

Fundamentos teóricos y requisitos en la ordenación y ejecución de las inspecciones e intervenciones corporales*, desde el escenario del Derecho Penal

Theoretical Foundations and Requirements
in the Planning and Execution of Corporal Inspections and
Interventions from the Criminal Law Scenario

Diana Medina Batista**

Cómo citar este artículo: Medina Batista, D. (2020). Fundamentos teóricos y requisitos en la ordenación y ejecución de las inspecciones e intervenciones corporales, desde el escenario del Derecho Penal. *Revista Verba Iuris*, 15 (43). pp. 139-157.

Resumen

La práctica de inspecciones e intervenciones corporales en la investigación penal exige además del estricto respeto a los derechos humanos las necesarias condiciones de licitud en su práctica para que la actuación jurisdiccional no se vea afectada por ilicitudes probatorias y nulidades procesales. Son estos los aspectos esenciales que bajo la conducción del contenido del principio de proporcionalidad establecen las condiciones de licitud para la posterior valoración procesal de los resultados de tales prácticas.

Palabras clave: Investigación penal, Inspecciones corporales, intervenciones corporales, principio de proporcionalidad y actuación jurisdiccional.

Abstract

Personals inspections and interventions practice demand, besides strict human rights respect, the legally necessary conditions in its procedure, so judicial acting won't be affected because of outlaw's

Fecha de Recepción: 4 de diciembre de 2019 • Fecha de Aprobación: 20 de diciembre de 2019

* El presente manuscrito es producto del proyecto de investigación: “*proyecto Universitario Perfeccionamiento del sistema de justicia penal cubano, Universidad de la Habana*”

** Especialista en Derecho Penal. Profesora de Criminalística, Criminología y Ciencias de la Investigación Criminal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente – Cuba. Número de ORCID 0000-0003-4422-368X, email: aldia2005@gmail.com y dmedina@uo.edu.cu.

Reception Date: December 4, 2019 • Approval Date: December 20, 2019

* This manuscript is product of the research project: “*University Project Improvement of the Cuban Criminal Justice System, Universidad de la Havana*” (Proyecto Universitario Perfeccionamiento del Sistema de Justicia Penal Cubano, Universidad de la Habana.

** Specialist in Criminal Law. Professor of Criminalistics, Criminology and Criminal Investigation Sciences of the Law School of Universidad de Oriente - Cuba. Number of ORCID0000-0003-4422-368X. Electronic mail: aldia2005@gmail.com and dmedina@uo.edu.cu

proofs and procedural nullities. This are the main aspects that, below the proportionality principle, set the legal conditions for the further procedural valuation of the results.

Keywords: Criminal Investigation, Corporal Inspections, Corporal Interventions, Principle of Proportionality, Jurisdictional Action.

A manera de introducción

Los derechos de las personas se configuran como el marco normativo básico, que posibilita el disfrute de la libertad en el escenario social. Así, el desarrollo de la persona humana y de su dignidad sólo será posible en la medida en que se garantice el goce de su libertad.

Sin embargo, la libertad individual no tiene carácter irrestricto ya que la misma también irradia al disfrute de los derechos de los demás (Tirado, Bedoya & Blanco, 2016).

A partir de esta perspectiva y dada la trascendencia de los derechos para la convivencia social éstos se limitan cuando sea necesario hacerlo, no de forma arbitraria, sino a través de una ley y siempre que lo justifique la protección y realización de derechos, bienes, valores o intereses igualmente protegidos a nivel constitucional (Catoira, 1999, p. 779).

Las inspecciones e intervenciones corporales, como medidas que limitan el ejercicio de los derechos en el marco de la investigación penal, deben estar previstas expresamente por la ley. Aún, se podría agregar que cuando los derechos afectados son varios, como en el caso de las intervenciones corporales, con mucha más razón se justifica que la exigencia de legalidad sea más estricta. En tal sentido en relación con el principio de legalidad en el proceso penal, más que hablar del principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", ha de hablarse del principio "*nulla coactio sine lege*". La ley procesal debe tipificar tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos de los ciudadanos (González, Cuellar-Serrano, 1990, p. 77).

Refiriéndose a la restricción de derechos en ausencia de previsión constitucional específica, señala Etxeberria Guridi que los derechos no están sometidos únicamente a los límites que de manera expresa les imponen las normas constitucionales que los reconocen. Fuera de los supuestos en que la constitución habilite al legislador para limitar un derecho, es decir, cuando no exista reserva legal expresa, la limitación de los derechos será también posible. Con esto se quiere decir que los derechos reconocidos en la Constitución no son absolutos o ilimitables (Etxeberria Guridi, 2000, p. 96).

La ausencia de una norma constitucional expresa referida a las intervenciones corporales no significa, de manera alguna, que las mismas carecen de legitimidad constitucional (Casado Pérez, 2000, p. 213). Las intervenciones corporales afectan de modo principal, aunque no único, el derecho a la intimidad corporal como expresión del derecho a la intimidad personal.

Es por ello que la naturaleza misma de las intervenciones corporales exige una detallada y precisa regulación en lo relativo a los límites y garantías tanto de su ordenación como de su ejecución. En qué casos y en qué circunstancias puede ser ordenado el acto de investigación, ante qué infracciones penales puede resultar justificada la intervención (o si por el contrario la gravedad de la misma resulta indiferente), la necesaria intervención de un médico o facultativo similar, la proscripción de determinados métodos que atenten gravemente contra la dignidad humana o que constituyan un serio peligro contra la salud del investigado, la posibilidad o no de la ejecución coactiva de la diligencia (Assalit Vives, 2000, p. 216), como exigencias básicas esenciales.

Así pues, la previsión legal se constituye en requisito de constitucionalidad (Blanco, 2013) de las investigaciones corporales, las cuales, sin embargo, pese a constituir medidas que afectan en mayor o menor medida derechos, no se encuentran reguladas con carácter general en el proceso penal (González, Cuellar-Serrano, 1990, p. 303). En materia de investigaciones corporales, para la jurisprudencia, aún a falta de ley, el consentimiento libre y expreso del afectado o, alternativamente, la resolución judicial que autoriza la medida legitima la intromisión en el cuerpo del sujeto que ha de soportarla.

En efecto, por una parte, debe tenerse en cuenta que el consentimiento de la persona afectada no puede convertirse en un cheque en blanco para realizar todo tipo de actos de investigación, máxime cuando, en ningún caso, estas pueden dañar la dignidad humana, constituir trato inhumano o degradante, ni revestir peligro para la salud, aunque consienta el sujeto pasivo de las mismas.¹

Por otro lado, la resolución judicial, por sí sola, aunque esté correctamente motivada y ajustada al principio de proporcionalidad, no puede suplir la falta de regulación legal. Dicho principio, de rango constitucional, exige que toda medida limitativa de tales derechos sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. Es más, concebido en sentido amplio, la previsión legal de la medida constituye presupuesto formal del mismo.

¹ Por el contrario, afirma Choclán Montalvo, *Pericia genética y proceso penal, ob cit.*, pp. 77-78, respecto a la investigación genética en el proceso penal que “mediando consentimiento del imputado no cabe plantearse duda alguna acerca de la constitucionalidad de la medida en cuanto debe admitirse la disponibilidad del individuo acerca de la información genética obtenida de su persona (autodeterminación informativa)”.

Las inspecciones e intervenciones corporales y sus requisitos de ordenación

La actuación judicial se sobrepone así, a las exigencias derivadas del principio de legalidad. Sin embargo, sólo la ley y la resolución judicial motivada y proporcionada legitiman la restricción de los derechos y libertades fundamentales. Han de coexistir ambas, de forma conjunta, no alternativa. No basta la una sin la otra, esto es, una no puede suplir la falta de la otra. Las restricciones de derechos han de venir establecidas en la ley, de forma previsible y accesible, y han de llevarse a cabo a través del órgano jurisdiccional en el caso concreto, de forma motivada y proporcionada.

El principio de justificación teleológica, desde la óptica del ejercicio del derecho a la libertad exige que la limitación de los derechos se verifique por causa de finalidades constitucionalmente legítimas (González, Cuellar-Serrano, 1990, pp. 101 - 104). Razones de interés general, previstas por la ley, justifican la limitación de los derechos y libertades. Así, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece como fines que puede perseguir la medida que constituya una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Está fuera de toda duda que los derechos pueden ser limitados a los fines de la investigación penal (Cabiale, p. 70). Así también, las investigaciones corporales encuentran su justificación en el ámbito del proceso penal en la actuación o ejercicio del *ius puniend* (Rivero Hernández, 1989, pp. 105-113).²

² En los procesos civiles de filiación, la justificación se encuentra en razones de interés social y orden público. En los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de

La justificación se encontrará, en último término, en la búsqueda de la verdad procesal que no puede alcanzarse lesionando los derechos humanos. La investigación de la verdad ha de verificarse a través de los procedimientos legalmente establecidos. El descubrimiento de la verdad tiene, pues, sus límites. En palabras de Ruiz Vadillo: sólo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidas en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico (1993, p. 17).

A pesar de que exigir la constatación de los fines legítimos que se persiguen con la medida, pueda parecer tautológico cuando estamos hablando de diligencias de investigación penal, puesto que, en último término, éstas están destinadas al descubrimiento y constatación de los hechos criminales y sus circunstancias y la persona o personas que los hayan podido cometer, lo cierto es que su ausencia convertiría en injustificada la limitación de los Derechos Humanos.

Por eso afirma Gómez Amigo que no basta con el examen de la finalidad perseguida por la medida de intervención corporal en abstracto, que siempre será, la determinación de los hechos punibles y la participación en ellos del imputado, sino que hay que constatar que la medida en el caso concreto es necesaria para alcanzar dicho fin (2003, p. 67)³.

paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial”.

³ Este autor percibe además en el principio de finalidad una función de control de la legitimidad de las intervenciones corporales en el sentido que, si una medida de tal naturaleza es utilizada con una finalidad distinta que la propia de la investigación penal, resultará desproporcionada y, por tanto, ilegítima. Más aún, a nuestro entender, no es que resultase desproporcionada, sino que ni siquiera podría conceptuarse como diligencia de investigación penal. Como ya dijimos al tratar su concepto, es precisamente el elemento teleológico el que se constituye en eje definidor de las medidas

En definitiva, las medidas de investigación corporal han de satisfacer fines constitucionalmente legítimos y estos deben reflejarse en la motivación de la resolución judicial que las adopte. Todo ello sin olvidar que es precisamente la finalidad de las medidas realizadas en el cuerpo de una persona lo que nos permite configurar las mismas como corporales en sentido jurídico penal y delimitar su concepto, excluyendo como tales todas aquellas que no constituyan actos de investigación en sentido jurídico procesal.

La exclusividad jurisdiccional como requisito extrínseco constituye una reserva en régimen de monopolio a la autoridad judicial respecto a cualquier limitación o restricción de derechos. En consecuencia, las inspecciones e intervenciones corporales, en tanto medidas restrictivas de derechos, deben ser acordadas por los órganos jurisdiccionales. Ello es así, aunque no exista de forma expresa una reserva constitucional a favor del juez (Ortells Ramos, 1996, p. 52)⁴.

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. Como consecuencia de la admisión de tal excepción, la posibilidad de acordar y ejecutar tales medidas puede ser atribuida a órganos no jurisdiccionales, como el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial.

y permite configurar las injerencias corporales como actos de investigación.

⁴ Para Ortells Ramos, “*no sólo corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales adoptar las medidas restrictivas de derechos fundamentales, con carácter instrumental de las actividades de investigación y persecución de delitos, en aquellos supuestos que específicamente dispone la CE, sino que también corresponde a esos órganos en exclusiva la dirección de la actividad y, dentro de ella, la adopción de medidas restrictivas de derechos de cualquier naturaleza, desde el momento en que deba entenderse iniciado un proceso penal*”. La cuestión estriba, entonces, como él mismo afirma, en determinar el supuesto de la constitución de un proceso penal en el sentido de iniciación de la existencia jurídica del mismo.

En el ámbito de las inspecciones e intervenciones corporales, se admiten únicamente excepciones en supuestos de intervenciones leves y por causa de urgencia (Mellado, p. 45)⁵. Esas situaciones de “urgencia y necesidad”, dada su indeterminación, habrán de interpretarse, en todo caso, restrictivamente en cuanto constituyen excepciones al requisito de judicialidad, pero sin obviar las exigencias de respeto a derechos que en principio no deben ser lesionados. La urgencia exige una actuación inmediata sin la cual se frustraría el resultado de la investigación, por ejemplo, la comprobación de la tasa de alcoholemia o la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, pero dicha urgencia en ningún caso puede justificar la omisión en la práctica de la medida de otros requisitos o garantías específicas, como la intervención de personal sanitario en las inspecciones e intervenciones corporales leves.

Por razones de urgencia y necesidad se admite que la policía, contando con la anuencia y autorización del propio indagado, pueda practicar simples inspecciones, registros o reconocimientos, entre los que se incluyen los exámenes radiológicos, en la medida que comportan una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, siendo criterio de Asencio Mellado que deberían reservarse al Ministerio Fiscal y, por delegación de éste, a la Policía Judicial, los métodos técnicos de control de alcoholemia y las inspecciones personales en casos de urgencia y peligro de retraso (Mellado, pp. 145 – 146)⁶.

⁵ Asencio Mellado, admite “la legitimidad del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, en su caso, para ordenar inspecciones o intervenciones corporales en los supuestos de tal urgencia que el retraso en la ejecución de la medida generara un evidente peligro de oscurecimiento de la actividad probatoria”.

⁶ En la ejecución de los primeros, el Ministerio Fiscal habría de velar por el respeto a la salud del intervenido y a su derecho de defensa. En la práctica de las segundas, se habría de garantizar el respeto debido a la dignidad

Para Huertas Martín el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial estarían facultados para la adopción de estas medidas en supuestos muy determinados, atendiendo a tres tipos de circunstancias:

- a. El consentimiento del sujeto afectado;
- b. La escasa entidad de la intervención; y,
- c. El carácter meramente instrumental de la medida respecto del desarrollo normal de sus funciones.

En virtud de estos criterios, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial podrían adoptar medidas tales como la toma de huellas dactilares o fotografías, cacheos o control de alcoholemia restringido al uso del etilómetro (Huertas Martín, p. 394)⁷.

En cambio, para Etxeberria Guridi los motivos de urgencia encuentran únicamente sentido cuando se trate de cacheos superficiales que, según este autor, no pertenecen a la categoría de intervenciones corporales, y no cuando se trate de localizar objetos o efectos ocultos en cavidades corporales (pp. 398 – 310)⁸.

de la persona y a su pudor, encomendando su ejecución a personal sanitario en atención a la zona objeto de intervención.

⁷ Esta autora restringe el control de alcoholemia al uso del etilómetro, a diferencia de Asencio Mellado, que admite lo mismo la insuflación como los análisis de sangre. No existe, pues, perfecta identidad de supuestos entre los autores al enumerar las diligencias excluidas.

⁸ Para este autor, la excepción a la reserva jurisdiccional por razones de urgencia sólo tiene cabida en ordenamientos, como el alemán, que admiten la ejecución de las intervenciones corporales mediante coacción física. Defiende, pues, una reserva jurisdiccional absoluta incluso en los supuestos de urgencia. Expone los siguientes argumentos en contra de atribuir esta competencia al Ministerio Fiscal: 1) En la ejecución de la medida pueden resultar afectados diversos derechos fundamentales, no sólo la intimidad corporal; 2) El art. 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal impide a éste llevar a cabo u ordenar diligencias limitativas de derechos; 3) La falta de previsión de esta posibilidad respecto a otras diligencias similares, sin que exista justificación

Con independencia de la urgencia que ocasionalmente puedan tener estas prácticas y las excepciones previstas para ello, las inspecciones e intervenciones corporales, en tanto medidas restrictivas de derechos, deben ser acordadas por órganos jurisdiccionales los que solo se relevarán de tal obligación en los casos en que esté presente el consentimiento del afectado y se observen en su práctica los requisitos intrínsecos derivados del principio de proporcionalidad y los requisitos específicos de las intervenciones corporales. Además, dichas medidas, habrán de tener carácter posdelictual –no preventivo– para poder ser consideradas auténticos actos de investigación.

Las resoluciones judiciales limitativas o restrictivas de derechos y libertades públicas han de estar especialmente motivadas (Pedraz Penalva, 1993, pp. 7223-7270)⁹. No basta cualquier forma

de tratamiento excepcional para las intervenciones corporales. A ellos añade la escasa viabilidad organizativa del Ministerio Fiscal, la existencia de medios técnicos suficientes en la actualidad que permiten la comunicación inmediata entre la Policía Judicial y la autoridad jurisdiccional y el hecho de que ciertas intervenciones corporales requieren ser practicadas por personal médico o sanitario comportando necesariamente el traslado a un centro sanitario (desplazamiento que se aviene mal con el carácter urgente de la medida y, en cualquier caso, posibilita ínterin la correspondiente solicitud a la autoridad judicial por el medio más rápido posible). Como alternativas propone: a) La detención del individuo siempre que existan fundados motivos de comisión delictiva o concurrencia de hipótesis legales para ello y consiguiente traslado a algún lugar especialmente preparado para garantizar un control y vigilancia, así como para evitar la desaparición del objeto o efecto que se pretende recobrar; b) Las autorizaciones verbales o medios técnicos que puedan desempeñar idéntica o parecida función (fax, correo electrónico...) en los casos de verdadera urgencia en los que se deba constatar una situación o circunstancia transitoria que pueda desaparecer o alterarse paulatinamente con el transcurso del tiempo.

⁹ Para un juicio valorativo crítico de los argumentos históricamente utilizados a favor y en contra de la motivación de las resoluciones judiciales, así como sobre las funciones interna y externa de la motivación, (Fernández Entralgo, 1989) expone las múltiples funciones de la motivación de la resolución judicial:

de motivación que permita conocer la *ratio decidendi* de la resolución judicial. La exigencia de motivación es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el Derecho Fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida.

Cabe distinguir así dos niveles de motivación: uno, genérico, derivado del derecho a la tutela judicial efectiva, aplicable a cualquier resolución que contenga una decisión judicial (Arozemena Sierra, 1994, pp. 29-30) y, otro, más específico, derivado de la protección constitucional de los derechos y libertades públicas, aplicable a toda resolución que limite o restrinja los mismos. Para González-Cuéllar Serrano la motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos y libertades públicas ha de ser particularmente estricta y exteriorizar no sólo las reflexiones relativas a la interpretación jurídica de las normas, sino también los criterios decisivos para la subsunción de los hechos enjuiciados, revistiendo forma de sentencia o auto (González, Cuellar-Serrano, 1990, pp. 147 -149)¹⁰. De este modo, la incompatibilidad de la medida en cuanto a su forma con el Derecho Fundamental afectado comportará la nulidad de la resolución. Ello no significa, sin

fomenta y (garantiza) la reflexión; contribuye al fortalecimiento de la proscripción de la arbitrariedad de la actuación de los poderes públicos; satisface el derecho de las partes y la tutela judicial; da cuenta del modo en que se ejercita la potestad jurisdiccional al Pueblo, titular de ésta; permite el control de las resoluciones judiciales; permite la revisión de la valoración judicial en apelación y el control casacional del manifiesto error en la apreciación de la prueba y, extraprocesalmente, potencia el control de la actividad judicial mediante la crítica pública de sus actuaciones.

¹⁰ Las intervenciones corporales toda vez que constituyen actos de investigación que afectan, en mayor o menor medida, derechos fundamentales se adoptarán, pues, en forma de auto, dada la exigencia intrínseca de motivación de esta clase de resoluciones judiciales.

embargo, que el simple hecho de revestir forma de auto suponga el cumplimiento del requisito. Dicho requisito sólo se entenderá cumplido si la medida restrictiva expresa el juicio de ponderación entre los derechos afectados y los intereses constitucionalmente protegidos.

El principio de proporcionalidad y sus presupuestos

El contenido de la resolución judicial que acuerda una medida de intervención corporal, según Etxeberria Guridi, ha de expresar una justificada relación fáctica de la que pueda derivarse el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el principio de proporcionalidad. Las circunstancias que expliciten la decisión judicial han de constar en la resolución: el grado y fundamento de la imputación, la gravedad del delito, los criterios indicadores del interés estatal de persecución penal, los derechos e intereses del particular afectado. Asimismo, ha de determinar la diligencia concreta que se ha de ejecutar y el resultado o finalidad pretendido, sin perjuicio del previo asesoramiento práctico sobre su adecuación (Guridi, pp. 372 – 375).

En definitiva, se trata de que la resolución judicial que autorice una investigación corporal ha de exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la injerencia y los términos en que debe llevarse a cabo, esto es, debe poner de manifiesto el juicio de proporcionalidad exigible para todo acto limitativo de un derecho fundamental. 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 ésta sea suficiente.

Deberá justificar, en suma, la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido, esto es, su adecuación cualitativa, cuantitativa y subjetiva; su necesidad para alcanzar tal fin, esto es, su carácter imprescindible para la determinación de los

hechos objeto de investigación y la participación en ellos del sospechoso, así como la inexistencia de medios alternativos menos onerosos, en definitiva, su proporcionalidad en el caso concreto, dada la mayor relevancia de los intereses públicos atendida la gravedad del delito, el grado de imputación y la probabilidad de éxito de la medida, entre otras circunstancias a valorar en el caso concreto. En todo caso, la motivación habrá de ser suficiente, sin que esta exigencia deba confundirse con un razonar extenso o prolijo. Bastará con expresar las razones fácticas y jurídicas que permitan conocer cuáles han sido los criterios en que el órgano judicial ha basado su decisión.

El principio de proporcionalidad, requisito de naturaleza intrínseca es, básicamente, el fruto de una construcción teórica y jurisprudencial desarrollada en Europa y especialmente en Alemania. Inicialmente fue desarrollado en el Derecho administrativo de policía y luego pasó al Derecho público. En los últimos años el principio ha experimentado una notable expansión, a los ámbitos y materias de aplicación.

Siendo el campo abonado del principio de proporcionalidad las medidas restrictivas de derechos, su plena vigencia y aplicación en el ámbito de las inspecciones e intervenciones corporales resulta incuestionable. Una medida restrictiva de derechos puede ser, desde el punto de vista abstracto, cualitativamente apta para alcanzar el fin perseguido; y, sin embargo, resultar desproporcionada considerando todas las circunstancias concurrentes del caso concreto. Es por ello que el juicio de idoneidad exige, la verificación abstracta de la aptitud de la medida, que la duración e intensidad deban ser los necesarios para alcanzar la finalidad perseguida.

Esto nos lleva a otro presupuesto de ordenación para la práctica de inspecciones e intervenciones corporales, que doctrinalmente ha sido el sustento teórico sobre el que se han respaldado las exigencias en la práctica de los actos de investigación en la esfera corporal del imputado o de un tercero. El análisis del principio de propor-

cionalidad que parte de asumir como postura lo planteado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán (Rolla, p. 159) en materia de proporcionalidad procesal ha traído al debate de las inspecciones e intervenciones corporales el peligro en que su práctica puede colocar a los derechos y garantías del sujeto que las soporta.

El principio de proporcionalidad pasa a convertirse en Alemania en uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, y recibe de manos del Tribunal Constitucional Alemán, desde sus primeras sentencias, el rango de principio constitucional, al mantener que hay máximas constitucionales que, como es el caso, no se encuentran expresamente escritas, pero que se complementan con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto no es más que la ponderación entre los intereses que concurren en el esclarecimiento del hecho investigado, para que la limitación de los derechos no tenga cabida, sino sólo frente a adecuadas exigencias del interés estatal y, en todo caso, siempre que se hayan intentado, o no quepan, otros medios que eviten una lesión en los derechos del individuo, y que tal limitación sea también adecuada.

La regla de proporcionalidad de los sacrificios plantea que los derechos no se pueden convertir en un “obstáculo inquebrantable frente a la búsqueda de la verdad material que no puede ser obtenida de otro modo”, de igual forma, tampoco el interés estatal del proceso penal en la verdad procesal debe hacerse primar aún en detrimento de los derechos.

Si partimos del conflicto anterior, resulta el principio de proporcionalidad la solución a las tensiones que pudieran generarse en el proceso penal como resultado de la limitación de un derecho humano. Se configura así la llamada prohibición de excesos, que se materializa con los fundamentos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, o valora-

ción del interés. Supone graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su esclarecimiento por otros medios menos traumáticos social e individualmente considerados y valorar además circunstancias concurrentes, antes de disponer la necesidad de una intervención corporal.

La proporcionalidad se configura como algo más que un criterio, regla o elemento de juicio utilizable asépticamente, constituyendo un principio inherente al Estado de Derecho con plena y necesaria operatividad en la limitación de los derechos, caracterizándolo como un criterio razonable en la actuación del poder público, en lo que supone un medio de tutela para impedir que la actividad del Estado pase los límites de la consecución de los intereses colectivos que han de nivelarse con los intereses legítimos individuales.

Diversos son los cuerpos normativos¹¹ que reflejan la eficacia de este principio y reconocen la necesidad de ponderarlo a fin de utilizarlo como soporte teórico en el procedimiento a seguir en los actos que dentro del proceso penal pudieran resultar lesivos a los derechos. El requisito de la proporcionalidad como el último dentro de toda injerencia en el derecho afectado, en relación con el fin lícito perseguido y la gravedad de la intromisión o la importancia del derecho infringido, según las particulares circunstancias de cada caso, ha sido de las necesidades reconocidas y ponderadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales).

¹¹ A nivel internacional este principio aparece reflejado en: artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948; en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en sus artículos 18 contiene la regla general aplicable a la proporcionalidad). En el Pacto Internacional de Nueva York de 1966, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a través de diversas manifestaciones genéricas.

Las medidas de intervención sobre el cuerpo humano tienen en el concepto de proporcionalidad un importante sustento teórico, aceptando como parte esencial de este a tres principios materiales, a saber, la idoneidad; la individualización de estas medidas de investigación sobre la base de la imputación, y las sospechas fundadas. Supone este principio además que las referidas medidas deban producir o al menos favorecer el fin perseguido por la norma que fundamenta la intervención, sustentados en una estrecha relación causa – efecto.

Así, la invitación al cumplimiento del principio de proporcionalidad encierra la búsqueda de una lesión mínima a los derechos o la insistencia en el empleo de medios menos lesivos para estos en el sujeto pasivo instrumental cuando ellos sea posible. La proporcionalidad estricta, debe configurarlo como valorativo – normativo, bajo la exigencia de una ponderación del interés en conflicto conforme a un criterio de justicia.

Cuando llevamos a la práctica actos de investigación que recaen sobre el cuerpo humano del imputado o de un tercero resulta necesario, de hecho imprescindible, velar porque la medida que se pretenda practicar no atente contra el pudor e integridad del inspeccionado, velando porque el sujeto que la practique sea el indicado para el tipo de medida que ha de realizarse, afirmación que incluye especificidades como la de que cuando la inspección corporal deba ser realizada sobre las partes íntimas del cuerpo deberá efectuarse por una persona de igual género que el (la) inspeccionado (a) que además sea la indicada y capacitada para su práctica.

La doctrina en materia de inspecciones corporales ha tratado no solo de establecer criterios diferenciadores entre los tipos de estas que puedan practicarse, de manera que sea posible implementar los procedimientos adecuados para su ejecución y validez dentro del proceso penal, encaminados a la búsqueda de indicios probatorios que puedan obtenerse como resultado de dichas prácticas sobre el cuerpo del imputado o de un tercero.

Tratándose de inspecciones corporales es necesario destacar que en su práctica podemos encontrarnos con procedimientos invasivos y con otros que no lo son, tales como rayos X, endoscopia, colonoscopia, entre otros. Estos tipos de inspección pueden aportar a la investigación de un determinado hecho delictivo elementos identificativos como son descubrir un tatuaje, una cicatriz, alguna deformidad oculta, la ingestión de cápsulas que contienen drogas que producen dependencia o se traen con la finalidad de traficarlas, o simplemente elementos que pueden ocultarse en las cavidades corporales como son la vagina, el ano, la boca.

La capacidad de las personas para ocultar elementos de interés para el esclarecimiento de un hecho delictivo y la determinación de su presunto responsable es impredecible, y si se trata de ocultarlo en el propio cuerpo pues más complicado se vuelve a la hora de encontrar lo que viene oculto. La inspección corporal viene a ser el método que permite descubrir lo que se lleve adherido al cuerpo o debajo de la dermis, la epidermis, la hipodermis o debajo de alguna cavidad; para lo que la imaginación del individuo resulta impredecible. Así, la práctica de las inspecciones puede resultar ofensiva al pudor y a la intimidad del inspeccionado, por lo que debe observarse el estricto cumplimiento de sus requisitos para que esta no sea degradante.

Por su parte, el principio de idoneidad definido por González-Cuellar Serrano, constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional de exceso, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación (González, Cuellar-Serrano, 1990, p. 154)¹². Así, la medida ha

¹² Así las medidas deben ser, atendido los casos concretos, cualitativamente aptos, cuantitativamente adecuados y aplicados previos la individualización de los particulares

de ser adecuada para alcanzar el fin pretendido. Es 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. La dificultad consistirá en determinar el grado de eficacia exigido por el principio de idoneidad.

La conexión entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida y el delito investigado constituye el denominado presupuesto habilitante, un *prius* lógico del principio de proporcionalidad, en términos de la jurisprudencia constitucional, necesario para analizar después si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad. Los indicios racionales de criminalidad no son distintos de los indicios y de las sospechas fundadas. Ambos se basan en datos o hechos objetivos cuya suficiencia hay que valorar en cada caso concreto en función de la medida a adoptar, sea un acto de investigación, una medida cautelar o un auto de procesamiento.

Para González-Cuéllar Serrano, el principio de necesidad, también denominado de intervención mínima, de estricta necesidad, de la alternativa menos gravosa o de subsidiariedad, es un subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado

cuyos derechos sea preciso restringir con objeto de alcanzar los fines previstos. (Amigo, 2003, p. 70), en cambio, sólo incluye dentro del estudio del juicio de idoneidad la adecuación cualitativa por entender que lo que González-Cuéllar denomina adecuación cuantitativa constituye, en realidad, un problema de falta de necesidad estricta, o bien, un problema de proporcionalidad en sentido estricto o, en último término, un exceso en la ejecución de una medida ordenada de manera proporcionada. (Guridi, pp. 226 – 228), destaca la adecuación cuantitativa como un criterio de utilidad significativa en materia de intervenciones corporales dado que el elemento cuantitativo incide especialmente sobre derechos fundamentales como la integridad física o la intimidad corporal en caso de intervenciones de carácter médico graduables en intensidad o duración.

de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos (González, Cuellar-Serrano, 1990, p. 206). En consecuencia, 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.

La medida elegida ha de resultar indispensable en relación con la situación probatoria. No cabe adoptar una medida restrictiva de derechos para confirmar extremos ya conocidos o para obtener meros indicios o sospechas de criminalidad. Como sostiene el Tribunal Constitucional, una medida de tal naturaleza es necesaria cuando de su resultado depende el ejercicio del *ius puniendi*. En este sentido, Matallín Evangelio habla de la esencialidad de la intromisión corporal para asegurar el interés público que se pretende con el ejercicio del *ius puniendi* (Evangelio, pp. 100 – 101).

Por su parte el principio de proporcionalidad en sentido estricto al decir de González-Cuéllar Serrano es el tercer subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar (González, Cuellar-Serrano, 1990, p. 225)¹³.

¹³ Se caracteriza por ser un principio valorativo –a diferencia del carácter empírico del examen de idoneidad o necesidad–, ponderativo y de contenido material, no meramente formal. En este sentido, para dicho autor, la inclusión del principio en el marco del Derecho Procesal Penal y su estudio desde la perspectiva de las normas constitucionales permite conocer su fundamento material, establecer los criterios de medición y los valores preferentes.

En consecuencia, no basta que la medida restrictiva de derechos sea idónea y necesaria a los fines de la investigación, sino que debe ser también proporcionada, atendidas las circunstancias particulares que concurran en el caso y su forma de ejecución. Aplicado este principio a las investigaciones corporales, éstas serán constitucionalmente legítimas si los intereses estatales (principalmente, la gravedad del delito, el grado de imputación y la probabilidad de éxito de la medida) son más relevantes que los individuales y la probabilidad de éxito de la medida.

Las investigaciones corporales como medidas restrictivas de derechos que recaen sobre el cuerpo de la persona exigen además la concurrencia de otros requisitos.

- a En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud;
- b En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características;
- c Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sobre los que pesa una prohibición absoluta.

Otro de los requisitos a tener en cuenta en la práctica de inspecciones e intervenciones corporales son los mecanismos de control existentes en la actualidad que nos indican con criterios metodológicos para el cumplimiento de los objetivos de la investigación la selección de tres modelos fundamentales que son los acogidos mayoritariamente en los cuerpos normativos que sirven

de base para el estudio comparado: el modelo de control de la Fiscalía o Ministerio Fiscal según sea el caso, y de los modelos de control jurisdiccional el del Juez de Instrucción, el del Juez de Garantías y el del Juez de Control.

El Derecho como elemento superestructural regulador de relaciones sociales, no alcanza a normar todos los comportamientos humanos que tienen alguna relación con la vida en sociedad, sino exclusivamente, aquellos que requieren de intervención coactiva del Estado, es decir los comportamientos dirigidos a obtener por la fuerza ciertos resultados.

El poder coactivo es un término general que sirve para indicar esencialmente cuatro formas del uso de la fuerza; en primer lugar, el poder de constreñir (con la fuerza) a quienes no hacen lo que deberían hacer; en segundo lugar el poder de impedir (con la fuerza) a quienes hacen lo que no deberían hacer; en tercer lugar, el poder de sustituir (con la fuerza) a quienes no han hecho lo que deberían hacer; y por último el poder de castigar (con la fuerza) a quienes han hecho lo que no debían hacer (Bobbio, 1980, p. 341).

Las cuatro funciones del derecho en este sentido son entonces las de determinar las condiciones en las que el poder coactivo puede ejercerse; las personas que pueden y deben ejercerlo, el procedimiento con que debe ser ejercido en esas circunstancias y por estas determinadas personas; el quantum de fuerza de que se puede y debe disponer, quien observando ciertos procedimientos está encargado de ejercer en determinadas circunstancias el poder coactivo (Bobbio, 1980, p. 342).

La afirmación de que en el ámbito del derecho no se regulan todos los comportamientos humanos, nos indica detenernos en la determinación de su alcance, mucho más en estos tiempos en los que resulta común la reducción de la fuerza de los valores éticos al derecho, y en que por algunos se sostiene la idea de que si es legal es moral, y de que es moral porque es legal.

La libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico, que reclama la aplicación del principio de prohibición de excesos en el derecho penal, y en consecuencia de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por lo que toda actuación en la práctica de inspecciones e intervenciones corporales por parte de la autoridad competente, que bien puede ser la policía, como con frecuencia sucede, deberá tener en cuenta tales requisitos a la hora de practicarlas.

La primera cuestión trascendental sobre el tema de las funciones de la policía, que se puede señalar es que estos deben adecuar su actuación en conformidad con la Constitución y las leyes, para cumplir con el presupuesto básico de legalidad de su actuación; sin embargo como señala (Goldstein, p. 13), el problema se complejiza ya que su deber no es sólo actuar dentro de ciertos marcos de derechos, sino esencialmente impedir que otros infrinjan el papel básico de la policía que es el de realizar una actividad tendiente a la protección de la esfera de los derechos y actuando siempre en el marco del respeto de los mismos (Quiroz, 2014).

El reconocimiento de la discrecionalidad de la actuación de la policía resulta claro no solo por motivos de carácter fáctico, sino también por el hecho de que solo a partir de ello se permite hacer efectivos los mecanismos de responsabilidad, ya que no existiendo legalmente discrecionalidad, la respuesta común de los organismos policiales frente a la violaciones de derechos es la de ocultar su responsabilidad indicando que ellos solo son encargados de ejecutar ciertas leyes y que por tanto solo han cumplido con su deber legal. En este sentido es entonces comprensible el carácter complementario entre el reconocimiento de discrecionalidad a los funcionarios policiales individuales y el mandato de legalidad de su actuación como componente de la concepción del estado de derecho que se viene esbozando en la sociedad (s.r.l, 1998, p. 60).

El reconocimiento de ciertos grados de discrecionalidad en la función policial impone a su

vez una serie de condiciones indispensables de compatibilidad con las disposiciones legales en correspondencia con los requerimientos de un estado de derecho (Gallego, 2014).

La posible asunción de las tareas investigadoras por el Fiscal pone sobre la mesa la inhabilidad del juez de instrucción para ocuparse de todo el complejo entramado de actuaciones que se producen en esta fase del proceso, sin que la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal suponga en modo alguno que este órgano pueda asumir de propia autoridad la práctica de cualquier diligencia o actuación con objeto de esclarecer los hechos delictivos.

Resulta obvio que, cuando menos las medidas restrictivas de derechos vienen reservadas a la autoridad judicial; porque, como regla general, las limitaciones de derechos exigen para su validez constitucional de una previa resolución judicial suficientemente motivada, y proporcional al fin lícito que se persigue, pues su adopción por el Fiscal sería siempre cuestionable a partir de que se trata de un sujeto que por sus funciones no es imparcial, a pesar de la atribución frecuentemente de la obligación de velar por el cumplimiento del principio de legalidad, como resultado de su condición de parte en la relación jurídica que sustenta el proceso (Mass, 2015).

El control de la práctica de inspecciones e intervenciones corporales y sus diferentes mecanismos

En ocasiones el proceso penal exige la adopción de determinadas medidas, y de la práctica de ciertas diligencias que, si bien representan un efectivo sacrificio de los derechos individuales, resultan sin embargo indispensables a los fines de la investigación de los delitos. Por consiguiente, el fiscal puede encontrarse en la necesidad de acudir a la autoridad judicial para que se autoricen ciertas medidas o la práctica de ciertos actos

de investigación, interviniendo entonces el juez como garante de los derechos que con las mismas se ponen en peligro, pero desde una posición procesal imparcial, sin implicarse en la investigación y sin poder ordenar de oficio diligencias o medidas cautelares, tutelando los derechos de todos los implicados en el proceso penal.

Encomendar a un mismo órgano toda la actividad que se ha de realizar durante la investigación de un hecho delictivo, sin tener en cuenta la naturaleza de cada actuación, carece de justificación y de sentido, mucho más si dicho órgano asume representatividad en el conflicto de intereses que se intenta resolver. El juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales realizados por el fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de recursos, porque el papel que debe desempeñar el juez durante la investigación no es más que el de garante de los derechos de las partes y de otros sujetos cuyos derechos puedan verse afectados. De este modo se fortalece el principio de imparcialidad judicial y se consolida el principio de exclusividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional (Humbarrta, 2015).

El modelo de investigación penal y control de la fase de investigación del proceso a cargo de la Fiscalía o Ministerio Fiscal introduce, no solo mayor agilidad en la tramitación del procedimiento, suprimiéndose la duplicidad de diligencias, sino que sitúa estas actuaciones en su verdadera dimensión, otorgando las facultades de esclarecimiento de los hechos y la iniciativa de aseguramiento del procesado tanto al órgano público de la acusación como a quien, con el carácter de actor popular o de acusador particular, pretenda intervenir en el procedimiento y asegurar las fuentes de prueba, fórmula empleada por algunos Estados, pero caracterizada por la total ausencia de control jurisdiccional (Huertas, Leyva, Lugo, Perdomo, Silvero, 2016).

Otros de los modelos empleados en el control de la práctica de estos actos de investigación es

el que responsabiliza en su realización al juez de instrucción, o en otros casos al llamado juez de garantías, en correspondencia con el diseño de administración de justicia de que se trate. La presencia de un juez de instrucción¹⁴ en el desarrollo de los procesos penales, permitió diseñar la intervención de un órgano imparcial para adoptar durante la investigación las medidas que suponen un menoscabo de los derechos del imputado, de tal modo que sirviera como garantía de que tales medidas se ordenaran solo en cuanto resultaran indispensables, experiencia que no fue fructífera en todos los estados pero que formó o forma parte de la intervención en tales actos (Palomares, 2015).

La atribución expresa a los jueces de la función de garantizar los derechos de los ciudadanos, especialmente matizado en el desarrollo del proceso penal, en el que el imputado viene amparado por el derecho a la presunción de inocencia, le otorga la responsabilidad de intervenir de manera imparcial en el enfrentamiento que se produce entre este derecho humano y el interés público en el descubrimiento y represión de los delitos, que puede aconsejar la adopción de medidas que traigan consigo intromisiones en el ámbito de la libertad, la intimidad, la integridad corporal, o el secreto de las comunicaciones.

Es fácil colegir que la función de garantizar los derechos de quienes intervienen en esa primera fase del proceso penal, y muy marcadamente en los derechos del imputado, cuando subsiste la figura del juez de instrucción corre el riesgo de convertirse en algo colateral, y lo que es peor esencialmente incompatible con el resto de las funciones que ese juez tiene atribuidas. Es esencialmente contradictorio dirigir la investigación u ordenar de oficio diligencias o actos de investigación para averiguar los hechos y establecer inicialmente las responsabilidades, acordar medidas restrictivas de derechos, y al propio

¹⁴ Figura encargada de ejercer el control jurisdiccional de la fase preparatoria en el proceso penal.

tiempo desempeñar el genuino papel de garante de los derechos de todos los sujetos involucrados por el proceso (Patarroyo & Benavides, 2014).

En los países en que se ha mantenido la figura del juez de instrucción, tempranamente la realidad procesal se apartó de la genuina esencia y justificación de esta fase del procedimiento, establecida legalmente como una etapa de corta duración y de acumulación de material probatorio que contribuya a la búsqueda de la verdad; en ellos la instrucción se convirtió en la piedra angular del proceso penal, no tanto por lo que puede obtenerse durante ella, sino por su singular trascendencia para la represión (Rodríguez, 2014)

Los sistemas procesales han intentado suprimir la causa que ha pervertido el sistema optando por introducir el otro gran pilar de la reforma: la fase de investigación, que no puede ser otra instrucción a la usanza del anterior sistema, en ella se atribuye al ministerio fiscal o la fiscalía la responsabilidad investigativa. No se trata de sustituir el juez por un fiscal instructor, reproduciendo los anteriores esquemas procesales, cambiando a uno por el otro, sino de superar el modelo que ha regido dentro de los sistemas de una u otra manera. De otro modo la reforma no supondría más que modificar la **ubicación** y el centro de imputación de los males que aquejan al modelo de proceso penal, pero poco o nada se habría avanzado (Forero, 2014)

No se trata de que mientras algunos busquen el camino hacia el control jurisdiccional absoluto de la fase de investigación como alternativa a la no violación de los derechos y garantías del proceso penal, otros caminen de manera directa hacia otras vías de solución a este problema, como el dejar en manos del fiscal la fase investigativa, y con ella la toma de decisiones que pueden traer consigo la vulneración de derechos, solventando sus planteamientos en los problemas que acarrea el juez de instrucción como institución dentro de la etapa preparatoria del proceso, teniendo como justificación la afectación a la imparcialidad; no se trata de establecer los extremos, sino de encontrar

la solución factible al problema estableciendo los términos en que debe quedar la instrucción para que se realice de manera efectiva, y con respeto de los derechos y garantías de las personas que intervienen en el proceso penal.

La posible asunción de las tareas investigativas por el fiscal pone sobre la mesa la inhabilidad del juez de instrucción para ocuparse de todo el complejo entramado de actuaciones que se producen en esta fase procesal o pre procesal; la atribución de la investigación al órgano de la fiscalía no supone que este deba asumir de propia autoridad la práctica de cualquier diligencia o actuación para el esclarecimiento de los hechos delictivos. Resulta obvio que cuando menos las medidas restrictivas de los derechos deben quedar reservadas a la autoridad judicial; porque, como regla general las limitaciones de derechos exigen para su validez constitucional, de una previa resolución judicial suficientemente motivada y proporcional al fin lícito que persiga (Molina, 2016).

Para evaluar positiva o negativamente una decisión judicial, la misma debe verse dentro de un determinado contexto institucional. El juez para justificar sus decisiones ha de considerar su deber de aplicar el Derecho como un deber moral, que como todos los deberes morales genéricos es tan solo *prima facie*, esto es, que puede en determinados casos, ceder ante consideraciones morales de mayor fuerza. La legislación y la jurisdicción, la producción y la aplicación del derecho, son momentos distintos de un mismo proceso que, si se quiere preservar su unidad ha de estar regido por una misma noción de racionalidad jurídica íntimamente vinculada a la argumentación (Blanco & Gómez, 2016).

Consideraciones finales

El *iter* seguido hasta aquí, permite sostener que los dos extremos en debate: derechos – inspecciones e intervenciones corporales, merecen para lograr su adecuada ponderación, de directrices

que deben ser definidas en las leyes procesales punitivas a través de la regulación en sus instituciones, de todos aquellos principios que se encaminen a la protección de los derechos involucrados, los que a manera de consideración pudiéramos exponer que:

- Para su realización se debe solicitar el consentimiento de la persona que será objeto de estas diligencias. De no existir éste, se precisará de una autorización del órgano legitimado para hacerlo, mediante resolución fundada donde se exprese en qué consistirá la diligencia, quien la realizará; así como la necesidad que para el proceso existe de efectuarla, dimensionando la posible afectación a determinadas derechos y lo imprescindible de su práctica en la búsqueda del esclarecimiento de los hechos, ponderando lo anterior mediante el principio de proporcionalidad.
- En todos los casos será necesario efectuarla de la forma que no implique un menoscabo de los derechos de la persona con la condición de sujeto pasivo instrumental.

Las dificultades que puedan presentarse en la práctica judicial de estos actos de investigación por no respetar e incumplir determinados presupuestos – formales y materiales – y requisitos – extrínsecos, intrínsecos y específicos – en su ordenación y ejecución produce efectos negativos no sólo en la calidad del proceso penal de que se trate, sino en la seguridad jurídica que han de sentir los destinatarios de dichas decisiones. La infracción de unos y otros no tiene siempre los mismos efectos en relación con la incorporación al proceso de su resultado y de las pruebas derivadas del mismo (Viera Morante, 2003, p. 242)¹⁵.

¹⁵ Como advierte (Viera Morante, 2003), en el ámbito del proceso penal no existe una regulación normativa completa de la invalidez de la pruebas o, en general, de los actos de investigación, lo que ha comportado una considerable inseguridad en el tratamiento jurisprudencial de la materia, hasta el punto de que, aún hoy, no están definitivamente fijados los contornos

Desde el punto de vista teórico, no cabe duda que la prohibición de admisión de la prueba ilícita constituye la mejor forma de garantizar su ineficacia. Sin embargo, el problema práctico estriba en la falta de un adecuado mecanismo procesal de control de la licitud en el trámite de admisión de pruebas (Miranda Estrampes, pp. 95 -98).

Por otra parte, respecto a la prohibición de valoración se defiende mayoritariamente una eficacia limitada (*in bonam partem* o *in utilibus*) de la prueba ilícitamente obtenida si sus resultados son favorables para el imputado (Martín, pp. 145 – 146)¹⁶.

La falta de presupuestos o requisitos supone, asimismo, en la mayoría de las ocasiones, la inadmisibilidad de las investigaciones corporales por vulneración de los derechos afectados. Así ocurre con el principio de legalidad. La previsión legal constituye un requisito de constitucionalidad de las injerencias corporales y, por tanto, la ausencia de norma determina su inadmisibilidad desde la perspectiva constitucional. En efecto según reiterada jurisprudencia, todo

en los que debería desenvolverse el tratamiento de la denominada prueba ilícita, tal como demuestran los distintos criterios utilizados al respecto por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo para fijar su alcance anulatorio.

¹⁶ Así, siempre que la ilegalidad no haya sido provocada o producida de propósito por el propio imputado o acusado. (Fernández Entralgo, Las Reglas del Juego – Prohibido hacer trampas: la prueba de ilegitimidad obtenida, 1996), quien propugna la aplicación del principio de ponderación de intereses y circunstancias en juego en términos similares al estado de necesidad como causa de justificación. También (Miranda Estrampes, págs. 101 – 102), defiende una eficacia limitada a acreditar la inocencia del inculpaado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso. Para (Díaz Cabiale y Martín Morales, pp. 197 – 202), no se trata de una excepción a la garantía constitucional de la exclusión de las pruebas ilícitas, sino de delimitar su contenido atendiendo a su propia naturaleza, la tutela judicial efectiva y los derechos fundamentales del imputado. Por el contrario, para (Mellado, p. 87), la inutilizabilidad lo es tanto en contra del acusado como a su favor.

acto limitativo de derechos ha de tener cobertura legal; en consecuencia, si carece de ella se vulneran tales derechos y la prueba obtenida resulta ilícita (Jordi, pp. 992- 993).

A igual conclusión cabe llegar respecto al principio de justificación teleológica. La resolución judicial que, en su caso, acuerde una medida de investigación corporal debe indicar la finalidad perseguida con la adopción de la misma, expresando de este modo el juicio de ponderación entre los derechos afectados y los fines constitucionales que legitiman su limitación, justificando a su vez la inexistencia de otra vía no lesiva al derecho que se afecta para el logro que con ella se persigue.

La actuación del *ius puniendi*, el interés público en la investigación de los delitos, la búsqueda de la verdad, en definitiva, son fines legítimos que pueden justificar la medida siempre que se hayan previsto por la ley reguladora de las mismas y se expliciten en el caso concreto mediante el correspondiente juicio de ponderación. La resolución judicial ha de expresar la utilidad de la medida a los fines perseguidos en el caso concreto.

La total falta de motivación o la motivación insuficiente de la resolución que acuerde una medida de investigación corporal determinará la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse de ella. Las injerencias que no respeten el principio de proporcionalidad comportarán también la vulneración de los derechos afectados y, una vez más, resultarán inadmisibles. Esta conclusión no admite duda en lo que respecta al subprincipio de idoneidad puesto que, si la medida acordada no resulta adecuada cualitativa, cuantitativa y subjetivamente, resultará desproporcionada y vulnerará los derechos de las personas afectadas en quienes no concurren sospechas fundadas que justifiquen tal medida.

En cambio, los otros dos subprincipios, como advierte Etxeberria Guridi, admiten ciertas mati-

zaciones que resultan de la heterogeneidad característica de las intervenciones corporales, pero también de las circunstancias subjetivas de la persona sometida a la medida¹⁷. En cualquier caso, acreditada la quiebra del principio de proporcionalidad, la consecuencia será la misma. Los presupuestos y requisitos expuestos son exigibles para cualquier acto limitativo de derechos, pudiendo ser englobados en el principio de proporcionalidad entendido en sentido amplio. En cambio, los requisitos específicos de las investigaciones corporales suponen únicamente exigencias (legales, cuando así se establezcan) que definen cómo ha de llevarse a la práctica la medida, sin que su infracción lesione, en todo caso, el contenido constitucional del derecho humano.

Dada la naturaleza jurídica de las injerencias corporales como diligencias de investigación, será en la fase de instrucción donde acaecerán, en mayor medida, las hipótesis de ilicitud ya sea en el momento de acordar la diligencia o admitirla, ya sea en el momento de ejecutarla que deberán ser apreciadas de oficio por el juez instructor o denunciadas por las partes mediante los correspondientes recursos contra la resolución que autorice la medida o contra la resolución que acuerde su unión a los autos, si durante la ejecución de la medida se ha producido la infracción (Junoy, pp. 323 – 324)¹⁸ que

¹⁷ Atendido el criterio de proporcionalidad establece, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia alemanas, una clasificación de las diligencias de intervención corporal que resultan admisibles (extracciones sanguíneas; electroencefalograma; electrocardiograma; radiografías, resonancias magnéticas, etc.; extracción del contenido estomacal) e inadmisibles (arteriografía; neumoencefalograma; narcoanálisis; test falométrico; extracción de orina; extracción de líquido cefalorraquídeo; reconocimientos, modificación del corte de la barba y del pelo; desnudez y práctica de genuflexiones).

¹⁸ Así, en el ámbito del proceso civil, con anterioridad a la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, postulaba la interposición del genérico recurso de reposición contra la providencia que admitiere una prueba ilícita, Con todo, advertía de la escasa utilidad de dicho recurso dado que se traduce en un simple intercambio de

pongan de manifiesto la ilicitud de la medida y la consiguiente vulneración, en su caso, instando la nulidad de actuaciones.

El mejor momento para hacerlo es, desde un punto de vista práctico, durante la instrucción de la causa, puesto que evitará que el proceso siga construyéndose sobre la base de tales diligencias o mediante la utilización de los datos obtenidos de ellas – circunstancia que puede generar más tarde, toda una cadena de pruebas nulas – y, además, que tales “pruebas” puedan tener una influencia psicológica en el tribunal (Casi, p. 294)¹⁹.

El problema, sin embargo, estriba en que difícilmente el mismo juez que ha dispuesto la medida de investigación va a acordar la nulidad de la misma, salvo que la vulneración del derecho se haya producido de forma evidente durante la ejecución de la medida. Ello, sin olvidar, que no siempre es fácil, valorar tales infracciones. Se trata pues, de buscar formulaciones que posibiliten que todas aquellas situaciones que por afectar derechos humanos y generar ilicitudes probatorias y nulidades procesales sean solubles en momentos procesales anteriores a la actuación jurisdiccional.

Referencias bibliográficas

- Amigo, G. (2003). *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. (C. Menor, Ed.) Navarra.
- Aparicio Pérez, M. A. (1988). *El derecho a la organización de la tutela judicial efectiva*.
- Arozamena Sierra, J. (1994). *Las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional*. Poder Judicial, núm. 35, septiembre 1994.
- Assalit Vives, J. M. (2000). *Las Intervenciones Postales en: La Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada*. (C. G. Judicial, Ed.) Madrid.
- Blanco, C. & Gómez, D. (2016). Constitución política e integración andina desde las nociones de soberanía y democracia en *Perspectivas críticas del derecho constitucional colombiano*. Bogotá, Colombia. Universidad Libre.
- Blanco, C. (2013) Algunas propuestas frente a la crisis de legitimidad de la Comunidad Andina en *Revista Análisis Político*, Volumen 26, N. 78
- Bobbio, N. (1980). *Contribución a la teoría del Derecho*. (F. T. S.A, Ed.) Valencia.
- Cabiale, D. (s.f.). *Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)*.
- Casado Pérez, J. M. (2000). *La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño*. (1ª. Edición ed.). San Salvador, El Salvador.
- Casi, E. (s.f.). *Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales*.
- Catoira, A. A. (1999). *La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*. 77.
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*. (s.f.). Recuperado el 23 de enero de 2017, de Lex Practica: www.lexpractica.galeon.com/album751983.html
- Díaz Cabiale y Martín Morales, o. (s.f.). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*.
- Etxeberria Guridi, J. F. (2000). *La intervención médica en las diligencias procesales de investigación en: Internamientos involuntarios, Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*. (Edición conjunta del Ministerio de sanidad y consumo y el consejo general del poder judicial. ed.). Madrid.
- Evangelio, M. (s.f.). *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*.

escritos sin posibilidad de practicar prueba alguna. Su utilidad estribaría en que podría dar origen a la actuación de oficio del órgano jurisdiccional iniciando el “mini incidente” de nulidad de actuaciones.

¹⁹ Precisamente, a contrario sensu, Echarri Casi, señala estos dos efectos problemáticos si se difiere la declaración de la ilicitud a la sentencia final.

- Fernández Entralgo, J. (1996). Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida. *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. IX: *La prueba en el proceso penal II*, p. 158.
- Fernández Entralgo, J. (1989). *La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Madrid: Poder Judicial, núm. especial VI, CGPJ.
- Forero J (2014) El valor superior de la Justicia en la Unión Europea. Especial referencia al Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho Español en *Revista Verba Iuris*, Edición No. 31, Documento extraído el 5 de junio de 2018 de HYPERLINK "<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/59/53>" <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/59/53>
- Gallego J (2014) Paradoja y complejidad de los derechos humanos en la sociedad moderna. Sentido y comunicación. *Revista IUSTA*, N.º 40, enero-junio de 2014, pp. 143-165
- Goldstein, H. (s.f.). *Policing a free society*. University of Wisconsin.
- González-Cuellar Serrano, N. (1990). *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex.
- Guridi, E. (s.f.). *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*.
- Huertas O, Leyva M, Lugo L, Perdomo W, Silvero A (2016). Entre la minimización y la expansión del Derecho Penal: la presencia de Beccaria en el debate contemporáneo en *Revista IUSTA*, N.º 44 (1)
- Huertas Martín, O. (s.f.). *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*.
- Humbarita J. (2015) Derecho Constitucional Hispanoamericano frente a la realidad institucional, manifiesta divergencia en *Revista IUSTA*, N.º 43 (2)
- Jordi, F. (s.f.). *Las inspecciones o registros sobre la propia persona*.
- Junoy, P. I. (s.f.). *El derecho a la prueba en el proceso civil*.
- Martín, H. (s.f.). *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*.
- Mass Rocha, F (2015) Reflexiones acerca de la efectividad de la ley de tortura en Brasil: la importancia de la fase pre procesal en *Revista IUSTA*, N.º 42, enero-junio de 2015, pp. 117-128. Documento extraído el 7 de febrero de 2018 de HYPERLINK "<http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2478/2414>" <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2478/2414>
- Mellado, A. (s.f.). *Prueba prohibida y prueba preconstituída*.
- Miranda Estrampes, I. o. (s.f.). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*.
- Molina González, Y. (2016). Derecho penal del enemigo y dignidad humana, *Revista Verba Iuris*, 11(36), pp. 135-146.
- Ortells Ramos, M. (1996). *Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia constitucional*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XII: Medidas restrictivas de derechos fundamentales.
- Palomares, J. (2015) El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán, en *Revista Vía Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 10, N.º 2 / julio-diciembre 2015, pp. 29-56. Documento extraído el 3 de enero de 2018 de evistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2551/2483
- Patarroyo S. & Benavides P. (2014). Rupturas Asignificantes: Revisiones críticas en torno al derecho, en *Revista Vía Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 9 (No. 1) pp. 7 – 31.
- Pedraz Penalva, E. (julio-agosto 1993). *Ensayo histórico sobre la motivación de las resolu-*

- ciones judiciales y su actual valoración*, Revista General de Derecho, núm. 586-587.
- Quiroz, M. (2014). Acercamiento a las “oposiciones paradigmáticas” entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico en *Revista IUSTA*, 1Vol 41 (2), pp. 77-97.
- Rivero Hernández, F. (1989,). *La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación*. Poder Judicial , núm. 13.
- Rolla, G. (s.f.). *Derechos Fundamentales*.
- Ruiz Vadillo, E. (1993). *Principios generales. Legalidad, proporcionalidad, etc.* (Vols. Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XXIX, La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal). Madrid: CGPJ.
- Rodríguez, A. (2014) Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos, en *Revista Vía Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 9, N.º 2
- s.r.l, E. d. (Ed.). (1998). Policía y Sociedad Democrática. *Revista Latinoamericana de Política Criminal Penal y Estado año 3 número 3.*, p. 60.
- Tirado M, Bedoya J. & Blanco A. (2016) Bioética y Transhumanidad: Hacia una aproximación al consumo de sustancias nootrópicas en el campo académico en *Bioética y Docencia*. (pp. 91.119). Edit. Ibáñez. Bogotá – Colombia. Documento extraído el 3 de febrero de 2019 de HYPERLINK “<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/1527>” \t “_blank” <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/1527>
- Vieira Morante, F. J. (2003). Tratamiento de la prueba ilícita. (CGPJ, Ed.) *Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XV: Constitución y garantías penales*, pp. 242.