea por jurados, esta audiencia será obligatoria.

En el curso de la audiencia se tratará lo referido a:

5. Las diligencias a realizar en caso de que sea necesaria una instrucción suplementaria, estableciendo su objeto y tiempo de duración.

### **Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>940</sup>**

Art. 98. Actos definitivos e irreproducibles. Notificación.

Antes de realizarse actos definitivos e irreproducibles, excepto los registros domiciliarios, deberá citarse a la querrela y a la defensa si el/la imputado/a estuviese identificado/a. La incomparecencia de las partes debidamente notificadas no impedirá la realización del acto, que tendrá valor para todos sus efectos.

Solo en casos de suma urgencia se podrá proceder sin notificación o antes del término fijado, dejándose constancia de los motivos que lo justifiquen. Para estos casos, se deberá intentar la comparecencia del/la defensor/a oficial si no estuviese el/la defensor/a particular. Si la presencia de aquél fuera imposible, deberá dejarse constancia de los motivos que la impidieron.

A pedido de la defensa, el/la Juez/a podrá establecer las condiciones de realización del acto para asegurar el control de las partes sobre su producción.

---

<sup>940</sup> Ley 2.303, sancionada el 29 de marzo de 2007, publicada en el BO de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 8 de mayo de 2007.

Art. 99. Violación de recaudos. Los actos definitivos e irreproducibles celebrados con violación a los recaudos precedentemente establecidos y los que fueran su consecuencia, carecerán de valor probatorio y no podrán ser usados en la causa para ningún efecto.

Art. 100. Actuación en actos definitivos e irreproducibles. En los actos definitivos e irreproducibles las partes podrán pedir que se deje constancia de las circunstancias que consideren relevantes e interrogar a los testigos con autorización del/la Fiscal o del/la Juez/a, según el caso.

## **Constitución Española**

Art. 15. 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.

Art. 17. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo

máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. 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.

4. La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

Art. 18.1. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Art. 24. 1. 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.

2. 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.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

### **Ley de Enjuiciamiento Criminal Española**

Art. 118. 1. Toda persona a quien se atribuya 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 injustificada, de los siguientes derechos:

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.

Art. 326. Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho.

A este fin, hará consignar en los autos la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se



encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa.

Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282.

Art. 339. Si fuere conveniente recibir algún informe pericial sobre los medios empleados para la desaparición del cuerpo del delito, o sobre las pruebas de cualquiera clase que en su defecto se hubiesen recogido, el Juez lo ordenará inmediatamente del modo prevenido en el capítulo VII de este mismo título.

Art. 363. Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que 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.

Art. 448. Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

Art. 449 bis. Cuando, en los casos legalmente previstos, la autoridad judicial acuerde la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida, la misma deberá desarrollarse de conformidad con los requisitos establecidos en este artículo.

La autoridad judicial garantizará el principio de contradicción en la práctica de la declaración. La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada, en todo caso, deberá estar presente. En caso de incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto.

La autoridad judicial asegurará la documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, debiendo el Letrado de la Administración de Justicia, de forma inmediata, comprobar la calidad de la grabación audiovisual. Se acompañará acta sucinta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, que contendrá la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida.

Para la valoración de la prueba preconstituida obtenida conforme a lo previsto en los párrafos anteriores, se estará a lo dispuesto en el artículo 730.2.

Art. 449 ter. Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de

terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios.

La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.

Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.

Las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve.

Art. 703 bis. Cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 449 bis y siguientes, se haya practicado como

prueba preconstituida la declaración de un testigo, se procederá, a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista.

En los supuestos previstos en el artículo 449 ter, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad.

En todo caso, la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes.

Art. 728. No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.

Art. 730. 1. Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

2. A instancia de cualquiera de las partes, se podrá reproducir la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción conforme a lo dispuesto en el artículo 449 bis.

Art. 777. 1. El Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal de su incoación y de los hechos que la determinen. Se emplearán para ello los medios comunes y ordinarios que establece esta Ley, con las modificaciones establecidas en el presente Título.

2. Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes.

A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730.

3. Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 449 ter, debiendo la autoridad judicial practicar prueba preconstituida, siempre que el objeto del procedimiento sea la instrucción de alguno de los delitos relacionados en tal artículo.

A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación audiovisual, en los términos del artículo 730.2.

Art. 781. 1. El escrito de acusación comprenderá, además de la solicitud de apertura del juicio oral ante el órgano que se estime competente y de la identificación de la persona o personas contra las que se dirige la acusación, los extremos a que se refiere el artículo 650. La acusación se extenderá a las faltas imputables al acusado del delito o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con el delito. También se expresarán la cuantía de las indemnizaciones o se fijarán las bases para su determinación y las personas civilmente responsables, así como los demás pronunciamientos sobre entrega y destino de cosas y efectos e imposición de costas procesales.

En el mismo escrito se propondrán las pruebas cuya práctica se interese en el juicio oral, expresando si la reclamación de documentos o las citaciones de peritos y testigos deben realizarse por medio de la oficina judicial.

En el escrito de acusación se podrá solicitar la práctica anticipada de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral, así como la adopción, modificación o suspensión de las medidas a que se refieren los artículos 763, 764 y 765, o cualesquiera otras que resulten procedentes o se hubieren adoptado, así como la cancelación de las tomadas frente a personas contra las que no se dirija acusación.

2. El Ministerio Fiscal, previa información a su superior jerárquico, y las acusaciones personadas podrán solicitar justificadamente la prórroga del plazo establecido en el artículo anterior. El Juez de Instrucción, atendidas las circunstancias, podrá acordar la prórroga de dicho plazo por un máximo de otros diez días.

3. Si el Ministerio Fiscal no presentare su escrito en el plazo establecido en el artículo anterior, el Juez de Instrucción requerirá al superior jerárquico del Fiscal actuante, para que en el plazo de diez días presente el escrito que proceda, dando razón de los motivos de su falta de presentación en plazo.

Art. 785. 1. En cuanto las actuaciones se encontraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, el Juez o Tribunal examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás, y prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada.

Contra los autos de admisión o inadmisión de pruebas no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte a la que fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral, momento hasta el cual podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportuno y el Juez o Tribunal admitan.

Art. 788. 7. En cuanto se refiere a la grabación de las sesiones del juicio oral y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 743 de la presente Ley.



## **Código Penal**

Art. 34. No son punibles:

3. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

6. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla;

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

7. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

Art. 42. El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.

Art. 44. La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.

Art. 78. Queda comprendido en el concepto de "violencia", el uso de medios hipnóticos o narcóticos.

Art. 144 bis. Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

2. El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales.

3. El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales.

Art. 144 ter. 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

Art. 144 quater. 1. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello.

Art. 239. Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

Art. 240. Para los efectos de los dos artículos precedentes (atentado y resistencia a la autoridad), se reputará funcionario público al particular que tratase de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito.

Art. 248. Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

Art. 274. El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.

Art. 275. Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente.

Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión.

En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

Art. 276 bis. Será reprimido con prisión de cuatro a diez años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogándose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos.

### **Ley 24.449<sup>941</sup>**

Art. 48. Está prohibido en la vía pública:

---

<sup>941</sup> Ley 24.449, Ley de Tránsito, sancionada el 23 de diciembre de 1994, publicada en el BO el 10 de febrero de 1995.

a) Queda prohibido conducir con impedimentos físicos o psíquicos, sin la licencia especial correspondiente, habiendo consumido estupefacientes o medicamentos que disminuyan la aptitud para conducir. Conducir cualquier tipo de vehículos con una alcoholemia superior a 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. La autoridad competente realizará el respectivo control mediante el método adecuado aprobado a tal fin por el organismo sanitario. (Inciso sustituido por art. 17 de la Ley N° 24.788 B.O. 03/04/1997)

Art. 73. Control preventivo. Todo conductor debe sujetarse a las pruebas expresamente autorizadas, destinadas a determinar su estado de intoxicación alcohólica o por drogas, para conducir. La negativa a realizar la prueba constituye falta, además de la presunta infracción al inciso a) del artículo 48.

En caso de accidente o a pedido del interesado, la autoridad debe tomar las pruebas lo antes posible y asegurar su acreditación.

Los médicos que detecten en sus pacientes una enfermedad, intoxicación o pérdida de función o miembro que tenga incidencia negativa en la idoneidad para conducir vehículos, deben advertirles que no pueden hacerlo o las precauciones que deberán adoptar en su caso. Igualmente, cuando prescriban drogas que produzcan tal efecto.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ABEL LLUCH, Xavier, "La contradicción del dictamen pericial", en *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora María Victoria Berzosa Francos*, Joan Picó i Junoy director, Bosch, Barcelona, 2013.
2. ABRALDES, Sandro F., "El imputado, su individualización, su cuerpo y la adquisición de la prueba", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, t. 1, Ruzinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
3. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?", en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, volumen 15, Valdivia, 2003.
4. AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, traducción de Antonio Gimeno Cuspinera, Pre-Textos, Valencia, 2006.
5. AGUDO ZAMORA, Miguel – MILIONE, Ciro, "El derecho a ser informado de la acusación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Español", en *Teoría y realidad constitucional*, nº 23, UNED, Madrid, 2009.
6. ALAGIA, Alejandro, "Foucault murió en América. Poder punitivo, derecho penal y colonialidad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 7, La Ley, Buenos Aires, 2016.
7. ALCAYDE BLANES, Carmen, "Los registros personales externos sobre las personas privadas de libertad", en *Foro FICP (Fundación*

- Internacional de Ciencias Penales*), n° 2019-2, Diego Manuel Luzón Peña director, Madrid, 2019.
8. ALCOCEBA GIL, Juan Manuel, *El análisis genético forense en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
  9. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2° ed., traducción de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 2004.
  10. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, revisada por Ruth Zimmerling, Colección "El Derecho y la justicia", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
  11. ALFONSO GALINDO, Javier, "Contenido del derecho a la integridad personal", en *Revista Derecho del Estado*, n° 23, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
  12. ALGUACIL GONZÁLEZ, Jorge, "Recensión a Díez-Picazo, Sistema de derechos fundamentales, Madrid: Thomson/Civitas, 2003", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 14, segundo semestre, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2004.
  13. ALLER MAISONNAVE, Germán, "Malleus Maleficarum. El martillo de las brujas", en *Revista de Ciencias Penales Iter Criminis*, Cuarta Época, n° 14, México DF, 2010.
  14. ALLER MAISONNAVE, Germán, "Reflexiones sobre peligrosidad, riesgo social y seguridad", en *Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro homenaje al Profesor Enrique Bacigalupo*, AAVV, Ara Editores, Lima 2003.
  15. ALONSO REGUEIRA, Enrique, "Artículo 30. Alcance de las restricciones", en *La Convención Americana de Derechos Humanos*

*y su proyección en el Derecho Argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

16. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Editorial Juris, Rosario, 2007.
17. ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria, "El artículo 24 de la Constitución Española y la prueba de ADN en el proceso penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 38, n° 114, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.
18. ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria, "Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada", en *Boletín de información*, año 69, n° 2180, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, Madrid, 2015.
19. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, "El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte I)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n° 34, Dykinson, Madrid, 2011.
20. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, "La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea", en *Revista de Estudios Europeos*, n° 1 extraordinario, dedicado a "Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea", Universidad de Valladolid, 2017.



21. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, "Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)", en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, Del Blanco Editores, Madrid, 2011.
22. ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Lecciones de epistemología. Algunas cuestiones epistemológicas de las ciencias jurídicas*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004.
23. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Norberto, "La fuerza en el Derecho", en *Anuario de filosofía del derecho*, nº 4, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 1987.
24. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Susana, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Colección "Derechos Humanos y Filosofía del Derecho", Dykinson, Madrid, 2007.
25. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, "Ponderaciones judiciales en materia de prueba prohibida y garantías para la nueva investigación en el proceso penal", en *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Piedad González Granda directora, María Jesús Ariza Colmenarejo – Eva Isabel Sanjurjo Ríos coordinadoras, Reus, Madrid, 2020.
26. ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, César, "El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura", en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1987-3, Madrid, 1987.
27. AMBOS, Kai, "En memoria de Julio Maier", en *Suplemento Penal y Procesal Penal*, nº 6, La Ley, Buenos Aires, 2020.

28. AMEZCUA, Luis, "Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 8, Porrúa, México DF, 2007.
29. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo", en *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
30. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Michele Taruffo: el magisterio y la obra ejemplares del genial procesalista todoterreno", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 44, Marcial Pons, Madrid, 2021.
31. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Sobre la pobreza cultural de una práctica (judicial) sin teoría", en *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, n° 79, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017.
32. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Colección "Claves del derecho procesal penal", Francisco Muñoz Conde – Marcela De Langhe directores, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
33. ANELLO, Carolina S., "Artículo 5. El derecho a la integridad física, psíquica y moral", en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Enrique Alonso Regueira director, La Ley y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2013.
34. ANGULO, Durga, "La declaración del imputado. ¿Usted desea declarar?", en *Revista de Derecho Procesal Penal. El proceso*

*penal adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, t. 2, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009.

35. ANITUA, Gabriel I., "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la extracción de sangre a víctimas de delitos sin su consentimiento", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012.
36. ANITUA, Gabriel I., "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012.
37. ANITUA, Gabriel Ignacio, "La legislación penal en la dinámica de la guerra contra el mal o el enemigo", en *Políticas de seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, María Laura Böhm – Mariano Gutiérrez compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
38. ANITUA, Gabriel Ignacio, *Derechos, seguridad y policía*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
39. ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
40. ARAYA ESPINOZA, Alejandra, "El castigo físico: el cuerpo como representación de la persona, un capítulo en la historia de la occidentalización de América. Siglos XVI-XVIII", en *Historia*, n° 39, volumen 2, julio-diciembre, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006.

41. ARIAS PARDO, Carmen – FERNÁNDEZ CARRASCO, Eulogio, “La Inquisición en Cuenca: el Auto de Fe de 2 de agosto de 1590”, en *Revista de Derecho*, nº 4, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009.
42. ARMENTA DEU, Teresa, “Pena y proceso: fines comunes y fines específicos”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Ministerio de Justicia de España-Boletín Oficial del Estado, t. 48, fascículo 2, Madrid, 1995.
43. ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios sobre el proceso penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe 2008.
44. ARNAUS LOMAÑA, Pedro, *Policía Práctica. Breve estudio con datos y observaciones sobre la forma y manera que la gente maleante realiza los timos, robos, hurtos y estafas, especificación de nombres y procedimientos; dactiloscopia e identidad personal*, Imprenta Española, Madrid, 1911.
45. AROCENA, Gustavo, “La oralidad en el debate”, en *Temas de derecho procesal penal (contemporáneo)*, Mediterránea, Córdoba, 2004.
46. MARTÍN, Adrián Norberto, *Detenciones policiales ilegales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010.
47. ASECIO MELLADO, José María, “El proceso penal con todas las garantías”, en *Ius et Veritas*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Nº 33, Lima, 2006.
48. ASECIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Penal*, 3º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

49. ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.
50. ASIMOV, Isaac, *El Imperio Romano*, traducción de Néstor A. Míguez, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 128.
51. ATIENZA, Manuel, "A propósito de la dignidad humana", en *Ius et Veritas*, año 16, nº 36, Asociación Civil Ius et Veritas, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008.
52. ATIENZA, Manuel, "Sobre el concepto de dignidad humana", en *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, María Casado coordinadora, Civitas, Pamplona, 2009.
53. ATIENZA, Manuel, "Visiones sobre la relación entre el derecho y la fuerza", en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 81, julio-diciembre, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2019.
54. AUGÉ, Marc – COLLEYN, Jean-Paul, *Qué es la antropología*, traducción de Carles Roche Suárez, Paidós Básica, Barcelona, 2012.
55. AUGÉ, Marc, *El antropólogo y el mundo global*, traducción de Ariel Dillon, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.
56. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, "Las consecuencias accesorias del delito en el Código Penal. La extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad civil derivada del delito", en *Manual de introducción al Derecho Penal*, Juan Antonio Lascuráin Sánchez

coordinador, Colección "Derecho Penal y Procesal penal", Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

57. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
58. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2º ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
59. BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 1, 2º ed., La Ley, Buenos Aires, 2006.
60. BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 2, La Ley, Buenos Aires, 2007.
61. BADURA, Benjamín, "Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario" (recensión), en *Revista policía y seguridad pública*, volumen 1, nº 3, mayo-octubre, Academia Nacional de Seguridad Pública, San Salvador, 2013.
62. BANACLOCHE PALAO, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el derecho español*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1996.
63. BARATTA, Alessandro, "Requisitos mínimos del respeto a los Derechos Humanos en la ley penal", en *Nuevo Foro Penal. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*, nº 34, Temis, Bogotá, 1986.
64. BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad, y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1995.
65. BASTIDA FREIXEDO, Xacobe, "Kelsen y la tortuga. La teoría pura del derecho como antifilosofía", en *Anuario de filosofía del*

- derecho*, n° 20, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2003.
66. BAUMAN, Zygmunt, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, 2º ed., traducción de Jesús Alborés, Siglo XXI, Madrid, 2006.
67. BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, traducción de Conrado A. Finzi, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.
68. BAYTELMAN, Andrés, "El juicio oral", en *Nuevo proceso penal*, AAVV, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2000.
69. BAZÁN, Víctor, "La Corte Suprema argentina y algunos fallos relevantes en materia de derechos fundamentales en el período 2009-2010", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la constitución*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2011.
70. BECKER, Howard Saul, *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, traducción de Jaime Arrambide, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009.
71. BENTHAM, Jeremías, *El Panóptico*, traducción de Ramón Salas, Las Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1979, reproducción de *Tratados de legislación civil y penal*, t. 5, Imprenta de Fermín Villalpando, Madrid, 1822.
72. BERGALLI, Roberto – BUSTOS RAMÍREZ, Juan –MIRALLES, Teresa, *El pensamiento criminológico. Un análisis crítico*, t. 1, Temis, Bogotá, 1983.

73. BERGEL, Salvador Darío, "Los Derechos Humanos entre la bioética y la genética", en *Acta Bioethica*, volumen 8, n° 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile, Santiago, 2002.
74. BERNAL CUÉLLAR, Jaime, "Bloque de constitucionalidad y derecho penal", en *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, t. 1, Eduardo Montealegre Lynett coordinador, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
75. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 3° ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2007.
76. BERNATE OCHOA, Francisco – DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola – FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos – GALEANO REY, Juan Pablo – HENAO CARDONA, Luis Felipe – LOMBANA VILLALBA, Jaime – MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro – RODRÍGUEZ, Alfredo – SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Raúl Eduardo – SINTURA VARELA, Francisco, *Sistema Penal Acusatorio*, Centro Editorial Universidad del Rosario y Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2005.
77. BERTELOTTI, Mariano, "La ley 25.434 y su influencia en la regulación de la reclusión personal", en *Nueva Doctrina Penal 2004/A*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
78. BERTOLINO, Pedro J., "El modo de ejecutar las medidas de coerción personal como una hipótesis de injerencia en los derechos del imputado", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La*



- injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
79. BIDART CAMPOS, Germán, "Droga mal hallada en una requisa policial", *La Ley*, 1998-B-352, Buenos Aires, 1998.
80. BIDART CAMPOS, Germán, "Lo nulo y lo válido en una causa por drogas", en *El Derecho*, t. 161, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1995.
81. BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. 1, Ediar, Buenos Aires, 2001.
82. BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. 2, Ediar, Buenos Aires, 2000.
83. BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2º edición actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
84. BINDER, Alberto, "Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica", en *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
85. BINDER, Alberto, "Del preso sin condena al condenado sin juicio. Política procesal y abreviación del proceso", en *Justicia penal y estado de derecho*, 2º ed., actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
86. BOBBIO, Norberto, "El fundamento de los derechos humanos", en *Diccionario crítico de los Derechos Humanos*, Ramón Soriano Díaz – Carlos Alarcón Cabrera – Juan Mora Molina directores y coordinadores, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, Palos de la Frontera, 2000.

87. BONESANA, César, Marqués de Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Heliasta, Buenos Aires, 1993.
88. BOURDIEU, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*, 2º ed., traducción de María José González Ordovás, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001.
89. BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
90. BUENO, Gonzalo, "El concepto de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Nueva Doctrina Penal*, 2003/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
91. BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 3, Mario A. Viera Editor, Corrientes, 2003.
92. BURGOS GARRIDO, Belén, "La extracción del perfil genético de los deportistas como prueba en la investigación del delito de dopaje", en *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, Ignacio F. Benítez Ortúzar coordinador, Dykinson, Madrid, 2015.
93. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Las funciones de la policía y la libertad y seguridad de los ciudadanos", en *Nuevo Foro Penal*, Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, nº 32, enero-abril, Temis, Bogotá, 1986.
94. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Política criminal y Estado", en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 8, nº 12, San José de Costa Rica, 1996.

95. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Principios garantistas del derecho penal y del proceso penal", en *Nuevo Foro Penal. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*, n° 60, enero-abril, Temis, Bogotá, 1999.
96. CABANILLAS SÁNCHEZ, José – ESCALANTE CASTARROYO, José – FA MALUENDA, Jaime – MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás – SAN ROMÁN PLAZA, Carlos Julio, *Manual del policía*, Francisco Alonso Pérez coordinador, 4° ed., La Ley, Madrid, 2004.
97. CABEZUDO BAJO, María José, "La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional", en *Revista de Derecho Político*, n° 77, enero-abril, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2010.
98. CADENAS OSUNA, Davinia, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.
99. CAFFERATA NORES, José I., "La lectura en el debate de las declaraciones testimoniales recibidas en la instrucción", en *Suplemento de jurisprudencia penal*, La Ley, 23 de septiembre de 2002, Buenos Aires, 2002.
100. CAFFERATA NORES, José I., *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984)*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
101. CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

102. CAFFERATA NORES, José Ignacio – TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, t. 2, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003.
103. CAFFERATA NORES, José Ignacio, *La prueba en el proceso penal*, 3º ed., actualizada y ampliada, Depalma, Buenos Aires, 1998.
104. CALAMANDREI, Piero, *Proceso y democracia. Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, traducción de Héctor Fix Zamudio, Colección "Breviarios de Derecho", Santiago Sentís Melendo director, nº 33, EJEA, Buenos Aires, 1960.
105. CANDIA FALCÓN, Gonzalo, "El estado de derecho: ¿al servicio de los derechos fundamentales?", en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, volumen 30, nº 2 (diciembre), Valdivia, 2017.
106. CANOSA USERA, Raúl, "La prohibición de la tortura y de penas y tratos inhumanos o degradantes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2018.
107. CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
108. CANTÚ, César, *Compendio de historia universal*, traducción de Nicolás María Serrano, Viuda de Rodríguez, Madrid, 1877.
109. CARBALLO ARMAS, Pedro, "Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela judicial efectiva: algunas reflexiones en torno al procedimiento de habeas corpus en España", en *Revista*

*Pensamiento Constitucional*, año 10, n° 10, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.

110. CARBONELL, Miguel, "Proteger la libertad: una propuesta de reforma constitucional", en *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Estudios de derecho público y política*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2006.
111. CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Librería El Foro, Buenos Aires, 1994.
112. CARNELUTTI, Francesco, *Las Miserias del Proceso Penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1959.
113. CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte general*, t. 1, traducción de Octavio Béeche y Alberto Gallegos, Tipográfica Nacional, San José de Costa Rica, 1889.
114. CARRARA, Francesco, *Programma del Corso de Diritto Criminale. Parte generale*, Tipografía Giusti, Lucca, 1867.
115. CARRASCO JIMÉNEZ, Edison, "El concepto de "expansión" del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de "inflación" penal", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad Santiago de Compostela, volumen 37, Santiago de Compostela, 2017.
116. CARRIÓ, Alejandro, "Detenciones arbitrarias y reglas de exclusión: cuando la Corte habla así, da gusto oírla", en *La Ley*, 1995-B-349, Buenos Aires, 1995.
117. CARRIÓ, Alejandro, "El derecho a la libertad y los "trámites de identificación". De "Daray" a "Fernández Prieto" a "Tumbeiro" (o

de Guatebuena a Guatemala a Guatepeor)", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 2003-I-729, Buenos Aires, 2003.

118. CARRIÓ, Alejandro, "Facultades policiales en materia de arrestos y requisas. ¿Qué puede o debe hacer la policía y qué no?", en *La Ley*, 1988-E-269.
119. CARRIÓ, Alejandro, "Requisas de automotores: ¿algo que aprender del reciente caso "Lemos"?", en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 20, Leonardo Pitlevnik director, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
120. CARRIÓ, Alejandro, "Requisas personales, privacidad y actuación policial (la Casación habló y los derechos encogieron)", en *La Ley*, 1994-E-143, Buenos Aires, 1994.
121. CARRIÓ, Alejandro, "Requisas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los standards light", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 5, n° 1, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2000.
122. CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.
123. CASAS FARFÁN, Luis Francisco, "Bloque de constitucionalidad: técnica de remisión de las constituciones modernas", en *Revista Provincia*, Número Especial, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 2006.
124. CASINO RUBIO, Miguel, "Presunción legal de culpabilidad versus prueba indiciaria de la autoría en las infracciones de tráfico", en *Revista de Administración Pública*, n° 182, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

125. CASSAGNE, Juan Carlos, "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial", disponible en <https://goo.gl/8VS4mq>.
126. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, "La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal", en *Diario La Ley*, n° 8.213, del 17 de diciembre, Madrid, 2013.
127. CASTRO, Edgardo, *Introducción a Foucault*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.
128. CESANO, José Daniel, "El análisis historiográfico de la prisión en la Argentina hacia giro de siglo (1890-1920): la necesidad de una historia local y comparada. Aportes metodológicos para una historia en construcción", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año 4, n° 7 (agosto), La Ley, Buenos Aires, 2014.
129. CHAVES MORA, Alicia, "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo n° 75/2016, de 10 de febrero, y el valor de la prueba de ADN", en *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n° 10, segundo trimestre, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2017.
130. CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo, "Persona y (bio)constitución", en *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, t. 3, Benigno Pendás director, Esther González – Rafael Rubio coordinadores, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.
131. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho procesal penal*, t. 1, actualizado por Jorge Vázquez Rossi, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

132. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho procesal penal*, t. 2, actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.
133. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Protección penal de la intimidad genética", en *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, María Casado – Margarita Guillén coordinadoras, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014.
134. CORDERO PÉREZ, José Carlos – CONDE COLMENERO, Pilar, "Revisión jurídica de la prueba pericial en España. De la primera acreditación de ADN al Tratado de Prüm", en *Revista de Derecho y Criminología*, Universidad Católica de San Antonio, Francisco de la Torre Olid director, Anales 2012, nº 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
135. CÓRDOBA, Gabriela E., "Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?", en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
136. CÓRDOBA, Gabriela, "Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba. Obtención de ADN y *nemo tenetur*", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012.
137. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, "Garantías procesales para la obtención de muestras de ADN (a propósito de la STS de 19 de 4 de 2005)", en *Revista Penal*, nº 16, La Ley, Madrid, 2005.
138. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, "La investigación policial sin control judicial como integrante de la expresión típica "mediando



- causa por delito" (arts. 534 a 536 del Código Penal)", en *Revista Penal*, n° 24, La Ley, Madrid, 2009.
139. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, "Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba de ADN en el proceso penal (o sobre la competencia legislativa de la Sala Segunda del Tribunal Supremo)", en *Revista Penal*, n° 18, La Ley, Madrid, 2006.
140. CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 2, 6° ed., actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1998.
141. CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 3° ed., actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1992.
142. CROWE, Jonathan, "La coerción y el deber *prima facie* de obedecer la ley", en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*, n° 81, julio-diciembre, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2019.
143. *Custodia policial. Guía práctica de monitoreo*, Asociación para la Prevención de la Tortura, Centre Jean-Jacques Gautier, traducción de Manuel Urgel, María José Urgel e Isabelle Heyer, Ginebra, 2013.
144. D'ALBORA, Francisco J., "La requisa en el proceso penal", en *La Ley*, 1995-E-934, Buenos Aires, 1995.
145. D'ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 4° ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
146. DE AGUILAR GUALDA, Salud, *La prueba en el proceso penal. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tribunal

*Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Bosch, Barcelona, 2017.

147. DE ANTÓN Y BARBERÁ, Francisco – DE LUIS Y TURÉGANO, Juan Vicente, *Manual de Técnica Policial*, 3º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
148. DE BROCÁ, Guillermo María, *Autores catalanes que antes del siglo XVIII se ocuparon del derecho penal y del procedimiento criminal*, Imprenta de Hijos de Jaime Jepús, Barcelona, 1901.
149. DE CASTELLVÍ GUIMERÁ, Juan Luis, "La eficacia en la detección canina en el ámbito de las fuerzas armadas: propuesta de un estándar de evaluación", en *Sanidad militar. Revista de sanidad de las Fuerzas Armadas de España*, volumen 75, nº 2, Ministerio de Defensa, Madrid, 2019.
150. DE HOYOS SANCHO, Montserrat, "Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 14, nº 35, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.
151. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis – BLANCO CORDERO, Isidoro, "El sistema prisional en España", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 12, San Sebastián, 1998.
152. DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier – PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, "El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal", en *Revista Penal La Ley*, nº 15, Madrid, 2005.

153. DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2001.
154. DE LUCA, Javier, "El cuerpo y la prueba", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, t. 3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.
155. DE LUCA, Javier, "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", en *Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad e identidad. Tercer coloquio interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo*, Fundación Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2006.
156. DE LUCA, Javier, "Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y garantías constitucionales", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012.
157. DE LUCAS, Javier, "El derecho, desde la pandemia. Una introducción", en *Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 28, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
158. DE PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, "Derechos humanos y derechos subjetivos", en *Diccionario crítico de los Derechos Humanos*, Ramón Soriano Díaz – Carlos Alarcón Cabrera – Juan Mora Molina directores y coordinadores, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, Palos de la Frontera, 2000.

159. DE VEDIA, Agustín, Constitución Argentina, Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1907.
160. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas*, Bosch, Barcelona, 2012.
161. DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro, "El uso de documentos y escritos en la audiencia de juicio oral", en *Criterio Jurídico. Revista del Departamento de Ciencia Jurídica y Política*, volumen 8, n° 1, Pontificia Universidad Javeriana-Cali, Santiago de Cali 2008.
162. DEL CAMPO JESÚS, Luis, "Las pruebas del "fierro calient" y de las "gleras" en el Fuero General de Navarra", en *Cuadernos de Etnología y Etnografía de Navarra*, año 14, n° 40, Gobierno de Navarra. Dirección General de Cultura. Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1982.
163. DÍAZ CABIALE, José Antonio, "Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)", en *Cuadernos de derecho judicial*, n° 12, ejemplar dedicado a "Medidas restrictivas de derechos fundamentales", Eloy Velasco Núñez director, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
164. DÍAZ CANTÓN, Fernando, "La relación entre la prueba y la coerción penal", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
165. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*,

- Luis Arroyo Zapatero – Ulfrid Neumann – Adán Nieto Martín coordinadores, Colección “Estudios”, nº 91, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
166. DÍEZ-PICAZO, Luís María, *Sistema de derechos fundamentales*, 4º ed., Serie “Derechos fundamentales y libertades públicas”, Civitas, Madrid, 2013.
167. DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “ADN y derechos fundamentales”, en *La prueba de ADN en el proceso penal*, Juan Luis GÓMEZ COLOMER coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
168. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.
169. DRAPKIN, Israel, “Sociedad, delito y derecho”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 20, fascículo 1-2, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1967.
170. DRAPKIN, Israel, “La cultura de la violencia”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 29, fascículo 3, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1976.
171. DRAPKIN, Israel, “Los “Códigos” pre-hamurábicos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 35, fascículo 2, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1982.
172. DRAPKIN, Israel, “Prolegómenos al estudio del derecho penal en la China Imperial”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 35, fascículo 3, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1982.
173. DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, Bosch Editor, Barcelona, 2014.

174. DUCE, Mauricio, "¿Deberíamos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 19, n° 1, 2013.
175. DUCE, Mauricio, "Condena de inocentes y litigación en juicio oral. Resultados de una investigación empírica sobre reconocimientos oculares y prueba pericial", en *Sistemas Judiciales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, año 17, n° 21, Santiago de Chile, 2017.
176. DUCE, Mauricio, "Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora", en *Política Criminal*, Universidad de Talca, Centro de Estudios en Derecho Penal, volumen 12, n° 23, Talca, 2017.
177. DURÁN MUÑOZ, Geovanni de Jesús, "El derecho humano a la no autoincriminación", en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 15, n° 38, enero-abril, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México DF, 2020.
178. EILBAUM, Lucía, "La sospecha como fundamento de los procedimientos policiales", en *Cuadernos de Antropología Social*, n° 20, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 2004.
179. EISELE, Jörg, "Derecho y tortura. Entre la defensa policial contra peligros y la persecución penal. Hacia la utilización en el proceso penal de una declaración obtenida bajo amenaza de

- tortura”, en *Revista IUSTA*, n° 28, enero-junio, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008.
180. EKMEKDJIÁN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 2, reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 2001.
181. ELLERO, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*, traducción de Adolfo Posada, El Foro, Buenos Aires, 1994.
182. ESCANDAR, Nicolás – FRENCH, Santiago, “Injerencias y estándares probatorios”, en *Diario DPI Cuántico*, n° 93, del 11 de diciembre de 2015, Buenos Aires, 2015.
183. ESPINOSA ARDILA, Miguel Camilo, “El apaleamiento en Roma durante el 133 a.C.”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, volumen 39, n° 107, julio-diciembre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.
184. ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, “Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Nuevos horizontes del derecho procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Mar Jimeno Bulnes – Julio Pérez Gil coordinadores, Bosch, Barcelona, 2016.
185. ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, “Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas (Parte II)”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n° 20, Dykinson, Madrid, 2004.
186. ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, “Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las

recientes reformas (Parte I)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, nº 19, Dykinson, Madrid, 2003.

187. ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, "Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre", en *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 1-2, Bosch, Barcelona, 2004.
188. ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, "Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)", en *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 4, Madrid, 2004.
189. ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000.
190. EYMERIC, Nicolás, *El Manual de los Inquisidores*, traducción de Amanda Forns de Gioia, R. Alonso Editor, Buenos Aires, 1972.
191. EYMERIC, Nicolás, *Manual de Inquisidores (Directorium Inquisitorium)*, traducción de José Antonio Fortea, La esfera de los libros, Madrid 2006.
192. FALCONE, Roberto A. – MADINA, Marcelo A., *El proceso penal en la Provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
193. FALCUCCI, Julián "Fallo "Amodio": los alcances del principio acusatorio", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2007.
194. FARFÁN ESPUNY, María José, "Recogida de muestras biológicas y obtención del perfil de ADN en el laboratorio forense", en *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta*



- realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, María José Cabezado Bajo coordinadora, Dykinson, Madrid, 2013.
195. FARSA, Pablo, "Juicio oral adversarial: sus posibilidades de realización en los sistemas normativos", en *Revista de Derecho Procesal Penal. El proceso penal adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
196. FEDERICI, Silvia, *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, traducción de Verónica Hendel y Leopoldo Sebastián Touza, Tinta Limón, Buenos Aires, 2010.
197. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, "Las entendederas del ministerio fiscal (El sospechoso oficio de paseante)", en *Jueces para la democracia*, n° 11, Madrid, 1990.
198. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, "Sólo se llamaba Trinidad", en *Jueces para la democracia*, n° 16-17, Madrid, 1992.
199. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "¿Qué es ser "persona" para el derecho?", en *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, n° 54, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.
200. FERNÁNDEZ, Eusebio, "Dignidad y derechos humanos", en *Diccionario crítico de los Derechos Humanos*, Ramón Soriano Díaz – Carlos Alarcón Cabrera – Juan Mora Molina directores y coordinadores, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, Palos de la Frontera, 2000.
201. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, 5° ed., Civitas, Madrid, 2008.

202. FERRAJOLI, Luigi, "El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo", traducción de Félix Morales Luna, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 34, Universidad de Alicante, Marcial Pons, 2011.
203. FERRAJOLI, Luigi, "Entrevista a Luigi Ferrajoli", por Gerardo Pisarello y Ramón Suriano (Universidad Complutense de Madrid), en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho del Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México*, nº 9, México DF, 1998.
204. FERRAJOLI, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales", traducción de Miguel Carbonell, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 15, julio-diciembre, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2006.
205. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995.
206. FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Colección "Estructuras y Procesos", edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.
207. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. 2, Colección "Estructuras y Procesos", Serie "Derecho", traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruíz Miguel, Trotta, Madrid, 2013.

208. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. 1, Colección "Estructuras y Procesos", Serie "Derecho", traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruíz Miguel, Trotta, Madrid, 2013.
209. FERRER BELTRÁN, Jordi, "El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial", en *Debatiendo con Taruffo*, Jordi Ferrer Beltrán – Carmen Vázquez coeditores, Marcial Pons, Madrid, 2016.
210. FERREYRA, Raúl Gustavo, "El derecho, la razón de la fuerza sobre la Constitución y los derechos fundamentales", en *Revista Contextos*, nº 1, Área de Comunicación y Publicaciones de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011.
211. FILIPPINI, Leonardo – TCHRIAN, Karina, "ADN: el nuevo artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012.
212. FINNIS, John, "Sobre los caminos de Hart: el derecho como razón y como hecho", en *El legado de H. L. A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Colección "Filosofía y Derecho", Juan José Moreso – Jordi Ferrer Beltrán directores, traducción de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2012.
213. FINZI, Marcelo, "La requisita personal", en *La Ley*, t. 30, abril-junio de 1943, Buenos Aires, 1943.

214. FISCHER LESCANO, Andreas, *La fuerza del Derecho*, traducción de Alex Iván Valle Franco, Serie "Pensamiento crítico", n° 1, Editorial El Siglo, Quito, 2019.
215. FONT I LLOVET, Tomás – MIR PUIGPELAT, Oriol, "Discrecionalidad administrativa y alcance del control judicial", en *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial*, Eduardo García de Enterría – Ricardo Alonso García coordinadores, Civitas, Madrid, 2012.
216. FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 17° ed., actualizada por Guillermo Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
217. FOUCAULT, Michel, *El poder, una bestia magnífica. Sobre el poder, la prisión y la vida*, traducción de Horacio Pons, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.
218. FOUCAULT, Michel, *Estrategias de poder. Obras esenciales*, volumen 2, traducción de Fernando Álvarez Uría y Julia Varela, Paidós Básica, Barcelona, 1999.
219. FOUCAULT, Michel, *Genealogía del racismo*, traducción de Alfredo Tzveibel, Altamira, Buenos Aires, 1996.
220. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, traducción de Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 1996.
221. FOUCAULT, Michel, *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*, traducción de Horacio Pons, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.
222. FOUCAULT, Michel, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, traducción de Miguel Morey, Alianza Editorial, Madrid, 2000.

223. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.
224. FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, t. 1, traducción de Simón Carrejo y Jorge Guerrero, Imprenta de Agustín Avrial, Madrid, 1894.
225. GALDÁMEZ ZELADA, Liliana, "Alcance de la prohibición de la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, año 4, n° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2006.
226. GARCÍA ARÁN, Mercedes – PERES NETO, Luiz, "Discursos mediáticos y reformas penales de 2003", en *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
227. GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol. Ejercicio del derecho constitucional a la defensa", en *Revista Jurídica de Catalunya*, Colegio de Abogacía de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya, volumen 86, n° 3, Barcelona, 1987.
228. GARCÍA ARÁN, Mercedes, "El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales", en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n° 18, Institut de Seguretat Pública de Catalunya, Barcelona, 2008.
229. GARCÍA CÍVICO, Jesús, "El derecho a no ser torturado: status quaestionis", en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y*

*Política*, nº 25, Universidad Carlos III e Instituto de Derechos Humanos "Gregorio Peces-Barba", Madrid, 2017.

230. GARCÍA FALCONÍ, Ramiro J. – LARENAS CORTEZ, Melissa, "Los albores del derecho penal: la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, volumen 37, nº 102, enero-junio, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
231. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, "La dignidad y sus menciones en la declaración", en *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, María Casado coordinadora, Civitas, Pamplona, 2009.
232. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "César Beccaria", en *Rostros y Personajes de las Ciencias Penales*, Gerardo Laveaga coordinador, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México DF, 2003.
233. GARGARELLA, Roberto, "Cuatro enfoques sobre el caso 'Bignone'", en *Pensar en derecho*, nº 10, año 5, Eudeba, Buenos Aires, 2017.
234. GARGARELLA, Roberto, "Mano dura sobre el castigo. Igualdad y comunidad (I)", en *Nueva Doctrina Penal 2007/B*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
235. GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
236. GIL HERNÁNDEZ, Ángel, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995.

237. GIMÉNEZ PÉREZ, Adrián, "La odorología forense en el ámbito jurídico español", en *Revista Skopein. La justicia en manos de la ciencia*, año 3, nº 10, Buenos Aires, 2015.
238. GIMENO SENDRA, Vicente, "Medidas limitadoras de derechos fundamentales en el proceso penal", en *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, Universidade da Coruña, 2012.
239. GINGOLD, Laura, "Feos, sucios y malos. El poder de sentencia de las etiquetas sociales", en *Nueva Sociedad*, nº 117 ("Juventud, hábitos y fluctuaciones"), enero-febrero, Caracas, 1992.
240. GÓMEZ AMIGO, Luis, "La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN", en *Diario La Ley*, nº 8324, Sección Doctrina, Madrid, 2014.
241. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, "Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: pros y contras del modelo", en *Revista Penal*, nº 20, La Ley, Madrid, 2007.
242. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, "Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: el análisis de ADN", en *La prueba de ADN en el proceso penal*, Juan-Luis Gómez Colomer coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
243. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, "Prólogo", en *La prueba de ADN en el proceso penal*, Juan-Luis Gómez Colomer coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
244. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, "Reflexiones sobre las bases científicas de la parte general del derecho jurisdiccional", en

*Justicia. Revista de derecho procesal*, nº 3, Bosch, Barcelona, 1989.

245. GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, Albert, *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, Bosch, Barcelona, 2014.
246. GONZÁLEZ MONJE, Alicia, "Intervención de comunicaciones en dependencias policiales. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), 145/2014, de 22 de septiembre [BOE nº 261, de 28-X-2014]", en *Ars Iuris Salamanticensis. Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, volumen 3, nº 1, Ediciones Universidad de Salamanca, 2015.
247. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.
248. GONZÁLEZ, Genaro María, "Derecho, coacción y coactividad", en *Estudios de Derecho*, volumen 35, nº 89-90, Facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, 1976.
249. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, "El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español", en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, septiembre-diciembre, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.
250. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.
251. GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Parte general*, t. 1, 11º ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2017.



252. GÖSSEL, Karl-Heinz, "¿Contiene el Derecho alemán prohibiciones "absolutas" de tortura, que rigen sin excepción?", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, t. 3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.
253. GÖSSEL, Karl-Heinz, "Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal", traducción de Miguel Polaino Navarrete, en *Revista del Ministerio Fiscal*, N° 3, enero-junio, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1996.
254. GRECO, Luis, "Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs", en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n° 4/2007, Barcelona, 2007, disponible en <https://bit.ly/2LLOJ7y>.
255. GUARIGLIA, Fabricio, "¿Ausencia de fundamento normativo, prohibición de método de prueba o lesión al principio de proporcionalidad? El fallo de la Corte Suprema en 'Vázquez Ferrá'", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012.
256. GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el proceso penal. Una propuesta de fundamentación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
257. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, *Manual Práctico del Letrado de la Defensa*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2007.

258. GUERRERO MORENO, Álvaro Alfonso, "La regulación de los datos genéticos y las bases de datos de ADN", en *Criterio Jurídico*, volumen 8, n° 2, Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana, Cali, 2008.
259. GUILLÉN LASIERRA, Francesc, *Modelos de policía. Hacia un modelo de seguridad plural*, Bosch, Barcelona, 2016.
260. GULLCO, Hernán Víctor, "¿Es necesaria una orden judicial para el registro de automóviles?", en *La Ley*, 1994-E-129, Buenos Aires, 1994.
261. GULLCO, Hernán Víctor, "¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?", en *Doctrina Penal*, año 12, n° 45-48, Depalma, Buenos Aires, 1989.
262. HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Novedades sobre la prueba judicial*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2008.
263. HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Requisas y otras inspecciones corporales*, Astrea, Buenos Aires, 2012.
264. HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
265. HASSEMER, Winfried – MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
266. HASSEMER, Winfried, "Proceso penal y derechos fundamentales", traducción al portugués por Augusto Silva Díaz y al castellano por Inés Sosa y Pablo Carignano, en *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, t. 2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

267. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1984.
268. HAZÁN, Luciano A., "La desaparición forzada de niños en Argentina a través de la sustitución de su identidad", en *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. Del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*, María Casado – Juan José López Ortega coordinadores, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014.
269. HAZÁN, Luciano A., "Los análisis genéticos después del fallo "Vázquez Ferrá" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012.
270. HERRERO HERRERO, César, *Estudios de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
271. HOBBS, Thomas, *Leviatán*, traducción de Antonio Escotado, Editora Nacional, Madrid, 1980.
272. HOBBS, Eric, *La era de la revolución. 1789-1848*, 6° ed., 1° reimpresión, traducción de Félix Ximénez de Sandoval, Crítica – Grupo Editorial Planeta, Buenos Aires, 2009.
273. HORVITZ LENON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, t. 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
274. HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999.

275. JAUCHEN, Eduardo M., "Derecho del imputado y su defensor a interrogar testigos y peritos de cargo y descargo", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La defensa penal*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.
276. JAUCHEN, Eduardo M., "La prueba documental en el proceso penal", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
277. JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del imputado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.
278. JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
279. JUÁREZ, Mariano Gabriel, "La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 18, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Bogotá, 2012.
280. JUÁREZ, Mariano Gabriel, "Requisita y exclusión de la prueba en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Estados Unidos (un aliciente para que la Corte Suprema argentina escape al "preferiría no hacerlo")", en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Externado de Colombia, volumen 33, n° 94, enero-junio, Bogotá, 2012.
281. KELSEN, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, traducción de Emilio O. Rabasa, 3° ed., revisada y corregida, Universidad Nacional Autónoma de México y Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002.

282. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de la segunda edición en alemán de Roberto J. Vernengo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1982.
283. KLATT, Matthias – MEISTER, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, traducción de Rubén Sánchez Gil, Serie “Estudios Jurídicos”, n° 301, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2017.
284. KOSTENWEIN, Ezequiel, “Para releer Vigilar y Castigar: Nietzsche, el cuerpo y la prisión”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, n° 9 (“¿Resocialización o incapacitación?”), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2015.
285. KRÄMER, Heinrich – SPRENGER, Jacobus, *El martillo de las brujas. Para golpear a las brujas y sus herejías con poderosa maza*, traducción de Miguel Jiménez Monteserín, Maxtor, Valladolid, 2004.
286. *La tortura en el derecho internacional. Guía de jurisprudencia*, Asociación para la Prevención de la Tortura y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Buenos Aires, 2009.
287. LALINDE ORDÓÑEZ, Sebastián, *Requisas ¿a discreción? Una tensión entre seguridad e intimidación*, Documentos n° 21, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), Bogotá, 2015.

288. LANGER, Máximo, "La requisita personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal", en *Nueva Doctrina Penal 1996/A*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
289. LAPORTA, Francisco J., "El concepto de los derechos humanos", en *Diccionario crítico de los Derechos Humanos*, Ramón Soriano Díaz – Carlos Alarcón Cabrera – Juan Mora Molina directores y coordinadores, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, Palos de la Frontera, 2000.
290. *Las leyes fundamentales del Código Penal de la China (Ta-Tsing-Leu-Lée)*, edición original de 1799, traducido al inglés por Jorge Thomas Staunton, al francés por Félix Renouard de Saint Croix (edición de 1812) y al español por Juan de Dios Vico y Brabo, Imprenta de la Revista de Legislación a cargo de M. Ramos, Madrid, 1884.
291. LEAL DE IBARRA, Francisco, *Estudios de derecho penal*, Imprenta del Comercio, Granada, 1896.
292. LEVAGGI, Abelardo, *Historia del Derecho Penal argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1978.
293. LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto – LUGO ARTEAGA, Larisbel, "La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, volumen 36, n° 101, julio-diciembre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
294. LIBANO BERISTAIN, Arantza, "La intervención judicial en la prueba de ADN (Comentario a las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n° 501/2005, de 19 de abril de 2005 y n° 1311/2005, de 14 de octubre de 2005)", en *Revista de Derecho y*

- Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n° 23, Dykinson, Madrid, 2005.
295. LIBANO BERISTAIN, Arantza, "Obtención (coactiva) de perfiles genéticos de condenados con fines de inclusión en la base de datos policial de ADN", en *Nuevos horizontes del derecho procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Mar Jimeno Bulnes – Julio Pérez Gil coordinadores, Bosch, Barcelona, 2016.
296. LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de lege lata y propuestas de lege ferenda*, Bosch Editor, Barcelona, 2020.
297. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones de derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.
298. LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., "Pandemia y derecho: crónica y perspectivas de un tiempo convulso", en *Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n° 28, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
299. LÓPEZ, Claudia – TENCA, Adrián Marcelo, "La relevancia del consentimiento en la obtención de pruebas y la autorización judicial", *La Ley*, 1989-B-512, Buenos Aires, 1989.
300. LÓPEZ, Roberto J., "Iglesias y religiosidad en el siglo del Barroco", en *Historia moderna universal*, Alfredo Floristán coordinador, Ariel, Barcelona, 2015.
301. LÓPEZ, Santiago, "La declaración indagatoria durante la instrucción", en *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Florencia Plazas y Luciano Hazán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

302. LUZÓN CUESTA, José María, *La presunción de inocencia ante la casación*, Colex, Madrid, 1991.
303. MAC CORMICK, Neil, "Retórica y Estado de Derecho", traducción de Isabel Lifante, en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, nº 21, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Ministerio de Ciencia e Innovación, Gobierno de España, Madrid, 1999.
304. MACHADO PELLONI, Fernando M., "Argumentos contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes", en *Estudios Constitucionales*, año 8, nº 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2010.
305. MADERO, Marta, "Causa, creencia y testimonios. La prueba judicial en Castilla durante el siglo XIII", en *Bulletin du centre d'études médiévales d'Auxerre* (BUCEMA), Número Especial nº 2, Centre d'études médiévales Saint-Germain, Auxerre, 2008.
306. MAGARIÑOS, Héctor Mario, "La detención de personas sin orden escrita de autoridad competente y la Constitución Nacional", en *La Ley*, 1999-D-661.
307. MAIER, Julio B. J., "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*, Fundación Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2008.
308. MAIER, Julio B. J., "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", en *Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad e*



- identidad. Tercer coloquio interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo*, Fundación Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2006.
309. MAIER, Julio B. J., "Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012.
310. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, 2º ed., 3º reimpresión, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
311. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Parte General. Actos procesales*, t. 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015.
312. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, t. 2, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
313. MAIER, Julio B.J., "La justicia penal ingresa al mercado", en *Nueva Doctrina Penal*, 1997/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
314. MALAGARRIGA, Carlos, *Instituciones Penales Argentinas*, t. 1, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1929.
315. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, "¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-02 (2008), disponible en <https://bit.ly/3CjGKVr>.
316. MANZANARES, Fernando – OTRANTO, Guido – PÉREZ ARIAS, José – SUBÍAS, Julián – VISMARA, Santiago, *Código Penal. Comentado y anotado. Parte Especial*, Andrés D´Alessio director, Mauro Divito coordinador, La Ley, Buenos Aires, 2004.

317. MARAT, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, Colección "Criminalistas perennes", volumen 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
318. MARDARAS AGINAKO, Aintzane, "La toma subrepticia de muestras de ADN por la policía: comentario de la STC 199/2013, de 5 de diciembre", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 35, nº 105, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
319. MARTÍN PASTOR, José, "La obtención de muestras de ADN, dubitadas e indubitadas, por la Policía Judicial y el régimen de sometimiento del sospechoso a los actos de inspección, registro o intervenciones corporales", en *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, María José Cabezudo Bajo coordinadora, Dykinson, Madrid, 2013.
320. MARTÍN RÍOS, Pilar, "El derecho a la libertad personal frente a la "retención" policial con fines de identificación", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 38, nº 112, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.
321. MARTÍNEZ BARRERA, Jorge, "El cuerpo como nueva superficie de inscripción de la política: Michel Foucault y la biopolítica", en *Sociología y tecnociencia*, volumen 8, nº 1, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2018.
322. MARTÍNEZ DE PANCORBO, María Ángeles – CASTRO, Azucena – FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Isabel, "Límites a la tecnología basada en el ADN", en *Eguzkilo. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 12, San Sebastián, 1998.

323. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
324. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, Valencia, 2003.
325. MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, "La respuesta jurídica", en *Anuario de filosofía del derecho*, nº 36, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2020.
326. MARTÍNEZ SANTOS, Antonio, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante las restricciones del derecho a la asistencia letrada en los primeros momentos de la privación de la libertad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 40, nº 118, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.
327. MARTÍNEZ, Josefina – PALMIERI, Gustavo – PITA, María Victoria, "Detenciones por averiguación de identidad: policía y prácticas rutinizadas", en *Violencia Social y Derechos Humanos*, Inés Izaguirre editora, Eudeba, Buenos Aires, 1998.
328. MARTÍNEZ, Josefina, "Prácticas violentas y configuración de verdades en el sistema penal de Argentina", en *Revista de Sociología e Política*, nº 13, noviembre, Curitiba, 1999.
329. MASSINI-CORREAS, Carlos I., "Coacción en el derecho y razón práctica. Las limitaciones del positivismo jurídico en un texto de Frederick Schauer", en *Persona y Derecho. Revista de*

*fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 81, julio-diciembre, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2019.

330. MASSINI-CORREAS, Carlos I., "Schauer, Frederick, *The Force of Law*, Cambridge-Massachusetts / London, Harvard University Press, 2015, 240 páginas", en *Prudentia Iuris*, nº 84, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2017.
331. MELOSSI, Darío - PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, traducción de Xavier Massimi, Siglo XXI, México DF, 1980.
332. MENGUAL I MALLOL, Anna María, "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de DDHH", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 8, 2º semestre, Comares, Granada, 2006.
333. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones", en *Revista catalana de seguretat pública*, Institut de Seguretat Pública de Catalunya, nº 22, Barcelona, 2010.
334. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "Libertad, intimidad y seguridad individual ante intervenciones estatales", en *Derecho Procesal Penal*, AAVV, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2006.
335. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal", en *Aequitas. Revista cuatrimestral del Poder Judicial del Estado de Sinaloa*, nº 1, año 1, septiembre-diciembre (tercera época), Culiacán Rosales, 2012.
336. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosh, Barcelona, 1999.

337. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997.
338. MIRANDA, María Jesús, "Bentham en España", en *El Panóptico*, Las Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1979.
339. MOCCIA, Sergio, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", traducción de Ramón Ragués Vallés, en *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997.
340. MOLAS I RIBALTA, Pere, "Los cambios sociales", en *Historia moderna universal*, Alfredo Floristán coordinador, Ariel, Barcelona, 2015.
341. MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, 2º ed., traducción de Pedro Dorado Montero, Temis, Bogotá, 1999.
342. MOMMSEN, Teodoro, *El derecho penal romano*, t. 2, traducción de Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, 1905.
343. MONTANO GÓMEZ, Pedro, "La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal", en *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, año 2, nº 3, Montevideo, 2003.
344. MONTERO AROCA, Juan – GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis – MONTÓN REDONDO, Alberto – BARONA VILAR, Susana, *Derecho jurisdiccional. Proceso penal*, t. 3, 10º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
345. MONTERO LA RUBIA, Francisco Javier, "Las intervenciones corporales tras la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal por ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1970, año 58, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004.

346. MONTORO SÁNCHEZ, Juan Alejandro, "El proceso penal", en *Manual de Derecho Procesal Penal para Guardias Civiles*, Raúl Sánchez Gómez – Juan Alejandro Montoro Sánchez coordinadores, Dykinson, Madrid, 2021.
347. MONTORO SÁNCHEZ, Juan Alejandro, "Las diligencias de investigación practicadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", en *Manual de Derecho Procesal Penal para Guardias Civiles*, Raúl Sánchez Gómez – Juan Alejandro Montoro Sánchez coordinadores, Dykinson, Madrid, 2021.
348. MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel, "La posible adecuación típica de algunas de las actuaciones necesarias para la identificación criminal a través de la huella genética: su eventual justificación", en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Juan Ignacio Echano Basaldúa coordinador, Área de Derecho Penal de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.
349. MORALES PRATS, Fermín, *La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva "Edad Media"*, Real Academia de Doctores, Barcelona, 2015.
350. MORENO CATENA, Víctor, "La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal", en *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 7, Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010.
351. MORENO CATENA, Víctor, "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal", en *Poder Judicial*, número extraordinario 2, dedicado a "Justicia penal", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1988.

352. MORENO VERDEJO, Jaime, "Algunos problemas de la identificación penal a través de la prueba pericial de ADN: ámbito, asistencia letrada y empleo de fuerza", en *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, María Casado – Margarita Guillén coordinadoras, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014.
353. MORILLAS JARILLO, María José, "Muestras biológicas, biobancos e investigación biomédica: algunos problemas jurídicos", en *Derecho y Biotecnología. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3º época, nº 15, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
354. MOYANO GACITÚA, Cornelio, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*, Félix Lajouane Editor, Buenos Aires, 1899.
355. MUERZA ESPARZA, Julio, "La autonomía de la voluntad en el proceso penal: perspectivas de futuro", en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho*, nº 9 (diciembre), Universidad de La Rioja, Logroño, 2011.
356. MÜLLER, Friedrich, *La positividad de los derechos fundamentales. Cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*, traducción de Alberto Oehling de los Reyes, Dykinson, Madrid, 2016.
357. MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 8º ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

358. MUÑOZ CONDE, Francisco, "De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo", en *Revista Penal*, nº 23, La Ley, Madrid, 2009.
359. MUÑOZ CONDE, Francisco, "La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo", en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, volumen 1, José Miguel Zugaldía Espinar – Jacobo López Barja de Quiroga coordinadores, Marcial Pons, Madrid, 2004.
360. MUÑOZ CONDE, Francisco, "La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el Estado de Derecho", en *Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
361. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 4º ed., revisada y ampliada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
362. MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3º ed., Colección "Claves del derecho penal", nº 1, Francisco Muñoz Conde – Eugenio R. Zaffaroni, directores, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
363. MUÑOZ VIVAS, Francisco José, "Los orígenes de la Inquisición. El Manual de los Inquisidores de Nicolás Eymeric", en *Isla de Arriarán. Revista cultural y científica*, nº 18, Asociación Cultural Isla de Arriarán, Málaga, 2001.
364. NANZER, Alberto, "La prueba derivada bajo el prisma del derecho a la confrontación", en *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los*



- derechos fundamentales del imputado*, Daniel Pastor director, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.
365. NASH ROJAS, Claudio – SARMIENTO RAMÍREZ, Claudia, “Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008)”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n° 5, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2009.
366. NASH ROJAS, Claudio, “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 15, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo, 2009.
367. NAVARRO, Guillermo Rafael – DARAY, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2, 5° ed., actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
368. NIEVA FENOLL, Jordi, “La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”, en *Ars Iuris Salamanticensis. Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, volumen 5, n° 1, Ediciones Universidad de Salamanca, junio de 2017.
369. NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de derecho procesal penal*, Edisofer y B. de F., Madrid-Montevideo, 2012.
370. NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2° ed., Astrea, Buenos Aires, 1989.
371. NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
372. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de*

*derecho*, volumen 13, n° 1, Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2002.

373. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie "Doctrina jurídica", n° 156, México DF, 2003.
374. OEHLING DE LOS REYES, Alberto, "El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 31, n° 91, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.
375. ORGEIRA, José María, "Control de la prueba testimonial en la etapa sumarial. Más sobre 'Abasto versus Novoa'", en *Suplemento de jurisprudencia penal*, La Ley del 23 de marzo de 2001, Buenos Aires, 2001.
376. ORREGO FERNÁNDEZ, David, *Para una historia judicial del cuerpo: aproximaciones a Michel Foucault*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2010.
377. ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel, *El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2021.
378. OTERO PARGA, Milagros, "La arbitrariedad", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Ministerio de Justicia de España y Boletín Oficial del Estado, volumen 12, Madrid, 1995.
379. PALACIO, Lino Enrique, "Acerca del alcance de los informes médicos realizados durante la prevención policial", *Suplemento penal y procesal penal*, La Ley, 30 de abril de 2004.

380. PALACIO, Lino Enrique, *La prueba en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
381. PASCUAL MEDRANO, Amelia, "La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 38, n° 114, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.
382. PASINI, Dino, "Poder, Estado y funciones del derecho", en *Anuario de filosofía del derecho*, n° 17, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 1974.
383. PAZ-TORRES, Margarita, "Mal de ojo y otras hechicerías. Brujería y curanderismo en Europa y América: México, España, Rumania y Portugal", en *Ra Ximhai. Revista científica de sociedad, cultura y desarrollo sostenible*, Universidad Autónoma Intercultural de Sinaloa, volumen 13, n° 1, enero-junio, Sinaloa, 2017.
384. PERANDONES ALARCÓN, María, "Sobre la negación práctica de la doble naturaleza jurídica de la legalidad penal", en *Anuario de filosofía del derecho*, n° 36, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2020.
385. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal", en *En Letra. Derecho penal*, año 1, n° 1, Centro de Estudios Interdisciplinarios de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 2015.
386. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "La prueba como información y la "autodeterminación informacional" como derecho fundamental del imputado", en *Homenaje a la Escuela Procesal Penal de Córdoba*,

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2015.

387. PÉREZ ESTRADA, Miren Josune, "Protección de los datos personales de salud en el proceso penal: efectos en la valoración de la prueba", en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, Número Extraordinario 2019 ("Uso de datos clínicos ante nuevos escenarios tecnológicos y científicos. Oportunidades e implicaciones jurídicas"), Dykinson, Madrid, 2019.
388. PÉREZ MANZANO, Mercedes – TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, "Artículo 15", en *Comentarios a la Constitución Española. XL aniversario*, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer – María Emilia Casas Baamonde directores, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018.
389. PÉREZ MANZANO, Mercedes, "El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 32, nº 95, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
390. PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
391. PÉREZ VAQUERO, Carlos, "La "política criminal" según el antiguo testamento", en *Archivos de Criminología, Seguridad*

- Privada y Criminalística*, n° 16, enero-julio, Sociedad Mexicana de Criminología, Nuevo León, 2016.
392. PERLINGER, Nahuel M., "La tortura en el Río de la Plata: en la historia y en la ley penal", en *La tortura: una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave*, Gabriel Ignacio Anitua – Diego Zysman Quirós compiladores, Didot, Buenos Aires, 2018.
393. PETRINO, Romina, "Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad", en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Enrique Alonso Regueira director, La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.
394. PICÓ I JUNOY, Joan, *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Bosch, Barcelona, 2007.
395. PICOTTI, Lorenzo, "La expansión de las formas preparatorias y de participación", traducción de José Luis de la Cuesta Arzamendi, en *Revue internationale de droit pénal*, volumen 78, n° 3/4, Éditions Érès, Toulouse, 2007.
396. PINA FERSINI, María, "Derecho y violencia: la apuesta a la diferencia", en *Anuario de filosofía del derecho*, n° 32, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2016.
397. PIÑERO, Norberto – RIVAROLA, Rodolfo – MATIENZO, José Nicolás, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina de 1890*, 2° ed., Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1898.

398. PIÑOL SALA, Nuria K., "La obligación del Estado de restituir la identidad a las víctimas de desaparición forzada", en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Gabriel I. Anitua – Mariano Gaitán compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012.
399. PIPAÓN PULIDO, Jorge Guillermo – PEDREÑO NAVARRO, Lucía – BAL FRANCÉS, Edmundo, *Los delitos contra la seguridad vial. Análisis práctico y formularios de aplicación*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
400. PIZZOLO, Calógero, "La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal", en *La Ley*, 2006-D-1023, Buenos Aires, 2006.
401. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "Fundamentos teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo", en *Jueces para la democracia*, nº 49, Madrid, 2004.
402. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros "entretenimientos" de la libertad. Una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en materia de libertad y seguridad personal", en *Jueces para la democracia*, nº 26, Madrid, 1996.
403. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "La lógica del sospechoso como nuevo modelo procesal-policial instaurado en el Proyecto de Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana", en *Jueces para la Democracia*, nº 12, Madrid, 1991.
404. POZZOLO, Susana, "Robert Alexy, derechos fundamentales, discurso jurídico y racionalidad práctica. ¿Una lectura realista?",

- en *Revista Derecho y Sociedad*, n° 48, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017.
405. QUESADA ALCALÁ, Carmen, "Las pruebas obtenidas mediante tortura: ¿válidas en la lucha contra la delincuencia?: Sentencia del TEDH. Asunto Jalloh c. Alemania (Rêquete n° 54810/00), de 11 de julio de 2006", en *Revista General de Derecho Europeo*, n° 11 (octubre), Iustel, Madrid, 2016.
406. QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, "La prueba de ADN en los procesos de filiación", en *Anuario de derecho civil*, volumen 58, n° 2, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005.
407. QUIROGA CORTI, María Paula, "El imputado como objeto de prueba. Intervenciones, registros e inspecciones corporales en el proceso penal argentino", José Martín Ostos y María Ángeles Pérez Marín directores, Universidad de Sevilla, 2017, disponible en <https://bit.ly/3BLIUx7>.
408. RAFECAS, Daniel Eduardo, "Procedimientos policiales fraguados. Una seria disfunción en el sistema penal argentino", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, t. 2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
409. RAMÍREZ PEINADO, Francisco, "Base policial de ADN y autodeterminación informativa: el consentimiento para la obtención de muestras biológicas", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 52 (dedicado a "Bioética y Bioderecho"), Editorial Universidad de Granada, 2018.
410. RAMOS, Juan P., *Curso de Derecho Penal*, t. 4, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1928.

411. RECASENS SICHES, Luis, "Las funciones del derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 17, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1974.
412. RENEDO ARENAL, María Amparo, *Problemas del imputado en el proceso penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.
413. REVERÓN PALENZUELA, Benito, "La nueva Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales", en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, nº 29, Dykinson, Madrid, 2008.
414. RIBEIRO TORAL, Gerardo, "La construcción retórica de la realidad en los juicios orales", en *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, año 10, nº 11, Montevideo, julio de 2015.
415. RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, "La ciencia y la tecnología aplicadas a la prueba de los hechos en el proceso. Análisis del fundamento y fiabilidad de la prueba neurocientífica", en *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Joan Picó i Junoy director, Juan Antonio Andino López y Elisabet Cerrato Guri coordinadores, Bosch, Barcelona, 2020.
416. RIFÁ SOLER, José María – RICHARD GONZÁLEZ, Manuel – RIAÑO BRUN, Iñaki, *Derecho Procesal Penal*, Colección "Pro Libertate", Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2006.
417. RIGHI, Esteban – FERNÁNDEZ, Alberto A., *Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires. 1996.



418. RÍOS CORBACHO, José Manuel, "Perros de policía científica: la odorología forense en la Criminalística", en *Revista Electrónica de Criminología (REC)*, volumen 1, agosto de 2019, disponible en <https://bit.ly/3jizXnt>.
419. RIQUERT, Marcelo, "Las intervenciones corporales en el proceso penal", en *Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*, Ediar, Buenos Aires, 2007.
420. RIVAS, Pedro, "Kelsen y la definición del derecho", en *Anuario da Facultade de Dereito*, Universidade Da Coruña, volumen 3, La Coruña, 1999.
421. RIVERA MORALES, Rodrigo, "Epistemología y prueba judicial", en *Revista de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, volumen 2, n° 1, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008.
422. RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel, "Dinamismo y coactividad: sobre una incongruencia en la Teoría pura del Derecho", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28, Universidad de Alicante, 2005.
423. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Raquel – MARFIL, Jorge A. – GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, "El derecho de familia, testigo del análisis de paternidad prenatal", en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n° 30, Dykinson, Madrid, 2009.
424. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Christian, *El principio de proporcionalidad por el legislador. Ideas para una mejora ex ante de las leyes en Colombia*, Editorial Unimagdalena, Santa Marta, 2017.

425. RODRÍGUEZ MONSERRAT, Manuel – RÍOS CORBACHO, José Manuel, “La odorología forense como indicio de prueba en el proceso penal”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, volumen 16, n° 95, julio-diciembre, Universidad EAFIT, Medellín, 2020.
426. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia – IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, Fernando Luis, “La prueba en el proceso penal”, en *La investigación policial y sus consecuencias jurídicas*, Alicia Rodríguez Núñez coordinadora, Dykinson, Madrid, 2013.
427. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis – MARTÍNEZ GUERRA, Amparo – RODRÍGUEZ RAMOS LADARIA, Gabriel – RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín – COLINA OQUENDO, Pedro, *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*, 3° ed., La Ley, Madrid, 2011.
428. RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, t. 2, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998.
429. 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, enero-junio, Depalma, Buenos Aires, 1991.
430. ROLDÁN CAÑIZARES, Enrique, *Luis Jiménez de Asúa. Derecho penal. República. Exilio*, Dykinson, Madrid, 2019.
431. ROMEO CASABONA, Carlos María, “El proyecto genoma humano: implicaciones jurídicas”, en *Ética y biotecnología*,

- Colección "Dilemas Éticos de la Medicina Actual", nº 7, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1993.
432. ROMEO CASABONA, Carlos María, "La genética y la biotecnología en las fronteras del derecho", en *Acta Bioethica*, volumen 8, nº 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile, Santiago, 2002.
433. ROMEO CASABONA, Carlos María, "Los perfiles de ADN en el proceso penal. Novedades y carencias del derecho español", en *Estudios de derecho judicial*, nº 58, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
434. ROMERO SÁNCHEZ, Angélica, "Proceso penal, privacidad y autodeterminación informativa en la persecución penal de la delincuencia organizada. Un análisis desde la perspectiva del derecho procesal penal alemán", en *Revista Criminalidad*, volumen 57, nº 2, mayo-agosto, Policía Nacional de Colombia, Bogotá, 2015.
435. ROSSI, Pellegrino, *Tratado de Derecho Penal*, t. 1, traducción de Cayetano Cortés, Imprenta de Don José María Repullés, Madrid, 1839.
436. ROXIN, Claus, "La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán", en *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Tirant lo Blanch, Colección "Alternativa", Valencia, 2000.
437. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

438. ROXIN, Claus, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, traducción de Gabriela Córdoba, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
439. RUBIANES, Carlos J., *Manual de derecho procesal penal. Teoría de los procesos penal y civil*, t. 1, 6º reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 1985.
440. RUIZ GUTIÉRREZ, Adriana María, "Walter Benjamin: una crítica a la violencia del derecho", en *Estudios de Derecho*, volumen 69, nº 153, enero-junio, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2012.
441. RUIZ MIGUEL, Carlos, "La nueva frontera del derecho a la intimidad", en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, nº 14, Dykinson, Madrid, 2001.
442. RUIZ VADILLO, Enrique, "Los principios del proceso penal", en *ALDABA. Revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, nº 24 (ejemplar dedicado a las "Jornadas sobre práctica de derecho procesal: análisis actual y nuevas orientaciones"), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Melilla, 1995.
443. RUIZ VADILLO, Enrique, "Valor de las diligencias practicadas por la policía judicial en el proceso penal", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, número extraordinario 13, San Sebastián, 1999.
444. RUIZ, Thiago, *A Prova Genética no Processo Penal*, Almedina, San Pablo, 2016.
445. SAMAYOA HERRERA, Claudia María, "Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión", en *Revista Policía y Seguridad Pública*,

año 4, volumen 1, Academia Nacional de Seguridad Pública, San Salvador, 2014.

446. SAN MIGUEL CASO, Cristina, "Medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales", en *Manual de Derecho Procesal Penal para Guardias Civiles*, Raúl Sánchez Gómez y Juan Alejandro Montoro Sánchez coordinadores, Dykinson, Madrid, 2021.
447. SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, "La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 14, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
448. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
449. SANCINETTI, Marcelo, *Análisis crítico del caso "Cabezas". La instrucción*, t. 1, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
450. SANTURTÚN ZARRABEITIA, Ana - LEMA, Carlos - ZARRABEITIA CIMIANO, María Teresa, "Derechos fundamentales en el contexto de las bases de datos forenses: revisión y análisis de la Ley 78/2015 de Kuwait", en *Revista Española de Medicina Legal*, volumen 43, nº 2, Elsevier España, Barcelona, 2017.
451. SANZ MULAS, Nieves, "De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günther Jakobs", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, 2012, disponible en <https://bit.ly/3fAyioz>.
452. SCHÖNKE, Adolf, "Evolución del Derecho penal y Procesal penal en Alemania a partir del año 1945", traducción de Juan Cobo

- del Rosal, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, t. 4, fascículo 1, Madrid, 1951.
453. SCHUSTER, Félix Gustavo, *El método en las ciencias sociales*, Editores de América Latina, Buenos Aires, 2004.
454. SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, "La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Joan Picó i Junoy director, Juan Antonio Andino López y Elisabet Cerrato Guri coordinadores, Bosch, Barcelona, 2020.
455. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Eficiencia y derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 49, fascículo 1, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
456. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal", en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
457. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.
458. SOBRINO HEREDIA, José Manuel, "Artículo 1. Dignidad humana", en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Araceli Mangas Martín directora, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
459. SOBRINO HEREDIA, José Manuel, "Artículo 2. Derecho a la integridad de la persona", en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por*

- artículo*, Araceli Mangas Martín directora, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
460. SOBRINO HEREDIA, José Manuel, "Artículo 4. Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes", en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Araceli Mangas Martín directora, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
461. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. 1, 5º ed., actualizada por Guillermo Fierro, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.
462. SOLETO MUÑOZ, Helena – ARNÁIZ SERRANO, Amaya, "Prólogo", en *El análisis genético forense en el proceso penal español*, de Juan Manuel Alcoceba Gil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
463. SOLETO MUÑOZ, Helena, *La identificación del imputado: Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción de la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
464. SORIA, Patricia, "Hablando se entiende la gente", en Revista de Derecho Procesal Penal. El proceso penal adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
465. Sozzo, Máximo, "Estrategias de prevención del delito y reforma policial en la Argentina", en *Inseguridad, prevención y policía*, FLACSO, Colección "Ciudadanía y violencias", volumen 4, Quito, 2008.
466. SPEE, Friedrich, *Cautio Criminalis*, traducción de Eugenia Nagore y Silvia Manzo, estudio preliminar de Eugenio R. Zaffaroni, Ediar, Buenos Aires, 2017.

467. SPOLANSKY, Norberto Eduardo, "Nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Falso testimonio y culpabilidad", en *La Ley*, t. 140 octubre-diciembre, Buenos Aires, 1970.
468. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, "Policía Judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, número extraordinario 10, San Sebastián, 1997.
469. TAPIA, Juan Francisco, "Extracciones hemáticas compulsivas: en búsqueda de una molécula contra la impunidad", en *Fallos de la Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires*, año 3, n° 3, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2011.
470. TAPIA, Juan Francisco, "Las intervenciones corporales en el proceso penal", Buenos Aires, 2008, disponible en <https://bit.ly/2t48MBD>.
471. TARRAUBELLA, María Patricia – GULLCO, Hernán Víctor, "Las inspecciones corporales y la garantía contra la autoincriminación", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 2, n° 1-2, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
472. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 3° ed., traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2009.
473. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, traducción de Daniela Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010.
474. TEJEDOR, Carlos, *Curso de Derecho Criminal. Primera parte. Leyes de fondo*, 2° ed., Librería de Claude M. Joly, Buenos Aires, 1871.



475. TELLO MORENO, Luisa Fernanda, "Pruebas de ADN y presunción de paternidad en los juicios de filiación", en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 1, n° 2, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México DF, 2006.
476. TISCORNIA, Sofía - EILBAUM, Lucía - LEKERMAN, Vanina, "Detenciones por averiguación de identidad. Argumentos para la discusión sobre sus usos y abusos", en *Detenciones, facultades y prácticas policiales en la ciudad de Buenos Aires*, Hugo Frühling coordinador, CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), Buenos Aires, 2000.
477. TISSOT, Joseph, *El Derecho Penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo*, t. 1, traducción de José Ortega García, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1880.
478. TORIJA ZANE, Francisco, *Ontología y Derecho positivo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
479. TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, 14° ed., ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.
480. TRILLA, Antoni, "Los escáneres de aeropuertos: riesgos para la salud y para la seguridad", disponible en <https://bit.ly/3vNveOq>.
481. URIARTE VALIENTE, Luis M. - FARTO PIAY, Tomás, *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, Manuales Profesionales, La Ley, Madrid, 2007.
482. VALENCIA GRAJALES, José Fernando - MARÍN GALEANO, Mayda Soraya, "El panóptico más allá de vigilar y castigar", en *Kavilando*.

*Revista de ciencias sociales*, volumen 9, nº 2 (“Marxismo en América Latina: a 150 años de El Capital”), Kavilando, Medellín, 2017.

483. VAN BOVEN, Theo, “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención”, en *Informe del Relator Especial del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, E/CN, 4/2004/56*, del 23 de diciembre de 2003.
484. VAN DYKE, Vernon, *Ciencia Política: un análisis filosófico*, traducción de Fernando Morán, Tecnos, Madrid, 1962.
485. VARELA AGRELO, José Antonio, “El cuerpo humano como medio de prueba: en especial las intervenciones corporales”, en *Revista Xurídica Galega*, nº 10, Asociación Revista Xurídica Galega, Pontevedra, 1995.
486. VARELA CASTEJÓN, Xerman – RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “Doce tesis en materia de detención policial preprocesal”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº 22, Institut de Seguretat Pública de Catalunya, Barcelona, 2010.
487. VARGAS ÁVILA, Rodrigo, “La valoración de la prueba de ADN en el proceso penal”, en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, volumen 13, nº 25, enero-junio, Bogotá, 2010.
488. VARONA GÓMEZ, Daniel, “El delito de negativa a las pruebas de alcoholemia (art. 380 CP) tras la sentencia de 9-12-1999”, en *Jueces para la democracia*, nº 37, Madrid, 2000.
489. VARONA GÓMEZ, Daniel, “El delito de negativa a las pruebas de alcoholemia tras las sentencias 161/1997 y 234/1997 del Tribunal

- Constitucional y la sentencia del Tribunal Supremo (sala 2ª) de 9 de diciembre de 1999”, en *La Ley*, nº 1, Wolters Kluwer, Madrid, 2000.
490. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Derecho procesal penal*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
491. VÁZQUEZ, Carmen, “La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert”, en *Jueces para la democracia*, nº 86, Madrid, 2016.
492. VÁZQUEZ, Daniel, *Test de razonabilidad y Derechos Humanos. Instrucciones para armar*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie “Estudios jurídicos”, nº 287, México DF, 2016.
493. VÁZQUEZ, Rodolfo, *Teoría del Derecho*, Oxford University Press, México DF, 2012.
494. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, “Anteproyecto de la parte general del Código Penal peruano de 2009 y los límites a la potestad punitiva del Estado”, en *La Reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú. Anuario de Derecho Penal 2009*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011.
495. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, “El principio de legalidad jurídicopenal”, en *Nuevo Foro Penal. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*, nº 32, Temis, Bogotá, 1986.
496. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, “Las pruebas genéticas predictivas y el moderno proceso penal”, en *Estudios penales y*

- criminológicos*, t. 37, Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2017.
497. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. 1, 2º ed., Lerner, Buenos Aires, 1969.
498. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. 2, 2º ed., Lerner, Buenos Aires, 1969.
499. VIDAL FUEYO, María del Camino, "El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 11, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo, 2005.
500. VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, "La callada agonía del derecho a guardar silencio", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
501. VILLANUEVA CAÑADAS, Enrique, *Gisbert Calabuig. Medicina legal y toxicología*, 7º ed., Elsevier España, Barcelona, 2019.
502. VILLAR, Mario A., "¿Nadie está obligado a declarar contra sí mismo?", en *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación*, nº 35/36, enero-junio, IJ Editores, Buenos Aires, 2005.
503. VILLAVEVERDE MENÉNDEZ, Ignacio – REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma – PRESNO LINERA, Miguel – ALÁEZ CORRAL, Benito – FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *Derecho constitucional. Materiales de prácticas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997.
504. VON BERNATH, Javier Wilenmann, "El tratamiento del autofavorecimiento del imputado. Sobre las consecuencias

- sustantivas del principio de no autoincriminación”, en *Revista de Derecho*, Sección “Estudios”, año 23, n° 1, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 2016.
505. VON MÜNCH, Ingo, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, traducción de Jaime Nicolás Muñiz, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n° 5, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 1982.
506. YOUNG, Jock, *La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, traducción de Roberto Bergalli y Ramiro Sagarduy, Marcial Pons, Madrid, 2003.
507. YULIS, Sergio, “La respuesta genital: su investigación experimental y sus aplicaciones clínicas”, en *Revista Latinoamericana de Psicología*, volumen 9, n° 1, Fundación Universitaria Konrad Lorenz, Bogotá, 1977.
508. ZAFFARONI, Eugenio R. – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2° ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.
509. ZAFFARONI, Eugenio R. – CROXATTO, Guido L., “Friedrich Spee: de la caza de brujas al moderno derecho penal”, en *Pensar en derecho*, n° 11, año 6, Eudeba, Buenos Aires, 2017.
510. ZAFFARONI, Eugenio R., “Antonio Beristain: en el recuerdo y en nuestras vidas”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° 26, San Sebastián, 2012.
511. ZAFFARONI, Eugenio R., *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, 1988.

512. ZAFFARONI, Eugenio R., *En torno de la cuestión penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005.
513. ZAFFARONI, Eugenio R., *La cuestión criminal*, 2º ed., Grupo Editorial Planeta, Buenos Aires, 2012.
514. ZAFFARONI, Eugenio R., *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Ediar, Buenos Aires, 2011.
515. ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. 1, Ediar, Buenos Aires, 1998.
516. ZAMBRANA MORAL, Patricia, "Les penes corporals en el dret català medieval", en *Revista de Dret Històric Català*, volumen 9, Institut d'Estudis Catalans, Barcelona, 2009.
517. ZAMBRANA MORAL, Patricia, "Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, nº 27, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2005.
518. ZAMBRANA MORAL, Patricia, "Tipología de penas corporales medievales", en *Quadernos de criminología. Revista de criminología y ciencias forenses*, nº 11, Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses, Valladolid, 2010.
519. ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira, "El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 16, nº 2, Talca, 2010.
520. Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional, 2º ed., edición en español a cargo del Centro de Lenguas de Amnistía Internacional, Londres, 2014.

521. CARO CORIA, Carlos, "Las garantías constitucionales del proceso penal", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. 2, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006.