



**Facultad de Humanidades
Departamento de Derecho**

Las Intervenciones Corporales desde el Derecho Penal

Tesis presentada en opción al título de Licenciatura en Derecho

Autor: Erick Lima Ramón.

Sancti Spíritus
2011



**Facultad de Humanidades
Departamento de Derecho**

Las Intervenciones Corporales desde el Derecho Penal

Tesis presentada en opción al título de Licenciatura en Derecho

Autor: Erick Lima Ramón.

Tutora: Lic. Sonia Martín García

Consultantes: Lic. Leoncia Mencía Vera

Dr. Reynaldo Rodríguez Ferrer

MSc. en Ciencias de la Educación

Sancti Spíritus
2011

“Las leyes deben ser claras, uniformes y precisas: la interpretación de las leyes casi siempre conduce a su alteración...”

Voltaire.

Dedicatoria:

A mis padres que lo son todo para mí.

Agradecimientos:

En especial a mis tutores, que han sido incondicionales.

A todo el claustro que incidió en mi formación y a todo aquel que me apoyó y dedicó un poquito de su tiempo.

RESUMEN:

El trabajo “Las Intervenciones Corporales desde el Derecho Penal” recopila el tratamiento que se realiza a estas actuaciones sobre el cuerpo de la persona viva como fuente de prueba de procesos judiciales, en la legislación de diferentes países del mundo. El autor, haciendo uso de diferentes métodos investigativos como el análisis y síntesis, inducción y deducción, estudio de documentos, el exegético, el derecho comparado, entre otros, realiza un estudio encaminado a organizar metodológicamente el saber existente sobre la temática, así como revisar lo que hay en el Ordenamiento Jurídico en Cuba al respecto, lo que lo lleva a proponer su necesario enriquecimiento con el propósito de que se recoja en Ley todo lo que permita el esclarecimiento de los hechos sin que constituya una limitación de los derechos fundamentales de la persona. La novedad científica se expresa en la sistematización de precisiones jurídicas para mejorar la Ley de Procedimiento Legal en función de las Intervenciones Corporales que se llevan a cabo en la investigación penal.

SUMMARY:

The work "The Corporal Interventions from the Penal" Right gathers the treatment that is carried out to these performances on the alive person's body as source of test of judicial processes, in the legislation of different countries of the world. The author, making use of investigative different methods as the analysis and synthesis, induction and deduction, study of documents, the exegetic, the compared right, among other, carries out a study guided to organize the existent knowledge methodologically on the thematic, as well as to value what there is in the Juridical Classification in Cuba in this respect, what takes it to propose their necessary enrichment with the purpose that it is picked up in Law all that allows the clarification of the facts without it constitutes a limitation of the person's fundamental rights. The scientific novelty is expressed in the systematizing of juridical precisions to improve the Law of Legal Procedure in function of the Corporal Interventions that are carried out in the penal investigation.

<u>ÍNDICE</u>	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN.....	1
DESARROLLO	7
CAPÍTULO I: Consideraciones doctrinales sobre el derecho a la intimidad...	7
1.1 Evolución histórica de los derechos inherentes a la personalidad.....	7
1.2 La intimidad: su ámbito conceptual de aplicación.....	15
1.3 El respeto a la intimidad personal y de otros derechos fundamentales: estimaciones para un deber ser en la búsqueda de la verdad.....	17
1.4 Relación entre el derecho a la intimidad y las intervenciones corporales.....	20
CAPÍTULO II: Las intervenciones corporales en la investigación penal. Los cacheos y los reconocimientos médicos como dos de sus modalidades....	26
2.1 Los cacheos: Naturaleza jurídica y valor probatorio.....	28
2.2 Los reconocimientos médicos: Naturaleza jurídica y valor probatorio.....	38
2.3 Cobertura legal en el Ordenamiento Jurídico cubano para la práctica de los cacheos y los reconocimientos médicos.....	43
2.4 La necesidad de precisiones o reformas en nuestra Ley de Procedimiento.....	48
CONCLUSIONES.....	55
RECOMENDACIONES.....	57
BIBLIOGRAFÍA.....	58
ANEXOS.....	63

INTRODUCCIÓN:

En el proceso de investigación penal, los poderes públicos han de practicar en ocasiones diversas diligencias que tienen por objeto el examen (superficial o en profundidad) del cuerpo humano de una persona viva. Estos actos de investigación conocidos como intervenciones corporales tienen una gran importancia en el proceso penal debido a que resultan ser actuaciones de una gran fuerza incriminatoria, a menudo la única con la que se suele contar.

La utilización del cuerpo humano de una persona viva (el del imputado o el de un tercero) como fuente de prueba en el proceso penal es posible esencialmente cuando en el interior del mismo se oculte el cuerpo o los efectos del delito o para obtener a partir del mismo pruebas biológicas o de otro tipo que permitan identificar al imputado y determinar su participación presunta en el hecho delictivo. Ello puede afectar a los derechos fundamentales de la dignidad, la integridad física, la intimidad personal, la libertad deambulatoria y al derecho a no declarar contra sí misma, de la persona que se ve sometida a alguna de las diligencias que con este fin pueden practicarse.

Se plantean por tanto situaciones de conflicto entre los derechos individuales y el interés público en la averiguación y persecución de los delitos. La doctrina y la jurisprudencia ofrecen distintas soluciones en función del tipo de intervención y, en consecuencia, del derecho que pueda verse afectado.

Pese a ser diligencias encaminadas principalmente a recopilar información útil para el esclarecimiento de los delitos y de las circunstancias en que se han cometido, las intervenciones corporales son también frecuente en otros ámbitos al margen de la investigación penal, como pueden ser las investigaciones que lleva a cabo la Administración Aduanera o la Administración Penitenciaria, o los cacheos policiales (como diligencia de prevención y por tanto fuera del marco de la investigación en un proceso penal ya abierto). También pueden llevarse a cabo en el seno de procesos cuyo conocimiento corresponda a otros órdenes jurisdiccionales.

No obstante, a todas las intervenciones corporales le es de aplicación la doctrina general, independientemente del orden jurisdiccional dentro del cual se lleven a cabo, si bien será en el orden penal donde resulten por lo general más útiles.

Las intervenciones corporales pueden, en consecuencia, ser definidas como aquellas diligencias de investigación penal que se practican sobre el cuerpo de la persona viva (pues en otro caso estaríamos hablando de autopsias), y que inciden (o pueden incidir) de modo grave en sus derechos fundamentales, especialmente los derechos a la integridad física y a la intimidad y cuya finalidad es bien descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, bien encontrar objetos escondidos en él.

Al tratarse de medidas restrictivas de los derechos fundamentales, su licitud y por tanto su validez probatoria en el seno del proceso dependerán del respeto al principio de proporcionalidad tanto a la hora de adoptar las medidas como a la hora de ejecutarlas. La falta de observancia de los requisitos jurisprudencialmente establecidos (dada la falta de regulación legal existente) determinaría la ineficacia procesal de las pruebas obtenidas y, además, la posibilidad de incurrir en alguno de los tipos descritos en el Código Penal.

Los indudables avances científicos técnicos a los efectos de averiguación de los hechos delictivos que provienen del campo de la medicina legal, o de la policía científica, cada vez más desarrollados: narcoanálisis, pruebas heredo biológicas, psicométricas, análisis del ADN, estudios sobre pelos e identificación personal, nos aportan datos decisivos a la hora de proceder a través del análisis de sangre, saliva, esperma, pelos, o sudor, al descubrimiento de las circunstancias en las que se desarrollaron los hechos delictivos y la determinación de su autor. Lo cierto es que a medida que avanza la técnica médico legal aumentan las necesidades de actuación directa. Hace años parecía casi ciencia ficción atrapar al delincuente a través de unos pelos que se encontraban en el lugar del delito. Hoy con los mismos y a través del ADN es posible saber a ciencia cierta si al menos la persona portadora de dichos pelos estuvo en el lugar de los hechos.

Si eso no fuera suficiente, ciertas intervenciones corporales son las actuaciones imprescindibles y lógicas en el curso de una investigación penal, que no pueden ser sustituidas por otras, piénsese en los cacheos o en la prueba de la alcoholemia. Lo que provoca la necesidad de mostrar una cierta flexibilidad en su interpretación, legal y jurisprudencial, ya que de otra manera se estaría desposeyendo a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, así como a la policía de un instrumento elemental para la seguridad ciudadana. De hecho, y así se comprobará, este valor abstracto es la causa de justificación más recurrida para lograr la permisión de distintas intromisiones en los derechos fundamentales del individuo.

Este tema ha sido abordado por diferentes autores contemporáneos, entre los que se destacan: Luis Bernardo Ruiz-Jaramillo, Raúl Castaño Vallejo, Nicolás González-Cuellar Serrano, Antonio Barrera Carbonell, Alejandro Martínez Caballero, José Francisco Etxeberria-Guridi, José Antonio Díaz Cabiale, José María Asencio Mellado, Manuel Cerrada Moreno, Leoncia de la C. Mencía Vera, los cuáles de una u otra manera describen la temática que en este trabajo se aborda desde la legislación vigente en distintos países.

Pese a la importancia que tienen las intervenciones corporales en el marco de la investigación de delitos, el estudio realizado previo a emprender este trabajo, teniendo en cuenta diferentes métodos de investigación científica, (Ver Anexos 1,2 y 3) nos permitió constatar que:

- No existe en nuestro ordenamiento ninguna regulación de conjunto de tales actuaciones.
- Es necesario acudir a una normativa fragmentaria que, como casi siempre ocurre, ha ido siempre por detrás de los avances científicos.
- En sentido general la Ley Procesal Penal en Cuba no prevé una norma legal que autorice la adopción de medidas de Intervención corporal.
- Por otra parte, los cacheos y los reconocimientos médicos son dos modalidades de intervenciones corporales que se aplican cotidianamente

en la investigación penal de nuestros días, sin embargo no cuentan con un soporte legal.

Estas insuficiencias permiten declarar el siguiente:

Problema científico: ¿Cómo contribuir al perfeccionamiento del Derecho sobre las intervenciones corporales?

El **objetivo general** lo constituye: Sistematizar precisiones jurídicas que contribuyan al mejoramiento de la Ley Procesal Penal en cuanto al procedimiento legal para las intervenciones corporales.

Por su parte los **objetivos específicos** son:

1. Caracterizar la evolución histórica del derecho relacionado con la intimidad corporal
2. Valorar los cacheos y los reconocimientos médicos como modalidades de las intervenciones corporales que se aplican cotidianamente en la investigación penal.
3. Revisar la cobertura legal en Cuba en cuanto al tema de las llamadas Intervenciones Corporales.
4. Analizar la necesidad de una normativa prevista en Ley que regule todo acto de investigación útil para el esclarecimiento de los hechos delictivos.

Los **métodos empleados** fueron los siguientes:

Del nivel teórico:

El histórico y lógico: Permitió profundizar en la evolución histórica del Derecho relacionado con los derechos de la personalidad y en el caso específico del de la intimidad corporal

Análisis y síntesis: Permitió analizar diferentes bibliografías y documentos actualizados sobre el tema de las intervenciones corporales para comprender y demostrar la evolución del mismo.

Inducción y deducción: Se empleó para llegar a generalizaciones a partir del estudio de casos particulares al recogerse material empírico producto de la

repetición de algunos hechos y fenómenos de la realidad, que permitió encontrar regularidades y llegar a conclusiones de los aspectos que caracterizan los diferentes procedimientos legales.

Exegético: Permitted analizar e interpretar las normas jurídicas ya sean de carácter nacional como internacional.

Derecho comparado: Posibilitó contrastar diferentes sistemas jurídicos y descubrir sus relaciones, estimar sus diferencias y resaltar sus semejanzas; así como percibir los rasgos esenciales en cada país.

Del nivel empírico:

Análisis de documentos: Posibilitó el estudio de la bibliografía, de resoluciones, legislaciones ya sean nacionales o internacionales.

Entrevista: Permitted la búsqueda de experiencias, estados de opinión y consideraciones sobre la problemática investigada.

Encuesta: Posibilitó constatar los conocimientos que posee sobre las intervenciones corporales el personal capacitado para llevarlas a la práctica.

Observación de procesos judiciales: Se realizó con el objetivo de constatar cómo se aprovechan las intervenciones corporales para demostrar la culpabilidad de los acusados en los delitos cometidos y las contradicciones que puede generar entre las partes su aplicación sin basamento legal.

La novedad científica: Se expresa en la sistematización de precisiones jurídicas para mejorar la Ley de Procedimiento Legal en función de las intervenciones corporales que se llevan a cabo en la investigación penal, sustentada en un minucioso estudio basado en el método de investigación científica del derecho comparado.

La tesis consta de una introducción que refiere la fundamentación teórica y metodológica, dos capítulos: En el primero se realizó un recorrido histórico que trata los principales aspectos que caracterizan la evolución histórica de los derechos inherentes a la personalidad en distintas etapas de la historia de la humanidad, así como el concepto de intimidad como reflejo del propio desarrollo

social y como uno de los derechos en los que el Hombre enmarca su libertad política y personal, puntualizando en su ámbito de aplicación en tres esferas diferentes: la esfera íntima, la política y la de la libertad personal. Trata además, cuestiones elementales a tener en cuenta para respetar el derecho a la intimidad personal así como la relación entre este y las intervenciones corporales

El segundo capítulo, aborda las intervenciones corporales en la investigación penal. Los cacheos y los reconocimientos médicos como dos de sus modalidades, la naturaleza jurídica y el valor probatorio de las mismas, así como la cobertura legal en el ordenamiento jurídico cubano para llevarlos a la práctica y la necesidad de precisiones o reformas en nuestra ley de procedimiento que se sugieren a partir de la sistematización teórica realizada sobre la base del derecho comparado como método de investigación científica propio de las Ciencias Jurídicas. La tesis contiene además, conclusiones, recomendaciones, bibliografía consultada y anexos.

DESARROLLO

CAPÍTULO I: Consideraciones doctrinales sobre el derecho a la intimidad.

1.1 Evolución histórica de los derechos inherentes a la personalidad.

La historia de los derechos de la personalidad es muy antigua. Los pueblos, y en particular las personas, siempre han luchado por sus derechos, por la paz, la justicia y el respeto de su dignidad. Nacen con el hombre mismo, sin embargo, no siempre se han reconocido. Son el resultado de una lenta y compleja evolución histórica; la forma de concebirlos en cada sociedad ha variado a través de la historia, logrando triunfos y a veces retrocesos.

Así por ejemplo, en la Edad Antigua es trascendente la existencia del Código de Hammurabi considerado como el cuerpo legislativo más célebre del mundo antiguo oriental y aún de toda la antigüedad, en el que aparecen las primeras regulaciones al respecto, pues comienzan a tratarse de manera muy somera las primeras regulaciones de los derechos del hombre, instándose a favor de poner límites a la esclavitud. Durante este largo período aparece el Decálogo Hebreo que influyó fuertemente en las culturas de Occidente y contiene una serie de prohibiciones y principios basados en la moral y en la justicia, que significaron una protección a los valores fundamentales de la sociedad.

La cultura romana desarrolló el concepto de *ius gentium* que se aproxima de este modo al derecho natural, apareciendo posteriormente la corriente del *iusnaturalismo* que reconoce los derechos inherentes al hombre. Se inicia así el estudio de los valores que corresponden al ser humano. En el Derecho Romano la regulación de estos derechos fue muy escasa, al no conocerse los mismos, y al igual que en otros pueblos de la antigüedad estuvo presente la controversia entre la sanción aplicada por los particulares y la aplicada por el Estado, siendo las primeras resueltas entre sí y las acciones contra el Estado las que en un principio consiguen la intervención punitiva de este, lográndose con el fortalecimiento del aparato estatal, la proporcionalidad entre el daño recibido y la sanción aplicable. No obstante, en el Derecho Romano se conserva durante un largo tiempo la acción penal particular.

El cristianismo fue importante para el reconocimiento de estos derechos. Según expresa el jurista Luño Peña “el cristianismo representa y constituye la más solemne proclamación de los derechos de la personalidad humana mediante la idea de una verdadera paternidad universal que implica la igualdad de derechos y de la persona con todas sus prerrogativas individuales y sociales”¹.

En el período de la Edad Media la historia registra, en el año de 1215, el reconocimiento de una serie de derechos a los nobles en Inglaterra por el rey Juan Sin Tierra, quien admitió los primeros límites para el ejercicio de su autoridad, estableciéndose los principios de igualdad y de libertad. La Constitución de Juan Sin Tierra fue una verdadera conquista ante el rey, ya que contemplaba la garantía de legalidad, prohibía la tortura y no permitía privar ilegalmente a las personas de sus propiedades; también instauraba un conjunto de garantías para el debido proceso legal a seguir ante los tribunales.

Del siglo XV al siglo XVIII, perteneciente al período del Renacimiento y la Ilustración, se destacan una serie de pensadores, como Hobbes, Locke, Vitoria, Róterdam, Rousseau y Montesquieu, quienes con diferente orientación, se basan en ideas como el Estado de Naturaleza, el Derecho Natural inspirado en la razón y el Contrato Social. Ellos, afirman la existencia de reglas normativas inherentes al hombre, que son previas a cualquier configuración política; centran su interés en la importancia de valores tales como la libertad, la propiedad y la igualdad. Es en esta etapa que se reconocen algunos derechos básicos de la persona como límite a la acción gubernamental, además esta resulta ser una época donde ya se inicia la aceptación de los valores y los derechos que por naturaleza deben ser reconocidos a favor de todos los seres humanos.

Ya en el siglo XVIII y XIX correspondiente a la época moderna se inician las grandes declaraciones de derechos. En Estados Unidos, el primer documento que recoge una serie de derechos fundamentales del individuo y de la sociedad es la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia. Posteriormente las Trece Colonias que se constituyeron en los Estados Unidos de América

¹ Luño Peña.:<<Evolución Histórica de los derechos humanos>>, Revista de la ONBC, No 16/Julio-Septiembre (2004) /Ed. ONBC.

incorporaron en 1787 a su Constitución, en forma de enmienda, un documento al que también se le conoce como Declaración de Derechos (Bill of Rights).

Francia por su parte también emite declaraciones de derechos por vez primera, exponiéndose lo que a su juicio creían justo se les reconociera a los hombres como derechos. Es en el preámbulo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano donde se resuelve exponer como resultado de una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre. A partir de la existencia de La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, y la Constitución de los Estados Unidos de América, se universalizaron los derechos básicos y fundamentales del hombre.

El positivismo jurídico del siglo XIX finalizó la concepción de los llamados derechos innatos u originarios de la persona, el matiz político de dicha teoría hizo que los civilistas se vieran obligados a llevar la idea con otro enfoque. El derecho privado admitió la existencia de unos derechos sobre la propia persona que aseguran el goce de los bienes internos y de las energías físicas y espirituales.

En España, la Constitución de Cádiz de 1812 consagró algunos derechos del ciudadano frente al poder del monarca: el derecho de audiencia, la protección del domicilio, el respeto a la propiedad privada y a la libertad de expresión, entre otros.

Los estudiosos con relación a los derechos inherentes a la personalidad han emitido varios criterios, defendidos por varios autores. Así se puede citar a Beltrán de Heredia "Tal criterio, no es otro que el de la aceptación pura y simple de unos auténticos derechos de la personalidad, conectados con esta, de la que traen causa y nombre, pero con carácter autónomo, sin que aquella en sí misma pueda dar lugar a una titularidad jurídica propia, en cuanto que no es ni significa otra cosa que la posibilidad de ser persona en el mundo del derecho..."²

² Rogel Vide, C.: <<Bienes de la personalidad, Derechos Fundamentales y Libertades Públicas>>. Bolonia, 1985, cit., p 36.

Para definir exactamente lo que se entiende por los derechos inherentes a la personalidad, es oportuno acreditar otros vocablos, que pudieran esclarecernos a la hora de entender dicho concepto: persona y personalidad

“La voz **persona** tiene su origen en el léxico teatral romano, denotando a los sujetos de la acción escénica y la carátula resonante con la que los actores los representaban. La palabra acabó designando al hombre en general y a constituirse en nombre genérico, con cuyo complemento se formaba la especie humana...”³.

La definición real de la persona ha de contener en su predicado inmediato la referencia al hombre. Así pues, persona es el ser humano, y personalidad es la naturaleza jurídica del hombre, como valor superior fundamental, titular de derechos innatos. La distinción se impone, basta pensar que la personalidad es un *quid* simple, mientras la capacidad es un *quantum*, por tanto, es susceptible de ser medida en grados. Se puede ser, como persona, más o menos capaz, pero no se puede ser más o menos persona. Persona se es o no se es: total y radicalmente.

La **personalidad** es la condición de la persona. Jurídicamente entendida es también la cualidad que distingue al hombre sobre todos los demás seres vivos y la dimensión que presenta en relación con los demás.

La personalidad es el resultado de cada ordenamiento jurídico concreto, que regula la vida social, no solo atribuyendo derechos subjetivos, facultades, potestades, deberes y cargas, sino también aportando y acogiendo conceptos que aluden a posiciones dentro de la comunidad social, por ejemplo: la capacidad, la legitimación o el estado civil. En tal sentido la personalidad es un presupuesto de los derechos de la personalidad.

Por otra parte la personalidad vista desde un punto psicológico, se define como una categoría un tanto única e irreplicable, propia de cada individuo; son los rasgos o caracteres que caracterizan a un sujeto, tiene factores biológicos, sociológicos, y psicológicos, si falta uno de estos factores entonces no puede hablarse de que

³ Magallón Ibarra, J.: << Instituciones de Derecho Civil. Atributos de la personalidad>> t. II, Ed. Porrúa, México, D. F., 2000, p.2y3.

existe personalidad. Tanto la persona y como la personalidad es un *prius* del Ordenamiento jurídico, o sea, que la persona existe con independencia del Derecho y que tiene esa consideración desde el momento en que nace con vida⁴.

El objeto de los derechos inherentes a la personalidad, no es la propia persona, sino las cualidades, partes, bienes, intereses, atributos de la misma, que adquieren independencia propia como resultado de la protección autónoma y separada del ordenamiento jurídico. Constituyen por tanto subjetivamente el fundamento y base de todos los derechos que a la persona corresponden, tanto en el orden público como en el privado, cuya pretensión radica en el hecho de valer, ser tenidos y respetados como personas, como seres libres, con fines y expectativas por cumplir. Objetivamente son el conjunto de condiciones necesarias para que se mantenga vivo ese carácter en el ser humano o las normas reguladoras que protegen esa condición superior y excelsa del ser racional.

Los derechos inherentes a la personalidad son una institución puesta al servicio de la persona para cuidar de su dignidad. Hablar de este tipo de derechos sería referirse a todo un conjunto de bienes, tan propios del individuo, que se confunden con él y constituyen las manifestaciones de la personalidad del propio sujeto.

Según Ferrara” Los derechos de la personalidad son los derechos supremos del hombre, aquellos que le garantizan el goce de sus bienes personales. Frente a los derechos de los bienes externos, los derechos de la personalidad nos garantizan el goce de nosotros mismos, asegurando el particular. , el señorío de su persona, la actuación de su propias fuerza físicas y espirituales”⁵

⁴ El Derecho moderno concede la personalidad a todo ser humano pero exige ciertos requisitos para determinar la existencia de la persona humana. Estos requisitos varían según las legislaciones, mientras unas exigen simplemente el hecho del nacimiento (Códigos civiles alemán, suizo, austriaco, portugués, italiano, argentino, etc.), otras en cambio, exigen el requisito de la viabilidad (del latín *vitas habilis*: aptitud para seguir viviendo) (Código civil francés). Aún es posible adoptar una solución ecléctica, por la cual, aun estimando que es el nacimiento el que determina el principio de la personalidad, se retrotraen sus efectos jurídicos al tiempo de la concepción, o bien se reputa, por ficción, que el concebido ha nacido. Este último sistema fue el acogido por el Derecho Romano, que consideró como nacido al meramente concebido, para todo lo que le fuere favorable (*conceptus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agitur*); sistema que ha pasado al Derecho moderno, no obstante no se formula ordinariamente de modo general, sino que se hacen aplicaciones concretas del mismo.

⁵ Lete Del Río , José Manuel: <<Derecho de la personalidad>>, Ed. Tecnos, Madrid, 1986

Es necesario distinguir el concepto de los derechos de la personalidad con otros conceptos, como son: los derechos fundamentales, derechos humanos y las libertades públicas; ya que sería una ironía asumir que son sinónimos o que se refieren de igual forma a los derechos de la personalidad;

La primera noción aparecida en el tiempo fue la de los derechos humanos, que deben mucho su origen a la intolerancia de las guerras de religión y las tensiones entre grupos. Con el desarrollo del estado moderno y relajamiento de los vínculos estamentales, se comienzan a plantear problemas de limitación del poder del estado y la iglesia en cuanto al primero de los derechos que aparece: la libertad religiosa y de conciencia. Durante los siglos XVII y XVIII se fue asociando, cada vez más, a los derechos civiles y políticos en general, que alcanzan su reivindicación con la llegada de la burguesía al poder, la que reclama la supresión de los privilegios de la nobleza y la igualdad ante la ley

En la actualidad, los derechos humanos han ocupado su lugar en el Derecho Internacional, con el ánimo de otorgarles la más eficaz tutela, por lo cual ha sido motivo de regulación en los más importantes documentos como es la Carta de las Naciones Unidas, con la finalidad de crear una conciencia universal de su importancia, de sus límites y de la gravedad que implica su vulneración. Para Pérez Luño constituyen, “el conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad; la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.⁶

Los derechos fundamentales quedan enmarcados en el Derecho Constitucional, como positivación constitucional de los derechos humanos, dotándolos de este modo de un elenco de garantías que posibilitan al individuo el ejercicio real y efectivo de los mismos. La noción de los derechos fundamentales atañe a las relaciones particular – estado, no trasladables al plano horizontal de las relaciones particular – particular.

⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique: << Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución >>, 5ta ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1995 p.48

Estas normas regulan por tanto las relaciones entre el individuo y el estado. Es decir los derechos fundamentales, representan a los derechos humanos positivizados a nivel interno, y los derechos humanos se emplean como término, a nivel internacional.

Las libertades públicas por su parte constituyen facultades y esferas de acción autónomas de los individuos o de grupos de individuos, positivamente protegidos contra la intervención del estado, que coinciden con un reducido sector de los derechos humanos y presuponen que el estado reconozca a los individuos, el derecho de ejercer ciertas actividades; son obligaciones negativas, a cargo del estado que implican el deber de abstenerse de interferir, debiendo tolerar una libre actividad de los particulares; o sea, son libertades porque permiten actuar sin coacción y son públicas porque corresponden a los órganos del estado.

Los derechos de la personalidad surgen una vez que el hombre haya garantizado sus derechos elementales frente al estado. Estos derechos por su parte tiene un ámbito más reducido que los llamados derechos humanos, derechos fundamentales y libertades públicas, pues se refieren a los derechos más internos del propio hombre como persona y que resulta menester que le sean reconocidos aún cuando no hayan sido objeto de trato por las constituciones; dichos derechos fundamentales, humanos o libertades públicas, como suele llamárseles no tiene cabida dentro de los derechos de la personalidad, aunque pueden coincidir en algunas hipótesis.

La esencia y contenido de los derechos de la personalidad consiste en la facultad de disponer en todas las formas de la propia persona física e impedir cualquier atentado y obtener la reparación del daño que atente contra estos derechos.

La noción de estos derechos debe reducirse a aquellos bienes, que son inherentes e inseparables de la condición humana y que permiten al hombre el pleno goce de sí mismo, estos se desenvuelven en el campo de las relaciones sociales.

Por otro lado, cabe definir qué se entiende por bienes y derechos de la personalidad; ya que estos se ven involucrados en los que se denomina patrimonio moral.

Por lo general se vincula la noción del patrimonio con su naturaleza pecuniaria, pero lo cierto es que con el constante cambio de la vida social o jurídica no puede excluirse el término de patrimonio moral; se plantea que la obligación que compone el patrimonio, comprende algo más que un sentido pecuniario, que existen obligaciones que tienen un contenido de tipo moral y afectivo. La esencia está en distinguir ante el creciente fenómeno de patrimonialización de estos derechos, entre los propios derechos de la personalidad y las facultades que lo conforman. Pudiéndose afirmar que por una parte son inalienables debido a su carácter de esenciales, pues lo contrario supondría la degradación moral de la persona, pero que admiten la sesión de algunas de las facultades que lo componen.

Por cuanto los bienes que integran la personalidad son los bienes esenciales y los bienes sociales e individuales, integrando estos últimos a lo que antes hemos denominado patrimonio moral.

- Bienes esenciales

Los bienes esenciales lo constituyen: Vida, Integridad Corporal y Libertad, tales libertades serían las siguientes: Libertad de locomoción, de residencia y de domicilio; Libertad matrimonial, contractual y comercial, libertad de trabajo.

- Bienes sociales e individuales

Son bienes sociales e individuales el honor y fama, intimidad personal (secreto profesional, secreto de la correspondencia y la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas), la imagen y el derecho moral de autor. Finalmente el nombre en su doble aspecto civil y comercial y junto a él el seudónimo de los títulos mobiliarios.

1.2 La intimidad: su ámbito conceptual de aplicación.

Es obligación del Estado respetar la dignidad humana. El Estado se encuentra jurídicamente obligado a respetar la dignidad de la persona y a protegerla en el marco de sus posibilidades. Respeto y protección son, pues, directrices vinculantes para la actividad estatal, que no puede convertir al individuo en mero objeto de la acción del Estado.

La dignidad humana como valor fundamental, atributo del propio sujeto titular del derecho a la personalidad, encuentra en la Intimidad la expresión de su derecho sobre el conjunto de actividades donde se desarrolla y fomenta como ser humano.

El concepto de intimidad a lo largo de la historia ha evolucionado como reflejo del propio desarrollo social y como uno de los derechos en los que el Hombre enmarca su libertad política y personal, así, va desde un concepto puramente patrimonial, hasta una conceptualización del “honor”, aunque es en el Derecho Anglosajón donde encuentra su verdadera dimensión legal, donde por primera vez se identifica a la intimidad con el Hombre mismo, con su paz interior y su tranquilidad psíquica, con el derecho a estar solo.

Es precisamente en el sistema correspondiente a este derecho donde la privacidad asume el significado de garantía dirigida a preservar una esfera de libertad en la cual la persona conserva sus posibilidades de autorrealización mediante la facultad de exclusión. Su ámbito de aplicación lo podemos considerar en tres esferas diferentes⁷:

1. La esfera íntima. Esta comprende principalmente los hechos o circunstancias que pertenecen a la esfera de libertad de la autodeterminación de la personalidad. Se denomina “Libertad genérica de la persona “. Como ejemplo de estos hechos o circunstancias que pertenecen a esta esfera. Se tienen entre otros:

- Los secretos documentales y domésticos.

⁷ . González/ Salas Campos, Raúl. El Bien Jurídico: La Intimidad. EL FORO. Órgano de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados. Octava Época. Tomo IV. 1991. Op. Cit., p 67-74.

- La inviolabilidad del domicilio.
- El derecho a la libertad sexual.
- El derecho a la planificación familiar.

2. La esfera política: Esta esfera se inserta en la salvaguardia de las garantías y Libertades institucionales, como son:

- El derecho de asociación
- La libertad religiosa o de conciencia.
- El derecho a la sindicación.

3. La esfera de la Libertad personal. Comprende esta esfera como las dos anteriores, la protección de la libertad genérica de la persona, pero en su forma más directa, es decir, en relación al mismo cuerpo de la persona. Se desprende de ella como objeto de tutela o de protección de la intimidad, lo relativo a las informaciones sobre:

- Las operaciones o pruebas médicas.
- La sustracción de sangre.
- El derecho a la confidencialidad.
- La presunción de inocencia.
- El derecho al silencio.

La Confederación de Juristas Nórdicos, celebrada en Estocolmo en mayo de 1967 definió el Derecho a la Intimidad como el "derecho de cada cual a vivir de forma independiente su propia vida, con un mínimo de injerencia ajena", enumera de esta manera lo que considera por injerencia ajena; señalándolas como las injerencias en la vida privada, familiar o del hogar; o las que atacan su integridad moral o física o su libertad moral o intelectual; ataques a su honra o reputación, revelación de hechos penosos relativos a la vida privada; violaciones de correspondencia..."⁸.

⁸. Gómez Pavón, Pilar. "La intimidad como objeto de protección penal", Ed. Akal, Madrid, 1989. Op. Cit., p.60.

El derecho a la intimidad considerado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad, derivado de la dignidad de la persona humana, entraña la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana. Ha sido garantizado en Convenios Internacionales, como la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948, en su art. 12, el Convenio de Roma de 1950 en su art. 8 y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 en su art. 17.

En la actualidad cabe señalar que si los textos internacionales fueron pioneros en la protección jurídica de la intimidad, anticipándose a su tiempo, la aparición de nuevos métodos de investigación, los avances de la informática y de los medios de comunicación han convertido la ciencia de ficción en realidad, creando, a su vez, riesgos de intromisión en la esfera privada que hasta entonces eran meras hipótesis, propiciando que el cuerpo humano se haya convertido en una fuente casi inagotable de prueba.

1.3 El respeto a la intimidad personal y de otros derechos fundamentales: estimaciones para un deber ser en la búsqueda de la verdad.

El Hombre no puede considerarse solamente como un ser vivo aislado, único e irrepetible, portador de este derecho a considerarse solo, separado del resto de los otros individuos de su especie, sino que el Hombre es un ser eminentemente social, inmerso en su conjunto de relaciones interpersonales, que le aportan derechos pero que le comportan obligaciones.

Para que esta vida social sea del todo civilizada se necesita del aparato coactivo que es el Estado, y de la obligación de todos los ciudadanos de respetar a este Estado en sí mismo, así como al conjunto de normas jurídicas que rigen tanto el ámbito territorial, como el ámbito de los demás estados.

Es aquí, en este cumplimiento y observancia de las normas jurídicas, donde encontramos la necesidad del Derecho Penal.

Es cierto que el individuo debe asumir ciertos límites a su libertad de acción para cultivar y fomentar la vida en común, pero dentro los márgenes de lo exigible y preservando la autonomía de la persona. Posiblemente, es en la esfera del Derecho Penal donde la confrontación entre el poder soberano del Estado y el respeto a la autonomía individual se manifiesta con mayor intensidad. Por esta razón, la garantía del respeto a la dignidad de la persona debe encontrarse presente en todos los momentos en que se desenvuelve el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, desde que se concreta la sospecha del hecho hasta que se ejecuta la condena, impidiendo que se degrade al delincuente a la condición de mero instrumento de la política criminal.

Suele decirse que el fin del proceso penal consiste en investigar la verdad respecto al hecho punible y en castigar a su autor. La concreción del hecho en la sentencia penal constituye el antecedente del veredicto de culpabilidad y el fundamento de la imposición de la pena. Pero la verificación de los hechos no puede obtenerse sin límites jurídicos. Con razón se afirma que en el proceso penal no existe principio alguno que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio.

Los derechos fundamentales, fruto de una historia de lucha para su consecución y plasmación en un texto positivo, representan, ante todo, las reglas básicas de procedimiento a las que debe ajustarse la toma de decisiones en un sistema democrático, de tal manera que el interés de la justicia en el hallazgo de la verdad no es un valor absoluto que autorice a conseguirla de cualquier manera, sino exclusivamente a través del procedimiento legítimo.

Si la legalidad constituye el principio rector en la obtención de la prueba de las infracciones penales, es lógico que la averiguación de la verdad en el proceso penal se sujete a ciertos límites derivados, por una parte, de la necesidad de respetar los derechos de la defensa - quien se siente afectado en sus derechos por una decisión, tiene derecho a influir en sus resultados mediante su participación activa en el proceso- y, por otra, de la necesidad de que los elementos de prueba sean compatibles con los principios enunciados en la

Constitución. Pues bien, muestra de la preocupación por el respeto a la dignidad de la persona es la protección de su esfera de intimidad, cuyo fundamento se encuentra, precisamente, en el valor de la dignidad humana.

La intimidad, la inviolabilidad domiciliaria o el secreto de las comunicaciones, la integridad física, así como otros derechos amparados constitucionalmente, pueden ser objeto de injerencias en el contexto de la persecución penal, pero su legitimidad precisa que se cumplan dos requisitos que afectan al núcleo esencial de la protección constitucional: la necesidad y la proporcionalidad de la injerencia. La intromisión en la intimidad no puede hacerse como un recurso ordinario para obtener fuentes de prueba, sino como algo excepcional, condicionado a que sea el único medio posible de investigación y a que sea proporcionado no sólo con la finalidad perseguida, sino también con la intensidad de la injerencia.

De todas las formas de intromisión en la esfera privada de la persona, la investigación corporal es una de las que más polémica ha suscitado, posiblemente, por cuanto supone la ruptura con los planteamientos liberales del proceso penal, contrarios a la idea de convertir al imputado en objeto de prueba.

Si existe un ámbito estrictamente personal éste es, precisamente, el de nuestro propio cuerpo.

La intimidad corporal, como ya señalamos, constituye una de las manifestaciones que integran el contenido del derecho a la intimidad y en su virtud se reconoce a la persona la facultad de controlar el acceso a su cuerpo, restringiendo el conocimiento de datos o hechos relevantes para su vida privada, lo que implica, en este supuesto concreto, la protección frente a las indagaciones o pesquisas corporales realizadas contra la voluntad de la persona. Sin embargo, la aparición de nuevos métodos de investigación científica ha propiciado que el cuerpo humano se haya convertido en una fuente casi inagotable de prueba. En el interior del cuerpo, en sus cavidades naturales, pueden ocultarse los objetos incriminatorios, es posible recurrir a fármacos para vencer la resistencia del sujeto en el momento de interrogarle, y en muchas ocasiones es necesario someterlo a pruebas clínicas para establecer con seguridad la certeza de la imputación.

La regla general en esta materia es, pues, el respeto a la intimidad corporal frente a las investigaciones que sobre el cuerpo de la persona quieran realizarse sin su consentimiento. Sin embargo, este principio ha sido objeto de dos importantes modulaciones en la doctrina. La primera, en lo concerniente al ámbito de intimidad constitucionalmente garantizado; la segunda, en cuanto a la posibilidad de afectar este ámbito de intimidad en determinadas condiciones.

1.4 Relación entre el derecho a la intimidad y las intervenciones corporales.

El derecho a la intimidad consiste en una especie de barrera o cerca que defiende la autonomía del individuo frente a los demás y, sobre todo, frente a las posibles injerencias indebidas de los poderes públicos, sus órganos y sus agentes. Benjamín Constant afirmaba que: *"...hay una parte de la existencia humana que, necesariamente, tiene que mantenerse individual e independiente y que queda, por derecho, fuera de toda competencia social"*.

La intimidad es una necesidad humana y un derecho natural del hombre por lo que es independiente. El término íntimo viene de *intimus*, superlativo latino que significa "lo más interior". La intimidad corresponde al ámbito psicológico e inconmensurable del individuo, comprende su personalidad, sus valores morales y religiosos, sus tendencias sexuales y amorosas, sus orientaciones ideológicas. Lo íntimo está más fuera del alcance del interés público que lo privado.

Existen algunas definiciones de intimidad. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la *"zona espiritual y reservada de una persona o un grupo, especialmente una familia"*.

Miguel A. Ekmekdjian, en "Tratado Elemental de Derecho Constitucional" lo definió como: *"la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito: privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversos signos"*

Con otros fundamentos, en su trabajo "Derecho a la Intimidad y Objeción de Conciencia" Humberto Quiroga Lavié reflexiona en el concepto de intimidad y lo define como: *"el respeto a la personalidad humana, del aislamiento del hombre, de*

lo íntimo de cada uno, de la vida privada, de la persona física, innata, inherente y necesaria para desarrollar su vida sin entorpecimientos, perturbaciones y publicidades indeseadas". Y continúa: "Es un derecho personalísimo que permite sustraer a las personas de la publicidad o de otras turbaciones a su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos".

Ahora bien, viendo la otra parte de la relación que pretendemos establecer, puede decirse que las intervenciones corporales consisten en aquellas medidas de inspección, registro o de tratamientos diversos sobre la interioridad del cuerpo humano vivo, incluyendo la exterioridad al desnudo de sus partes pudendas, que se practican sobre la parte, el imputado o un tercero —testigo o víctima—, limitadas por la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, aunque puedan restringir, bajo condicionamientos constitucionales, derechos fundamentales como a no ser molestado en su persona o la autonomía personal, con el fin exclusivo de constatar o revelar hechos que sirvan de fuente o medio de prueba en un proceso judicial.

Las intervenciones corporales, al recaer sobre el interior del cuerpo humano en sus cavidades naturales o debajo de la piel o en la psiquis, se diferencian de las requisas o cacheos. Estos últimos recaen exclusivamente sobre la exterioridad del cuerpo humano, bien sobre las ropas o enseres que lleve consigo, e incluso sobre el cuerpo desnudo, a no ser que se trate de partes del cuerpo que culturalmente tengan el carácter de pudendas —órganos sexuales, ano, senos—, las cuales por su grave interferencia con la intimidad de la persona deben considerarse como intervenciones corporales en sentido estricto.

De otra parte, las intervenciones corporales tienen la potencialidad de afectar la salud física o mental de las personas, por lo que siempre se va a requerir la ayuda de un experto en salud, según la naturaleza de la medida; incluso, el registro al desnudo de las partes pudendas del cuerpo debe ser hecho por un facultativo de la salud. Por su lado, si bien los cacheos o requisas afectan los derechos al honor, al buen nombre de las personas, a no ser molestado y a la presunción de

inocencia, no tienen potencialidad alguna de afectar la salud física o mental de las personas.

Las intervenciones corporales son de carácter jurídico-probatorio, tienen la naturaleza jurídica de prueba pericial. Este carácter lo pone de presente en la doctrina la procesalista española Iglesias Canle: “La pericia debe estar presente a lo largo de todo el proceso de obtención de estas medidas. Desde un primer momento resulta esencial, para garantizar los derechos de las personas afectadas, la presencia de un perito o experto en la materia que, con la adecuada preparación sepa orientar al juez a la hora de decretar la intervención corporal más adecuada y, lo más importante, sepa realizarla sin causar más daño que el estrictamente necesario y con todas las garantías para que los resultados que se obtengan sean fiables”.

Este elemento sirve para diferenciar las intervenciones corporales de otras actuaciones sobre el cuerpo humano, como las requisas o cacheos que tienen carácter de medidas policivas de prevención de la criminalidad, como también las medidas sanitarias que por obligación deben practicarse en un determinado contexto poblacional, las cuales son de carácter administrativo-preventivo. Para la Corte Constitucional, los registros o inspecciones sobre el cuerpo humano son diligencias de investigación posdelictuales, dirigidas a hacer una búsqueda sobre el cuerpo del imputado, de la víctima o de terceros, que tengan alguna relevancia para la investigación, con el fin de constatar o esclarecer los hechos, lograr la identificación del autor y determinar las circunstancias bajo las cuales estos se produjeron.

Dada esta interferencia directa sobre el cuerpo y la psiquis de la persona, aún en cumplir las exigencias de juez natural, motivación y proporcionalidad. Uno de los aspectos esenciales de las intervenciones corporales es que su práctica puede realizarse incluso afectando la autonomía personal, ya que estas medidas como todas las demás de carácter imperativo lo que hacen, en primera instancia, es afectar este derecho. Por lo tanto, el consentimiento para que sea válido en estos casos debe ser debidamente informado por el facultativo de la salud, expreso y

por escrito. Vale decir, de manera alguna es válido el denominado consentimiento tácito o pasivo, no basta la simple ausencia de resistencia verbal o física para que sea válida la voluntad para el acto. Esta exigencia es apenas obvia ya que se trata de medidas que potencialmente pueden afectar la salud de las personas.

No obstante, aún en el evento en que la persona afectada con la medida preste su voluntad, se requiere la autorización previa del juez en razón de la potencialidad de este tipo medidas de afectar a tal grado la salud física o psíquica de la persona que puedan llegar a constituirse, en un caso concreto, en cruel, inhumano y degradante.

A pesar de lo dicho, en el ámbito extraprocesal existen situaciones especiales en las cuales, por disposición del reglamento de trabajo, se establece el deber para los trabajadores de permitir la extracción de sangre con el fin de establecer si se presenta el consumo de drogas o de alcohol cuando se trata de empresas dedicadas a la operación de vehículos o máquinas de alto riesgo en su operación.

Independientemente de todo lo hasta aquí expuesto tenemos que plantear que existen algunos factores que limitan el derecho a la intimidad. Entre ellos podemos citar los siguientes:

- a. Protección de la seguridad nacional;
- b. Protección del orden público, salud y moralidad públicas;
- c. Protección de los derechos y libertades de los demás individuos

Los gobiernos preocupados por la protección del derecho del individuo a la vida privada se enfrentan con dificultades para mantener el equilibrio racional entre el derecho que lo dejen a uno tranquilo, y el deber del gobierno de proteger a los ciudadanos de toda clase de secuestros, ladrones, chantajista, asesinos, pirómanos, terroristas. El derecho a la vida privada, si se le interpreta en términos absolutos, podría hacer imposible el procesamiento criminal o proteger "la vida privada" de las conspiraciones criminales. La vida privada es todavía más vulnerable a la invasión estatal y privada debido a los fantásticos avances logrados en las técnicas de espionaje, como, por ejemplo, conexiones telefónicas

secretas, micrófonos miniaturizados, lentes telescópicas, cámaras de infrarrojos, aparatos que notan las vibraciones de los cristales de las ventanas para oír conversaciones privadas, circuitos cerrados de televisión y computadoras.

Algunas Constituciones contienen expresamente el derecho a la vida privada, mientras que otras lo contienen de una manera implícita mediante leyes que prohíben lo que constituiría una invasión ilegal de la vida privada. Sin embargo, todas ellas muestran su preocupación por la vida privada al incluir expresiones como "excepto", "salvo en caso de", "con la debida autorización" y otras. La utilización de medios electrónicos de escucha es legal si va acompañada de una autorización judicial.

Hugo Black, juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (1967) afirma: *"En este país se están cometiendo crímenes de atrocidad incalificable y nosotros no podemos permitirnos el prescindir de cualquiera de los métodos como para detectarlos y corregirlos, a no ser que lo prohíba la Constitución o lo desaconseje la actuación legislativa; y una de esas dos cosas creo que ocurra en el caso de las claves secretas"*

En el 2001 en Estados Unidos se Norteamérica se crea el Patriot Act, la cual ha limitado seriamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, con el objeto de fomentar las medidas antiterroristas. Esta acta, a pesar de que vulnera diversas y numerosas disposiciones sobre privacidad, le da al FBI y a la CIA más derechos para escuchar conversaciones telefónicas, observar correo electrónico, investigar archivos médicos, financieros y estudiantiles, y entrar en hogares y oficinas sin notificar a los dueños.

En resumen, podemos decir que, la persona tiene en razón de su ser y de su esencia cosas suyas que reflejan la intimidad, singularidad e irrepitibilidad de su ser personal. Estos derechos naturales, son cosas suyas adquiridas en razón de su naturaleza humana y deben ser respetadas por todos los demás. Cualquier lesión de su derecho es una lesión u ofensa a su propia realidad personal.

El Estado debe garantizar el derecho a la vida privada, *"el derecho a que lo dejen a uno tranquilo"*. El derecho del individuo a impedir la intromisión no autorizada de

los funcionarios públicos o de otros individuos en su propia casa, en su correspondencia o en sus pensamientos, su derecho a proteger el hogar, sus comunicaciones, incluso su tiempo libre, es un elemento esencial de la libertad personal. Sin embargo, el Estado violará el derecho a la intimidad en casos específicos en los cuales los individuos involucrados atenten contra la seguridad del mismo y el bien común.

CAPÍTULO II: Las intervenciones corporales en la investigación penal. Los cacheos y los reconocimientos médicos como dos de sus modalidades.

El tema de las Intervenciones Corporales como diligencias susceptibles de ser acordadas en un proceso penal se hace una tarea harto difícil, pues, de un lado, se encuentran en juego, una serie de derechos fundamentales del enjuiciado y por otra parte, importantes intereses de la sociedad aconsejan dotar a los órganos del Estado de los medios necesarios para lograr su fin último: el descubrimiento del delito cometido. En el ámbito probatorio, suele decirse que, las llamadas Intervenciones Corporales agudizan la contradicción que a tales efectos se puede presentar.

No cabe duda, como afirma Nicolás González Cuellar⁹ en su estudio sobre la proporcionalidad y los derechos fundamentales dentro del proceso penal, que cualquier intervención corporal supone una grave intromisión de los poderes públicos en la esfera más íntima del individuo, de modo que su constitucionalidad, necesariamente, debe ser examinada a la luz de los derechos fundamentales que proclama nuestro ordenamiento jurídico.

Así, siguiendo a González Cuellar, podemos definir las Intervenciones Corporales como todas aquellas medidas de investigación, que dentro del proceso, tienen por objeto el cuerpo de una persona, y cuya finalidad puede ser tanto la búsqueda del cuerpo del delito, como concretar aspectos relativos a la salud física o psíquica de dicha persona.¹⁰

Pueden integrarse en ellas diligencias tan heterogéneas como el análisis de sangre, los cacheos policiales, el registro que se practica en almacenes, la expiración de aire en el test de alcoholemia, los reconocimientos médicos, los registros anales, o vaginales, los exámenes radiológicos o eco gráficos, la toma de huellas dactilares, etc.

⁹ González-Cuellar, A. : "Investigación del Ministerio Fiscal y limitación de derechos fundamentales", en "La prueba en el proceso penal", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993

¹⁰ González-Cuellar, A. -"Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", Ed. Colex, Madrid, 1990. op. cit., p. 290, admitida generalmente en la doctrina y recogida también por otros autores, como Moner Muñoz, E. en "Las intervenciones corporales", Cuadernos de Derecho Judicial. "La restricción de los derechos fundamentales de la persona". CGPJ, Madrid, 1994, p. 166.

El conjunto de actuaciones que entran dentro del ámbito de aquéllas es tan grande que, a veces, el único elemento común consiste en que se practican sobre el cuerpo de una persona que está viva, con lo que la diligencia de autopsia quedaría excluida.

Ante semejante amplitud, resulta necesario acotar, los aspectos que se van a estudiar. El criterio que empleamos es sólo considerar aquellas intervenciones corporales que mantengan la tensión entre la búsqueda de la verdad y los derechos fundamentales de la persona.

Cualquier actuación sobre el cuerpo humano distinta de aquella que pretende buscar el cuerpo del delito en el mismo, supone la entrada de otros intereses y derechos en juego, como puede ser la intención de salvaguardar el derecho a la vida de una persona. De esta manera:

- No se incluyen las actuaciones tendentes a delimitar la salud física o psíquica de una persona, limitándonos a aquellas intervenciones corporales orientadas a la búsqueda del cuerpo del delito. Todas son actos de investigación, pero sólo las segundas tienden a encontrar objetos escondidos, incluyendo el grado de alcohol en sangre o estupefacientes, que, en definitiva, integran el tipo del delito, se utilizan para su comisión o son el resultado del mismo. Por el contrario, la apreciación de las circunstancias psíquicas o físicas de la persona, aunque puedan ser causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal, se refieren a las circunstancias que integran la conducta causante del ilícito penal. Atienden al "cómo" de esa acción u omisión, o bien al resultado, cuando se trata del ofendido del delito que está vivo.
- Sólo se consideran las intervenciones corporales en el imputado. Con tal criterio se ciñe el acto de investigación al sujeto activo de la conducta presuntamente delictiva: la determinación de las condiciones físicas o psíquicas de la víctima o de un tercero, testigo o perito, son actos de

investigación e intervenciones corporales cuando tienen ese objeto, pero no entran dentro de la definición que consignamos¹¹.

- Las intervenciones corporales que se estudian son actos de investigación, por lo que tampoco se abordan cualesquiera otras actuaciones sobre el cuerpo de una persona con un fin diferente, cual puede ser preservar la vida de la misma: suministro forzoso de alimentos, transfusiones de sangre.
- No se consideran aquellas actuaciones sobre el imputado que se relacionan con su derecho a no declarar, a no confesarse culpable, intervenciones que hacen referencia a las condiciones de la declaración o confesión del imputado. Este es el caso del suero de la verdad, pentotal, el polígrafo, lo que se conoce como narcoanálisis o pruebas psicométricas que entendemos deben ser abordadas en el estudio de las declaraciones de los imputados¹².
- En cualquier caso no plantean ninguna problemática, ya que su uso está prohibido por menoscabar la libertad del individuo, o porque su fiabilidad es muy relativa. En el caso del suero de la verdad o drogas equivalentes se debilita o anula la decisión del acusado de no declarar ciertos aspectos, y el detector de mentiras se relaciona directamente con los supuestos en los que el acusado es obligado a declarar a pesar de su derecho.
- Tampoco se incluyen en el estudio las intervenciones corporales más nimias, como pueden ser la obtención de huellas dactilares, la toma de la voz, muestras de la escritura.

2.1 Los cacheos: Naturaleza jurídica y valor probatorio

El **cacheo** como tal es una intervención corporal llevada a cabo para descubrir el cuerpo del delito, la cosa objeto del mismo, los instrumentos utilizados para su comisión y piezas de convicción, mediante un registro externo del cuerpo y la indumentaria del sujeto.

¹¹ Mórner Muñoz, E.: "Las intervenciones...", op. cit., p. 167, indica que desde el punto de vista subjetivo "Las medidas de intervención corporal son aplicables sobre el imputado y terceros.

¹² Gil Hernández, A.: "Intervenciones...", op. cit., p. 83 a 88.

El cacheo, a diferencia de otras intervenciones corporales que se engloban bajo la rúbrica de reconocimientos médicos, supone una actuación externa sobre el cuerpo humano. De tal manera que cualquier inspección de éste que vaya más allá de lo indicado, como exámenes radiológicos, e inspecciones vaginales, se excluye de la actuación que estamos definiendo.

No obstante el cuerpo humano no es exclusivamente el elemento sobre el que recae el cacheo. También es objeto del mismo la indumentaria que porta el sujeto pasivo de este acto de investigación y todo aquello que acarrea el individuo: equipaje, y paquetes. Debe tratarse de objetos sobre los que se demuestre una inmediata disponibilidad física por parte del individuo, sin que tengan suficiente entidad propia para constituir el objeto de un acto de investigación distinto. Así, por ejemplo, es evidente que el registro de un vehículo o una celda nunca pueden considerarse dentro de la diligencia del cacheo.

Tal extensión del concepto de cacheo, contradice el criterio restrictivo empleado al abordar las intervenciones corporales. También contraviene el primer requisito que se señaló para definir a éstas: que se trate de actuaciones que recaigan sobre el cuerpo humano. Ahora cabe la pregunta ¿cómo puede existir el derecho a la intimidad en los efectos que uno transporta consigo? Optamos así por englobar dentro de los cacheos los efectos personales que se portan, ya que es la única forma de extender a ellos la protección de los derechos fundamentales, como una parcela más del individuo que es registrado .

Aunque el cacheo, casi siempre se entiende como un acto de investigación que presupone la existencia de un delito, también puede ser el resultado de una actuación preventiva, previa a la comisión de un hecho delictivo, o bien puede tratarse en sí mismo de una acción de esa naturaleza, pues quien detiene quiere asegurarse que el sujeto pasivo no porta elemento alguno que entrañe peligro para su integridad física.

Ahora bien, ¿cómo están regulados los cacheos en el orden internacional?

Sobre las fuerzas que llevan a cabo las diligencias de Cacheo y Registros debemos señalar que a nivel internacional se han perfilado las reglas que

delimitan el marco de éstas actuaciones ciudadano-agente de la autoridad. En concreto existe la Resolución 690, adoptada el día 8 de mayo de 1979 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la "Declaración sobre la Policía" y el "Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley", aprobada por la Asamblea General de la ONU el día 17 de diciembre de 1979. Dichas resoluciones han sido motivadas, como expresamente ha puesto de manifiesto la propia Asamblea General de la ONU "por el peligro de abuso que entraña el ejercicio de las funciones policiales, así como por la repercusión que puede tener en la vida del individuo un ejercicio incorrecto de las funciones policiales en general, ya sean preventivas o coercitivas".

De ambas normas internacionales los principios, resumidamente, que se desprenden son:

1. Respeto y defensa de los Derechos Humanos, recogido en el art. 2 del Código de la ONU y art. 3 de la Declaración Europea, para lo cual los funcionarios policiales deben recibir una enseñanza apropiada en materia de los problemas sociales, libertades públicas y derechos del hombre.

2. Expresa prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes, de tal modo que el art. 5 del Código de la ONU dispone que "ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

3. Restricción del uso de la fuerza, "sólo cuando sea estrictamente necesario, y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas" (art. 3 del Código ONU).

En resumen, como ha señalado Barbero¹³, "la grandeza de la actividad policial es la de mostrar que ha muerto el pragmatismo, el caduco principio de que el fin justifica los medios" , por lo que la forma más pura de protección de los derechos humanos la ejerce el legislador al determinar normativamente de forma precisa el ámbito del actuar policial.

¹³ Barbero Santos, M.: "El respeto de los derechos humanos: grandeza y servidumbre de la actividad policial. (La situación en España)", Estudios Penales y Criminológicos, IX, Universidad de Santiago de Compostela, año 1986, p. 24.

Naturaleza jurídica y valor probatorio de los Cacheos:

El cacheo, como ya se ha dicho, es un acto de investigación que lleva a cabo la policía y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. La forma en que alcanza valor probatorio consiste en la deposición en el acto de la vista de quien lo llevó a cabo, no constituyendo una prueba documental.

Tratándose de diligencias objetivas y de resultado incontestable, como la ocupación y recuperación de los efectos e instrumentos del delito, armas, drogas o sustancias estupefacientes, el valor que debe atribuírseles es el de verdaderas pruebas, sometidas a la libre valoración de las mismas que corresponde e incumbe a los tribunales de Instancia.

Cabe preguntarnos ¿qué derechos fundamentales se verían afectados por esta medida?

Los derechos fundamentales que podrían entenderse afectados por estas medidas son:

1. Integridad física.

No puede decirse que las actuaciones descritas con anterioridad supongan un menoscabo de este derecho reconocido en el Art. 58 de la Constitución Cubana.

La posibilidad de poner en riesgo la integridad física del sujeto sometido al cacheo es inexistente. Son actuaciones que revisten una injerencia mínima sobre el cuerpo humano.

Desde otra perspectiva, para el sujeto que lleva a cabo la detención, el cacheo es una actuación insustituible a la hora de velar por su integridad física, detectando la presencia de armas u objetos que puedan emplearse en su contra.

Sin embargo, el derecho fundamental mencionado, contemplado con una distinta panorámica sí conlleva importantes consecuencias para la actuación que se examina: la prohibición de "tratos inhumanos o degradantes". En definitiva, si bien la integridad física en sí misma no impide la realización del acto de investigación sí exige cómo ha desarrollarse el mismo, así como la intensidad del cacheo, atendiendo a las distintas circunstancias que concurren en cada caso. No es lo

mismo un cacheo de naturaleza preventiva y superficial para evitar la presencia de armas, que otro que tienda a descubrir el posible cuerpo del delito que se supone escondido.

2. Derecho a la libertad.

Aparece recogido en el Art. 58 de la Constitución Cubana. El principal problema que aquí se plantea es el relativo a si con la práctica de los cacheos y registros corporales se atenta contra la libertad de la persona como un derecho que le asiste y que está refrendado para todo ciudadano constitucionalmente.

Este es un tema controvertido pues la primera interrogante a responder, consiste en determinar si todo cacheo va precedido o no de una detención, por lo que cabe decir que salvo el supuesto de los cacheos a reclusos, todas las restantes hipótesis suponen una restricción de la Libertad deambulatoria que no implican una detención. No obstante en el caso del arresto, cabe el cacheo y registro de efectos personales, de forma incidental y contemporánea al arresto, siempre bajo la exigencia de "probable cause".

« La detención realmente no puede ser fruto de la arbitrariedad ni tampoco necesariamente correlato de la certeza. Tiene que contar con un mínimo de sustrato indiciario»¹⁴.

En efecto, los funcionarios policiales, una vez que perciben los signos externos que dan pie a la sospecha policial, deben realizar una serie de gestiones y comprobaciones previas a la detención con el fin de corroborar la sospecha inicial y consolidar la racionalidad de los primeros indicios. De ahí que la actuación policial, en el inicio mismo de sus diligencias, debe estar presidida por la máxima cautela, armonizando los deberes gravitantes de los agentes tendentes a la prevención e investigación de los delitos con el respeto a la libertad de las personas, sólo sujetas a aquellas inmobilizaciones indispensables para la adecuada identificación y sucinto control que desvanezcan cualquier duda sobre su posible implicación en un hecho delictivo, o por el contrario, ponga a aquellos

¹⁴ Tribunal Supremo de España, Sentencia de febrero de 1995, núm. 88/1995.

sujetos en trance de una averiguación y pesquisas más serias exigentes de la auténtica medida de detención y, en su caso, puesta a disposición de la autoridad judicial.

La detención propiamente dicha cierra el cerco de la libertad del individuo. Ahora aunque la jurisprudencia foránea más actual venga dejando fuera de toda equiparación con la privación de libertad a que se refiere la Constitución, supuestos tales como retenciones por causa de identificación, cacheos ocasionales, controles preventivos, desplazamiento a dependencias policiales para ciertas diligencias, estimamos que esas comprobaciones limitan, evidentemente, la libertad deambulatoria del denunciado.

Sin embargo, son limitaciones o restricciones que aunque comporten inevitablemente molestias y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, y con objetivos muy concretos enmarcados dentro de la propia investigación policial, lo cierto es que se han ido admitiendo en el quehacer diario pues los miembros de las Fuerzas de Seguridad tienen no el derecho sino la obligación de defender la seguridad y el orden, persiguiendo el delito en todas sus manifestaciones. En tal medida, es misión suya acudir allí donde se detecte la existencia de aquél, procediendo siempre, por supuesto que bajo su propia responsabilidad en el caso de extralimitaciones inadmisibles, con racional cautela y también con racional espíritu investigador, lo que conlleva la necesidad de actuar por simples sospechas siempre que éstas no sean ilógicas, irracionales o arbitrarias pues de lo contrario no habrá razón que justifique la paralización de la actividad cotidiana de un ciudadano. La libertad de deambulación, que constituye un derecho de las personas, no puede ser considerada como una prenda entregada a la entera disponibilidad de una actuación policial, son precisos ciertos límites, por lo que cualquier investigación que se lleve a efecto tiene que ser encauzada por las líneas que imponen los principios constitucionales.

En consecuencia, la conducta de la policía al cachear a un sospechoso, en lugar también sospechoso, y encontrar algún objeto relacionado con el delito, supone

una actuación lícita y legítima como lo es la prueba de esta forma obtenida y no afecta la libertad, lo que si sucede con la detención, la que se justifica por racionales motivos al creerse en la existencia de un hecho con perfiles delictivos y la participación de la persona detenida en el. De manera general el cacheo y ciertas diligencias policiales, independientemente de las molestias que suponen implican para el afectado un sometimiento legítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de Policía

Resulta de vital importancia en cuanto a este tema el hecho de que la proporcionalidad se constituye en el eje definidor de lo permisible, habiendo de estar la investigación policial a los hechos concretos acaecidos; es necesario guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio, deterioro o menoscabo que en estos casos ha de sufrir la dignidad de la persona"¹⁵.

3. Derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad personal aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad, entraña 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 vida humana. De la intimidad personal forma parte la intimidad corporal, la cual no es una entidad física sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal

En cualquier supuesto en el que se conmine u obligue a alguien a someterse a un cacheo se entra en la esfera de la intimidad. Depende de la intensidad del cacheo el que se resienta más o menos el derecho fundamental. La situación de desnudez total o parcial implica una intromisión en la intimidad corporal y en el recato, aún más acusada al efectuarse ante personal no adecuado, en lugares públicos y bajo la obligación de tener que adoptar ciertas posturas o movimientos corporales humillantes.

¹⁵ Tribunal Supremo de España. Sentencia 3334/1993) de fecha 15 de abril.

Realmente no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que suponen lo contrario de lo anteriormente expuesto, en este caso, aquellas que por las personas que se realizan, el lugar donde se practican o las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se llevan a cabo, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona.

No obstante debemos señalar que aun tratándose ya de actuaciones que afecten al ámbito protegido, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es este un derecho de carácter absoluto; debiéndose señalar, respecto a los ciudadanos que gozan una situación de libertad, que tal afectación del ámbito de intimidad habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno .

En tal sentido la jurisprudencia de países como España consideran que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (STC 62/1982, FJ 5.º, y 13/1985, FJ 2.º), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989, FJ 7.º) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (STC 11/1981, FJ 10, 196/1987, FJ 4.º a 6.º, 120/1990, FJ 8.º, y 137/1990, FJ 6.º). Por lo que a la luz de esta jurisprudencia, lo que ha de analizarse es si una medida de esta naturaleza se halla justificada en la protección de exigencias públicas y si, en su caso, cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquel al que se le impone."

De manera general, en lo que atañe al derecho a la intimidad es nuestra opinión que el cacheo no afecta a este derecho siempre que se cumplan con ciertas y determinadas exigencias que se hacen imprescindible a la hora de acordar los mismos, estimando que se trata de una intervención corporal con finalidad de búsqueda y aprehensión de los efectos de un delito.

Por otra parte, para la no restricción de los derechos fundamentales hay que atender a ciertas exigencias, entre ellas: previsión legal, y vigencia del principio de proporcionalidad.

1. Previsión legal.

Al igual que en cualquier acto de investigación en el que exista la restricción de un derecho fundamental, el principio de legalidad exige el cumplimiento de "lex stricta. Este Principio en otras palabras supone que han de existir normas con rango de ley que den cobertura con anterioridad a llevar a efecto dicho acto.

Así mismo por tratarse de derechos fundamentales debiera existir un precepto constitucional que disponga que todo acto limitador de un derecho fundamental requiere la adecuada cobertura de la Ley.

En cualquier caso, la interpretación del principio de legalidad en las medidas que suponen la restricción de los derechos fundamentales, "lex scripta, lex stricta y lex previa", en lo que respecta a su aplicación proscribire cualquier interpretación analógica o extensiva.

2. Principio de proporcionalidad.

En su sentido estricto exige la valoración de los distintos intereses en juego, de forma que la restricción de los derechos fundamentales no tenga cabida en todo caso, sino sólo frente a adecuadas exigencias del interés público, y siempre que no haya otro medio que evite la lesión de los derechos fundamentales. Cualquier afectación de un derecho fundamental ha de ser motivada y proporcionada. Como señala González-Cuéllar¹⁶, se trata de una prohibición de exceso en estas actuaciones restrictivas, ponderando los principios de idoneidad, adecuación y valoración de intereses en juego.

Todo ello, y en lo relativo a los cacheos, presupone que no basta aducir intereses públicos, sino que han de fundamentarse las actuaciones mediante indicios o

¹⁶ González-Cuéllar Serrano, N.: "Proporcionalidad...", op. cit., p. 22 a 25, así como el estudio detallado que se hace a continuación. Para la consideración del principio de proporcionalidad en sentido estricto, vid. pág. 225 y ss.

sospechas concretas. No cabe aducir la seguridad general como justificación para llevar a cabo actuaciones preventivas como los cacheos, sino que deben existir sospechas individualizadas¹⁷.

En este sentido podemos plantear que la sospecha razonable - o causa probable- constituye el primer requisito para verificar la legalidad de la injerencia en un ámbito constitucionalmente protegido como lo es el de la intimidad de la persona. Si ésta no existe, la actuación no debe considerarse legal y en algunos ordenamientos implica que las evidencias obtenidas se excluyen del proceso. Puede afirmarse que cuanto más intensa es la injerencia en la vida privada, más firme y mejor establecida debe encontrarse la causa probable. Esta existe cuando a la vista de los hechos y de las circunstancias conocidas personalmente por el policía, o de las que haya podido ser informado por una fuente que ofrezca suficientes garantías de credibilidad, un hombre normalmente prudente tiene motivos para sospechar que se ha cometido una infracción o que está a punto de cometerse. Exigir más equivaldría a impedir sin razón la aplicación de la ley.

La sospecha para la actuación policial puede proceder tanto de la observación directa del agente, como de referencias de otras personas. Cuando las informaciones se obtienen de la víctima, o de otros testigos, se presumen ciertas a condición de que sean suficientemente precisas y sus autores acepten identificarse. Cuando resultan de las informaciones proporcionadas por una persona cuya identidad no se quiere revelar deben tomarse medidas para asegurarse de la credibilidad de sus informaciones, atendiendo al número de informaciones exactas dadas o al número de detalles significativos susceptibles de ser controlados¹⁸.

Constituyen exigencias del sujeto pasivo de la actuación del cacheo las siguientes:

- Derecho a ser cacheado por alguien del mismo sexo.

¹⁷ Tribunal Supremo de España, Sentencia de 15 de noviembre de 1994, 1162/94.

¹⁸ López Ortega, Juan José: "La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez". Consejo General del Poder Judicial. Perfiles del Derecho Constitucional a la Vida Privada y Familiar, p.4.

- Derecho a que la actuación se desarrolle dentro de un espacio íntimo, y que sólo asistan al mismo quienes lo practican.
- No cabe provocar posturas ni situaciones que puedan considerarse humillantes, por no guardar una relación de causa efecto con la finalidad pretendida por la intervención corporal.

No obstante, la posibilidad de proceder a los cacheos, en el sentido amplio en que utilizamos la expresión, se concretaría de la siguiente manera:

La mera detención de una persona para su identificación sin que medie sospecha alguna, es un supuesto en realidad inconstitucional, no autoriza ni a cachear ni a registrar los efectos personales.

La detención de una persona, mediando la sospecha de una actuación delictiva, permite el cacheo superficial para detectar armas así como si hubiera peligros de destrucción de las fuentes de prueba.

El ingreso de una persona reclusa, bien en centros penitenciarios, policiales o judiciales, permite llevar a cabo un cacheo superficial para evitar la presencia de elementos que entrañen peligro para la seguridad del centro, o de las personas, incluida la del detenido o preso, así como el registro de sus efectos personales.

El registro en las aduanas y en la utilización de determinados medios de locomoción como los aviones, permite el cacheo superficial y el registro de los efectos personales sin que medie sospecha alguna, pero siempre que exista algún indicio, como puede ser detectar a través de los rayos X elementos sospechosos en los efectos personales, o bien la señal del aparato detector de metales.

El cacheo, que conlleva la obligación de desnudarse y un registro de los efectos personales exige la sospecha de la comisión de un delito y la convicción de que se oculta el cuerpo del mismo.

2.2 Los reconocimientos médicos: naturaleza jurídica y valor probatorio.

Considerados como otra modalidad de Intervención Corporal, los Reconocimientos Médicos constituyen actos de Investigación que se llevan a cabo por personas con

especiales conocimientos sobre el cuerpo humano a efectos de descubrir el cuerpo el delito.

A pesar de la denominación que se emplea "reconocimientos médicos", estas actuaciones no tienen por qué conllevar la intervención de un médico o especialista, sino que pueden llevarse a cabo por personal sanitario que cuente con la adecuada preparación, situación ésta que constituye una garantía para dicho sujeto pasivo por tratarse de actos de mayor envergadura que los cacheos y que afectan con una mayor intensidad el derecho a la integridad física

Comprenden una amalgama de actuaciones diversas, que implican intervenciones de distinta intensidad: desde los exámenes radiológicos o eco gráficos, los registros anales o vaginales, análisis de sangre, de orina, hasta cualquier otro tipo de actuación sanitaria.

Tienen lugar cuando los cacheos han resultado insuficientes y permiten a través del médico forense u otro perito la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor resolución del hecho en cuestión.

De manera general se plantea por algunos tratadistas la necesidad de regular ciertos requisitos en cuanto a la posibilidad de ordenar estas actuaciones y la forma en que han de ser practicadas bajo la previsión de que en todo caso hay que respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales del inculcado.

Estas actuaciones constituyen actos de investigación de naturaleza pericial y pueden tener lugar dentro de las actuaciones policiales previas al procedimiento judicial o una vez que se han incoado las diligencias previas al juicio.

Lo habitual, dada la urgencia de esta actuación, y por tratarse de una diligencia que supone lo infructuoso del cacheo, es que tengan lugar dentro de las actuaciones policiales.

No constituyen prueba documental de manera que se ha de hacer valer a través de la presencia de quien practicó el reconocimiento médico.

En esta modalidad están en juego los siguientes derechos fundamentales:

1. Derecho a la integridad física.

Este derecho fundamental está contemplado en el Art. 58 de la Constitución Cubana.

No tiene sentido negar la presencia del mismo por el hecho de que estos actos de investigación no conlleven peligro para la salud del sujeto pasivo pues la práctica de los citados reconocimientos por personas no capacitadas puede suponer un riesgo para la integridad física. La misma podría resultar lesionada si se aplicaran éstos actos técnicamente de forma inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles.

2. Derecho a la libertad.

La práctica de este acto de investigación supone la existencia de un detenido, por lo que damos por reproducido lo manifestado al analizar este aspecto dentro de los cacheos.¹⁹

3. Derecho a la intimidad.

Lo encontramos refrendado en el art. 58 de la Constitución Cubana. Con respecto al mismo debemos señalar que cualquier actuación sobre el cuerpo de una persona supone una intromisión en la intimidad, que llega hasta los extremos más grandes en los reconocimientos anales o vaginales²⁰. Lo que no obsta al acuerdo de esta medida cuando se cumplan las condiciones que se exigen para restringir derechos fundamentales, dado que éstos no tienen un carácter absoluto al existir un interés público en la persecución de los delitos y la búsqueda de la verdad en el proceso penal.

La Comisión Europea de Derechos Humanos, declaró en sus decisiones 8.239/1978 y 8.278/1978 referidas a análisis de sangre), que cualquier

¹⁹ Voto particular a la sentencia del TSE recaída en el recurso de casación número 475/1993, "La Decisión 8278/1979, de 13 diciembre de la Comisión Europea de Derechos Humanos al abordar un supuesto de ejecución forzosa de un examen de sangre, pone de relieve que se trata de una privación de libertad aunque sea de corta duración.

²⁰ Ferrer Amigo, G.: "Incidencia constitucional de las intervenciones corporales", . cit., afirma, p. 406, que la intimidad "es el derecho propiamente afectado por la intervención corporal. Desde un corte de pelo hasta las exploraciones vaginales o anales se produce siempre una incidencia en la intimidad de las personas.

reconocimiento médico compulsivo constituye una intromisión en el derecho al respeto de la vida privada²¹.

La observación adecuada en relación a estas intervenciones consiste en afirmar que la intimidad debe ceder en determinadas ocasiones si se cumplen los requisitos exigidos.

4. Derecho a no declarar contra sí mismo.

La jurisprudencia y la doctrina anglosajona reconocen que existe una continuidad entre las palabras de un individuo y la composición de su sangre: "En un extremo se encuentra el uso de la tortura para extraer una confesión, y en el otro la adecuada persuasión para obtener el consentimiento para tomar la muestra. En ambos casos el propio individuo es la fuente de prueba incriminadora." Por lo que algunos tratadistas afirman que siendo un derecho que le asiste el de no declarar contra sí mismo debe considerarse que la aplicación de ciertos actos de reconocimientos médicos atentan o afectan este derecho fundamental no obstante otros por el contrario plantean que no cabe equipar estos actos con las declaraciones pues no se obliga al imputado a revelar sus conocimientos, incluso sería posible obtener pruebas sin cooperación del acusado ya que se pudiera tener acceso a su cuerpo pasivo.

Para acordar los reconocimientos médicos se contemplan los siguientes principios:

1. Previsión legal.

Cabe afirmar que el art. 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de 1950 establece que toda persona tiene derecho a una vida privada y en su párrafo segundo recoge que no podrá haber injerencias de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para la defensa del orden y la prevención del delito.

²¹ Citadas por Moner Muñoz, E.: "Las intervenciones.", op. cit., pág. 170.

La solución para otorgar cobertura legal a estas medidas debe estar en la existencia de una norma que contemple una causa que permita ordenar la intervención corporal: debe existir un causa prevista por la Ley que justifique la medida de injerencia²².

La aplicación del principio de legalidad en la materia que nos ocupa supone la no utilización de la analogía, "lex stricta", a la hora de buscar asidero legal.

2. Autorización judicial.

Las llamadas reglas mínimas del proceso penal , "Reglas de Mallorca", elaboradas por una Comisión de Expertos de Derecho Penal, para Naciones Unidas en febrero de 1992, en su regla 23^a, obligan a que se requiera la autorización judicial para acordar una determinada medida de intervención corporal, respetando la proporcionalidad, así como que se practiquen por profesionales de la medicina

En tal sentido en la práctica judicial de algunos países dicho particular aparece regulado expresamente, estableciéndose que salvo que medie el consentimiento libre del imputado no cabe acordar un reconocimiento médico si no hay la correspondiente autorización judicial , planteándose que para que el consentimiento sea eficaz debe advertirse al sujeto pasivo de que sólo con el mismo o con la autorización judicial puede tener lugar la intervención corporal, aconsejándose que tal particular deba constar por escrito.

La existencia de los derechos fundamentales examinados es la razón de ser de esta exigencia.

3. Proporcionalidad.

Debe destacarse que otra exigencia consiste en hacer valer ante el sujeto objeto de dicho reconocimiento el carácter de interés público de la medida cuya práctica se ha ordenado. En tal sentido también es preciso, ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de

²² Es la plasmación del art. 12, núm. 2, párrafo segundo, del texto articulado del Decreto Ley Español 339/1990, que desarrolla la Ley 18/89 de Bases sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi." Para ello debe tenerse en cuenta:

- Necesidad de que existan "indicios serios" en la conducta del sujeto pasivo.
- Que la medida sea imprescindible, lo que implica a su vez:

a) Que no existan otros medios menos lesivos para obtener el resultado que se pretende. Lo que quiere decir que si cabe el empleo del examen radiológico, no debe utilizarse la exploración vaginal.

b) La medida no puede implicar riesgo para la salud y ha de practicarse por el personal sanitario adecuado²³.

En los reconocimientos médicos el principio de proporcionalidad plantea una problemática mayor que en el caso de los cacheos, pues suponen un conjunto de actuaciones heterogéneas, desde el análisis de sangre hasta reconocimientos vaginales o rectales, que conllevan una intromisión en los distintos derechos fundamentales de muy diferente intensidad. Por este diverso alcance hay que preguntarse por la posibilidad de que las intromisiones más graves en los derechos fundamentales sólo puedan disponerse para delitos que revisten una cierta envergadura. La necesaria regulación legal de estas actuaciones deberá atender a este aspecto²⁴.

2.3 Cobertura legal en el Ordenamiento Jurídico cubano para la práctica de los cacheos y los reconocimientos médicos.

Siendo una exigencia de todo ciudadano que se le respeten los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, igualmente consideramos como una necesidad expresa la existencia de una previsión legal específica, para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la

²³ STC 7/94: "D) En ningún caso puede disponerse por el juez la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud. En cualquier caso la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos."

²⁴ Ruiz Vadillo, E.: "Principios...", op. cit., pág. 43, propone que para acordar reconocimientos anales o vaginales, el delito tuviera atribuida una pena superior a seis años. En España el nuevo CP cataloga como delitos graves aquellos que llevan aparejada una pena de prisión superior a los tres años, arts. 13.1 y 33.2.a).

integridad física, incluso deben incluirse tales derechos dentro del más genérico derecho humano al respeto de la vida privada y familiar. De tal forma, no debe haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley, como sucede en otros países, donde tal prerrogativa está recogida en el articulado de sus normas.

En nuestro país ¿Cuál es la regulación legal que permitiría la práctica de los cacheos y registros corporales en tanto se consideran intervenciones corporales?

Salvo en el ámbito penitenciario y en ciertas regulaciones militares, a las cuales no accedimos para este trabajo y cuyo contenido por supuesto que desconocemos, en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en la Ley de Procedimiento Penal, aparte de hacerse alusión a las diligencias necesarias para la comprobación del delito, llevar a cabo la detención y aseguramiento del acusado y obtener las pruebas del proceso, no existe ningún precepto legal que haga referencia directa a la práctica del cacheo o registros corporales, por lo que en tal sentido estimamos que estas acciones y otras intervenciones corporales que se practican por la policía y fuerzas de la Seguridad del Estado igualmente debieran estar incluidas en dicha normativa legal sobre todo porque si una característica tiene el Derecho es la de ser eminentemente público por lo que no tiene sentido que una actuación como los cacheos, igualmente pública, en lo que respecta a su regulación sea de limitado acceso o acceso exclusivo a determinadas personas.

Así mismo debemos recordar que aunque en la ley No. 5, de Procedimiento Penal, no existe ningún precepto que regule o establezca que los agentes de la autoridad, podrán realizar, en todo caso, las comprobaciones necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas procediendo a su ocupación, al dedicarse en nuestra la Ley 62, el capítulo X Título IV, del libro II al delito de Portación y Tenencia Ilegal de Armas y Explosivos, sancionando específicamente en el artículo 214 de este cuerpo legal la Portación o tenencia de un puñal, de una navaja, un cuchillo o cualquier instrumento cortante, punzante o contundente...., se pudiera entender que

tácitamente existe cobertura legal para estas diligencias de investigación policiales y que la licitud o ilicitud de las mismas, en este caso, dependerá de la observancia de los principios de adecuación, proporcionalidad y necesidad anteriormente citados, opinión ésta de la cual no somos partidarios por cuanto no solo encontrar armas o explosivos es la única pretensión que se persigue con la medida en cuestión, considerando al respecto mucho mas prudente la existencia a ese fin de una normativa que contemple la licitud de tales medida, cuando se puede llevar a efecto y cuales son las exigencias a tener en cuenta, particulares todos que por desconocimiento de quienes lo practiquen puede conllevar a que se restrinja el derecho fundamental a la libertad o la intimidad que tiene todo individuo, y que en otro supuesto, estando expresamente normado no sería así, de ahí el afán de buscar el citado apoyo legislativo, debiendo señalar además que para intentar salvar esta deficiencia igualmente cabe argumentar que esta diligencia es el colorario necesario de la detención de manera que al regularse la actuación que implica mayor intromisión en la esfera de los derechos fundamentales, la detención, arts.242 y siguientes de LPP, debe entenderse incluida cualquier otra diligencia implícita en la misma.

No debe obviarse además que todos los preceptos que existen en nuestra LPP se refieren a actuaciones post-delictivas. En ningún supuesto se habla de actuaciones preventivas, a pesar de ser esta una de las finalidades que se pretende o puede pretender con los cacheos.

La mayoría de la doctrina procesalista coincide en señalar que dentro de los requisitos que toda medida restrictiva de un derecho fundamental debe cumplir, se encuentra la exigencia de tipicidad procesal ; o sea " nulla coactio sine lege ", lo que supone, que la ley debe ser siempre escrita, en cuanto debe contener un auténtico mandato de determinación, en aras de evitar cualquier tipo de inseguridad jurídica, y previa, ya que una ley previa que la autorice es una garantía para la limitación del derecho protegido.

Por lo tanto, toda medida o instrumento útil para el esclarecimiento de los hechos y que constituya de alguna manera una restricción o limitación de los derechos

fundamentales de la persona ha de estar prevista y recogida en la ley. ¿Existe en nuestro ordenamiento una norma legal que autorice la adopción de medidas de intervención corporal?

Realmente consideramos que en la actualidad no existe ninguna norma legal que autorice específicamente las intervenciones corporales, estimando que ello se debe al hecho de que solo en la medida que ha avanzado el tiempo y se ha acrecentado el desarrollo técnico-científico es que se ha podido constatar el uso y acceso masivo del grupo social a los avances técnicos y al empleo de éstos en el desenvolvimiento de la investigación de las infracciones penales.

En la práctica la falta de cobertura legal no ha constituido obstáculo para la realización de las intervenciones corporales pues se han utilizado como fundamento otros preceptos de la legislación procesal que a nuestro modo de ver no ofrecen amparo alguno.

En cuanto a los reconocimientos médicos debemos señalar que nuestra Ley de Procedimiento Penal al referirse a dichos actos lo hace en la parte referida al Cuerpo del Delito, Capítulo III, Título III, Libro Segundo al regular en el artículo 142 la Necropsia en los casos de Muerte Violenta, en los artículos 144 y 145 los supuestos de envenenamientos, fractura, heridas u otras lesiones, y en el artículo 158, capítulo IV la Identidad del Delincuente y sus circunstancias personales.

Sin embargo ninguna de las actuaciones antes descritas consiste en realidad en los reconocimientos médicos que pueden constituir Intervenciones Corporales como acto de Investigación. Las necropsias no son Intervenciones Corporales porque no afectan a Individuos vivos con derecho a la intimidad. El resto de los actos descritos se caracterizan porque son actos de investigación que tienden a fijar en unos casos las circunstancias que afectan a la personalidad del imputado y en otros la evaluación del presunto acto delictivo.

No obstante los preceptos antes mencionados, cabe distinguir el artículo 200 de la Ley de Procedimiento Penal en tanto se refiere a que puede disponerse el Dictamen Pericial cuando para conocer o apreciar algún hecho de importancia en

la causa se requieran conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos. Redacción de la que se colige que en virtud del presente artículo, se pueden acordar, entre muchos otros de distinta índole, el análisis pericial de cualquiera de los elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabello, piel etc.) que hayan sido previamente aprehendidos en alguno de los lugares previsto en la norma, en este caso en el artículo 135 de la LPP. Ahora en lo que concierne a la extracción coactiva de dichos elementos de la persona del imputado, no podemos decir que en el precepto en cuestión, o sea, en el artículo 200 de la LPP encontramos el respaldo legal necesario para ordenar dicho acto, aún cuando en la práctica diaria, no cabe dudas, de que ha sido este precepto el que se ha tenido en cuenta para disponer actuaciones tan variadas como lo son los propios reconocimientos médicos u otras intervenciones corporales. Así mismo consta en nuestra Ley de trámites el artículo 147 en el que se establece que se ordenará la práctica de pruebas científico técnicas en todos aquellos casos en que se considere necesario para la investigación de los hechos, norma ésta con la que igualmente si se quiere entender de esa manera, aún cuando no se hace especificación alguna al respecto, se ha tenido en cuenta para practicar toda clase de intervención corporal.

¿Cuáles, entonces, son las consecuencias prácticas que se derivan de este pronunciamiento?

Partiendo de lo antes expuesto, a modo de conclusión sobre este particular consideramos que podrán efectuarse reconocimientos periciales, siempre que recaigan sobre muestras lícitamente en poder de los investigadores: sangre, semen, uñas, cabellos, piel o cualquier otro elemento del cuerpo humano que puedan tener relación con el delito. Pero si el curso de las investigaciones aconseja examinar el cuerpo de un sospechoso, mediante técnicas que no se limitan a su " inspección", sino que requiere una " intervención corporal " a tenor de la vigente Ley no hay amparo, salvo que el afectado libremente consienta.

Pero dejando de lado esta argumentación, susceptible de crítica, la solución a todos estos problemas vendría dada por una reforma de la LPP donde se definan

con claridad cuales son los instrumentos con los que cuentan los poderes públicos para llevar a cabo la investigación penal. Y en torno a las intervenciones corporales se determine por parte del legislador, en que casos y en que circunstancias pueden ser ordenadas, si es preciso que se practiquen por un médico o facultativo similar; en definitiva una regulación detallada y precisa de los límites y garantías tanto de su ordenación como de su ejecución.

De manera general considero que la existencia en nuestra Ley de Procedimiento únicamente de dos preceptos legales, que no contienen ninguna especificación con relación al tema que se ventila evidencia una insuficiencia en la cobertura legal que requieren estos actos de investigación, cuya incidencia constitucional es indiscutible por estar relacionados con los derechos fundamentales que le asisten y le son reconocidos a todo inculpado, siendo el criterio nuestro que se debe crear una norma que contenga exigencias específicas y concretas para aquellos casos que supongan intervenciones corporales, contemplando una causa prevista por ley que justifique la medida de injerencia y donde las intromisiones más graves en los derechos fundamentales sólo puedan disponerse para delitos que revisten una cierta envergadura .

2.4 La necesidad de precisiones o reformas en nuestra Ley de Procedimiento:

Hemos analizado a través de este trabajo que no resulta infrecuente la práctica de determinadas diligencias por parte de los funcionarios policiales y del personal médico con el objetivo de ocupar efectos relacionados con el denominado cuerpo del delito, bien mediante el registro superficial de la persona sospechosa (cacheo), bien mediante una inspección más detallada del propio cuerpo humano (exploraciones corporales, fundamentalmente en zonas genitales y anales, obtención de radiografías, etc), pudiendo verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal.

Por otra parte vimos las calificadas por la Doctrina como Intervenciones Corporales, esto es, 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 en él del imputado, viéndose afectado por regla general el derecho a la integridad física, en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa.

La negativa del sujeto a ser objeto de estas investigaciones alegando su derecho a la integridad física y a la intimidad personal plantea importantes problemas. Sin embargo los funcionarios de la Policía y especialistas tienen la obligación de recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro y ponerlos a disposición de la autoridad judicial. Por todo esto se hace necesario el respaldo legal que ampare la actuación de la autoridad o sus agentes, así como que precise el respeto de los principios de proporcionalidad y racionalidad.

Ante el panorama descrito urge que el legislador asuma sus competencias y resuelva un problema que sólo por Ley, aseguraría el principio de legalidad y de seguridad jurídica. La adopción de una medida de intervención corporal debe estar amparada por la Ley. Es al legislador a quien le corresponde previamente señalar el tipo de medidas, la forma de desarrollarlas y para qué tipo de delitos. Así se desprende del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyos arts. 5.1 y 8.2 permiten la restricción de los derechos fundamentales a la libertad y a la intimidad por medidas previstas en la Ley.

En esta apuesta, cabría plantearse si puede generalizarse para todos los supuestos como principio inamovible la imposibilidad de realizar ningún tipo de "vis física". En mi opinión, los actos de investigación conocidos como Intervenciones Corporales deben disponerse con carácter obligatorio, incluso la ley debería autorizar, el empleo de la coacción directa, ordenando la detención del sujeto por el plazo indispensable y dentro de los límites legales siempre que se cumplieran varios requisitos, a fin de garantizar ante todo el derecho a la integridad física:

1) En todos los delitos en que se pueda ubicar o relacionar al imputado en el lugar de los hechos y haga falta la prueba, por ser tal medida susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), es decir servir objetivamente para probar los hechos que constituyen el objeto del proceso.

2) Siempre que sea necesaria, es decir, que no pueda conseguirse por otros medios menos gravosos para el imputado o con menor sacrificio en la afección de los derechos fundamentales (juicio de necesidad).

3) Siempre que sea ponderada o equilibrada, es decir, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios para otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad).

4) Siempre que la fuerza a emplear no fuese lastimosa y la ejecución de la medida no afectara ni a la dignidad, ni a la salud, ni a la integridad, ni al pudor de la persona, tales como las extracciones sanguíneas, muestras del cabello u otras.

5) Practicada por personal médico y en presencia de testigos. Con ello se garantizaría la ejecución de la medida de forma legal y con garantías suficientes para el imputado, sin necesidad de tener que acudir a la imposición de una nueva pena por otro delito, el de desobediencia, que en modo alguno resuelve la investigación del delito principal.

En lo que a Intervenciones Corporales se refiere, es imprescindible que la Ley Procesal regule la posibilidad de la toma coactiva de muestras corporales cuando, tras la preceptiva orden judicial, el imputado se niegue a cumplirla.

En el derecho comparado encontramos ejemplos más taxativos que pudieran estudiarse y tomarse como patrón para el enriquecimiento de nuestra Ley procesal penal.

En Costa Rica, por ejemplo, el Código Procesal Penal vigente en enero de 1998, en su artículo 88 establece una serie de casos en que el imputado en un proceso penal debe someterse a una serie de pruebas, aún sin su autorización. Dispone el artículo que: *“Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad. Con esta finalidad y*

por orden del tribunal, serán admisibles intervenciones corporales, las cuales se efectuarán según las reglas del saber médico, aún sin el consentimiento del imputado, siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contrapongan seriamente a sus creencias. Tomas de muestras de sangre y piel, corte de uñas o cabellos, tomas de fotografías y huellas dactilares, grabación de la voz, constatación de tatuajes y deformaciones, alteraciones o defectos, palpaciones corporales y, en general, las que no provoquen ningún perjuicio para la salud o integridad física, según la experiencia común, ni degraden a la persona, podrán ser ordenadas directamente por el Ministerio Público, durante el procedimiento preparatorio, siempre que las realice un perito y no las considere riesgosas. En caso contrario, se requerirá la autorización del tribunal, que resolverá previa consulta a un perito si es necesario. Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando es absolutamente indispensable para descubrir la verdad”²⁵

En tal sentido, la Sala Constitucional de dicho país ha establecido que “... en aras de la búsqueda de la verdad real como uno de los fines esenciales del proceso, el imputado puede ser fuente de prueba en aquellos casos en que la obtención de la misma ni importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios de un ser humano. Consecuentemente, los actos que requieren colaboración pasiva del imputado tal como la extracción de sangre, reconocimiento, corte de cabellos entre otros, pueden ser realizados aún sin su consentimiento, conforme a las circunstancias especiales de cada caso y a las formalidades de ley, según corresponda...”²⁶ Esas formalidades de ley son las que contiene el mismo artículo 88, en estudio, que sea ordenado por el fiscal o el juez según sea el caso.

También ha establecido la Sala Constitucional de Costa Rica, la prohibición de extraer semen por la vía de la masturbación o masaje prostático porque atenta

²⁵ Art. 88 del Código Procesal. Los orígenes de este artículo se encuentran en el Código Procesal Tipo para América Latina. Ver González Daniel y MORALES Luis P. “La Prueba... Los autores señalados analizan con detalle esa norma el Código Tipo y las limitaciones que para su ejecución deben darse en cuanto al respeto de los derechos fundamentales de la persona, al momento de recoger las pruebas.

²⁶ Salazar Murillo, Ronald: “El conflicto ético en las pericias médico legales”. Medicina legal. Costa Rica Vol.16 no.1-2 Heredia Sep. 1999. Op. Cit., p.11.

contra la integridad moral de la persona, resguardada en el artículo 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Igualmente ha considerado improcedente los exámenes anales o vaginales sin el consentimiento de la persona, por ser contrarios a la dignidad humana, al ser tratos envilecedores y humillantes²⁷. La tenencia de drogas en el estómago o la vagina no autorizan la exploración manual o con instrumentos, sino que debe buscarse a través de otras vías como la radiológica, salvo que estuviera en peligro la salud de la persona, en cuyo caso entran en juego otras normas.

Del recorrido de los fallos de tribunales internacionales y costarricenses advertimos que la intervención corporal del imputado u otros sujetos en el proceso, en ese país, no riñe con las normas constitucionales, aún cuando se ejecuten tales acciones contra la voluntad del obligado. Ha delineado la Sala Constitucional en una forma clara, que esa intervención corporal requiere requisitos fundamentales como la proporcionalidad y necesidad de la medida, la orden fundada de la autoridad, que la pericia sea ejecutada por un experto - médico u otro- y que la misma no atente contra la integridad física o sus creencias. Aquellas intervenciones corporales, que aunque necesarias, atentan contra la dignidad humana, son prohibidas por violar el texto constitucional y el Derecho Comunitario del cual es parte Costa Rica, salvo que el sujeto preste su consentimiento.

Por su parte la Ley Procesal alemana de 7 de enero de 1975, establece en su " artículo 81, a) que: *"Podrá ordenarse la investigación corporal del inculpado para la constatación de los hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras ingerencias corporales, que serán tomadas por un médico según las reglas del saber médico, sin consentimiento del inculpado, cuando no se temiera ninguna desventaja para su salud. La ordenación corresponderá al juez, también a la fiscalía y a sus ayudantes, cuando existiera peligro por el retraso que pudiese perjudicar el éxito de la investigación."* A su vez el apartado b) de igual modo permite la coerción física para la obtención de fotografías e impresiones dactilares, y el c) intervenciones corporales con respecto a terceras personas distintas del inculpado

²⁷ Voto No. 1428-96 Sala Constitucional de Costa Rica.

"si se encuentra en su cuerpo una huella determinada o la consecuencia de un hecho punible", así como llevar a cabo extracciones de sangre sin su consentimiento cuando con ello "no se temiera desventaja alguna para su salud y la medida fuera imprescindible para el descubrimiento de la verdad", con el único requisito de que sea practicada por personal médico.

En el sistema Alemán "...se acepta desde el más nimio análisis de sangre hasta gravísimas intromisiones en la integridad física, entre las que destacan las punciones lumbares u otras medidas dirigidas a la medición de los líquidos cefalorraquídeos", e incluso consideran admisibles las medidas peligrosas si el inculpado ha sido informado de la peligrosidad de la injerencia y también de su derecho a negarse a su práctica, y si su consentimiento se basa en una elección libre²⁸.

De igual manera Código Procesal Penal portugués (de 17 de febrero de 1987) sigue una línea semejante, al establecer en su art. 171 que *por medio de exámenes de personas se puedan inspeccionar los vestigios que pudiera haber dejado el delito, y todos los indicios relativos al modo y lugar donde se cometió, las personas responsables o sobre las víctimas*, para, el art. 172 añadir: *"si alguien pretende eximirse o impedir cualquier examen debido... podrá ser compelido por decisión de la autoridad judicial competente", respetando en todo caso la dignidad de la persona y, en cuanto ello fuere posible, el pudor del sometido, a presencia judicial y en compañía de persona de su confianza.*

En Italia el Código de Procedimiento Penal²⁹ que ha sustituido al antiguo "Código Rocco", e inspirado en el sistema acusatorio también regula como medio de investigación criminal la inspección judicial de personas en los arts. 244 y ss., según los cuales: *"La inspección de personas, lugares o cosas, se acordará mediante decreto motivado cuando sea necesario averiguar las huellas y los demás efectos materiales del delito." "Antes de proceder a la inspección*

²⁸ González Cuellar, Nicolás: " Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el Proceso Penal", Editorial Colex, España, 1990. op. cit. pág. 291.

²⁹ D' Ambrosio, Loris: "El nuevo Código de Procedimiento Penal italiano", Revista Internacional de política criminal, n.º 434, enero-febrero, 1992. aprobado por Decreto del Presidente de la República, de 22 de septiembre de 1988, n.º 447 Gaceta Oficial n.º 250, Supl. de 24 de octubre de 1988.

personal, el interesado será advertido de la facultad que tiene de ser asistido por persona de su confianza, siempre que ésta pueda localizarse sin demora, y fuera idónea, según lo dispuesto en el art. 120. La inspección se efectuará con respeto a la dignidad, y, en la medida de lo posible, al pudor de quien haya de ser objeto de la inspección. La inspección podrá efectuarse por un médico; en este caso la autoridad judicial podrá abstenerse de asistir a las operaciones."

Para los países del Common Law, principalmente los norteamericanos y los ingleses, no existen limitaciones en cuanto a la intervención corporal para la recolección de pruebas. Lo importante en su legislación, es la formalidad con que se haga, pues si no se cumplen los preceptos procesales previos, como la orden emanada de autoridad y demás, la prueba podría resultar absolutamente nula³⁰.

Se encuentra autorizado desde el detector de mentiras, hasta pericias corporales que no son admisibles en otras legislaciones, por atentar contra los derechos humanos de la persona.

En resumen, de lo legislado sobre esta temática en los distintos países, a partir de un minucioso análisis, puede tomarse lo positivo, adaptarlo a nuestras condiciones concretas y modelo social, y precisarlo en nuestra LPP, de manera que todo lo que sea posible hacer por las fuerzas especializadas a fin de esclarecer el delito desde el proceso penal, se encuentre refrendado, o amparado legalmente.

³⁰ Sobre la prueba en dichos países puede verse el excelente trabajo del Doctor Armijo, en donde analiza con detalle las distintas teorías en el derecho anglosajón y norteamericano, en relación a la prueba ilícita. En: Garantías...p 130 sigts.; ARMIJO G, " Nuevo Proceso Penal y Constitución... p.. 335 donde se analiza la prueba ilícita en el derecho comparado.

CONCLUSIONES:

La investigación realizada nos permitió arribar a las siguientes conclusiones:

Los derechos de la personalidad son el resultado de una lenta y compleja evolución histórica y la forma de concebirlos en cada sociedad ha variado a través de la historia.

La dignidad humana como valor fundamental, encuentra en la Intimidad la expresión de su derecho sobre el conjunto de actividades donde se desarrolla y fomenta como ser humano.

Las Intervenciones Corporales son todas aquellas medidas o actos de Investigación que dentro del Proceso Penal tienen por objeto el cuerpo de una persona y cuya finalidad puede ser tanto la búsqueda del cuerpo del delito, como concretar aspectos relativos a la salud física o psíquica de dicha persona, por lo que constituyen una de las mayores intromisiones en la esfera privada del Individuo.

La Intimidad, la Integridad física, la libertad deambulatoria, así como otros derechos amparados constitucionalmente y que le son consustanciales a la persona por el solo hecho de serlo, pueden ser objeto de injerencias en el contexto de la persecución penal, pues aún cuando son derechos fundamentales, no son derechos absolutos e ilimitados, por el contrario su ejercicio está sujeto a límites expresos, en este caso es interés del Estado en la averiguación de la verdad a fin de proteger o preservar otros derechos o bienes igualmente constitucionales y que comprenden a la colectividad.

Todo acto de investigación útil para el esclarecimiento de los hechos y que constituya de alguna manera una restricción o limitación de los derechos fundamentales de la persona ha de estar prevista y recogida en la Ley.

Deben ser reguladas en nuestra Ley Procesal las Intervenciones Corporales tal y como sucede en el Ordenamiento Jurídico Internacional, siendo precisamente la existencia de una normativa en ese sentido, en la que se contemple la licitud de tales medidas, cuándo se pueden llevar a efecto o cuáles son las exigencias a

tener en cuenta, el colorario necesario que garantiza el respeto de los derechos fundamentales que le asisten a cada individuo, en tanto, incluso puede ser el desconocimiento de tales particulares por parte de quiénes practican dichos actos lo que implique en mayor medida una afectación de las mencionadas libertades.

Estas medidas deben ser aplicadas siempre que se atiende al principio de la proporcionalidad entre la gravedad del delito y las medidas ordenadas, de tal forma que de la ponderación entre las Intervenciones Individuales y sociales en conflicto se desprenda la mayor relevancia de los segundos, y dicho interés deberá ser más alto cuanto más graves sean las medidas adoptadas.

RECOMENDACIONES:

Después de la sistematización de precisiones teóricas realizada en la legislación existente acerca de las intervenciones corporales a nivel internacional y en nuestro país a partir del derecho comparado se sugiere:

A la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular:

- Reformar la LPP de forma que defina con claridad cuáles son los instrumentos con los que cuentan los poderes públicos para llevar a cabo la investigación penal y se regule las intervenciones corporales, determinándose los límites y garantías tanto de su ordenación como de su ejecución.

A las Facultades de Derecho y Centros de Investigación Jurídica:

- Promover que la presente investigación constituya referente teórico para debate y reflexión de investigadores, profesores y estudiantes pertenecientes a esta especialidad.
- Estimular propuestas científicas del tema a partir de la publicación de este resultado en revistas especializadas.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS:

- Asensio Mellado, J. M. : “*Prueba prohibida y preconstituida*”, Trivium (1989);
- Barbero Santos, M.: "Derechos humanos-actividad policial", Cuadernos de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, n.º 11, año 1985.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, 1993.
- "El respeto de los derechos humanos: grandeza y servidumbre de la actividad policial (la situación en España)", Estudios Penales y Criminológicos, Vol. IX, Universidad de Santiago de Compostela, año 1986.
- Gil Hernández, O. “*Intervenciones corporales y derechos fundamentales*”, Colex (1995).
- Gómez Pavón, P. "La intimidad como objeto de protección penal", Ed. Akal, Madrid, 1989.
- González Cuellar Serrano, N. "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", Ed. Colex, Madrid, 1990.
- González Cuellar Serrano, N. "Investigación del Ministerio Fiscal y limitación de derechos fundamentales", en "La prueba en el proceso penal", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.
- González - Salas Campos, Raúl. “El Bien Jurídico: La Intimidad. EL FORO. Órgano de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados. Octava Época. Tomo IV. 1991.
- Lete Del Río, José Manuel.” Derecho de la personalidad”. Editorial Tecnos, Madrid, 1986.
- Llobet, Javier " Proceso Penal Comentado", Universidad para la Cooperación Internacional, Mundo Gráfico, San José, 1998.

- Magallón Ibarra, J. “Instituciones de Derecho Civil. Atributos de la personalidad” Tomo II. Editorial Porrúa, 2000.
- Martínez de Navarrete, Alonso. “Diccionario Jurídico Básico”, Editorial Heliasta S.R.L.
- Medina Cuenca, Arnel y Mayda Goite Pierre. “Selección de Lecturas de Derecho Penal General”. Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.
- Moner Muñoz, E. "Las intervenciones corporales", Cuadernos de Derecho Judicial. "La restricción de los derechos fundamentales de la persona". CGPJ, Madrid, 1994
- Rogel Vide, C. “Bienes de la personalidad, Derechos fundamentales y Libertades Públicas”. Bolonia, 1985.
- Pérez Echemendía, Marzio L. y José L. Arzola Fernández, Expresiones y términos jurídicos”. Editorial Oriente, Santiago de Cuba, 2009.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. “Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución”, 5ta. ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- Quiroga Lavié, Humberto, “Derecho a la Intimidad y Objeción de Conciencia “, Universidad i Externado de Colombia.
- Villabella Armengol, Carlos Manuel. “La investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica”. Informe inédito, 18 de mayo del 2008.

PUBLICACIONES SERIADAS:

- D' Ambrosio, Loris. “El nuevo Código de Procedimiento Penal italiano” Revista Internacional de política criminal, núm. 434, enero-febrero, 1992.
- González Gaitano, Norberto, *La trascendencia jurídica de la intimidad*, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, núm. 1, 1991
- Luño Peña : “ Evolución histórica de los derechos humanos”. Revista de la ONBC, núm. 16/ Julio-Septiembre, 2004.

- Rodríguez Ramos, I. y López Barja de Quiroga: "La intimidad corporal devaluada", Rev. Poder Judicial, núm. 14.
- Rivero Hernández, F.: "Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación", Rev. Poder Judicial, núm. 33.
- Salazar Murillo, Ronald. "El conflicto ético en las pericias médico legales". Medicina legal. Costa Rica Vol.16 no.1-2, 1999.

PUBLICACIONES JURIDICAS:

- Armas Galve, Mercedes y Calvo Resel, Pilar. Las Intervenciones Corporales como medio de obtención de prueba en el procedimiento penal. Serie: Penal.
- Bayarri García, Clara Eugenia. La Prueba ilícita y sus efectos. Serie: Penal.
- Comas de Argemir Cendra, Montserrat. La negativa del imputado a la práctica de una diligencia de investigación. La prueba de alcoholemia. Consejo general del poder judicial. La instrucción del sumario y las diligencias previas. Serie: Penal.
- Díaz Cabiale, José Antonio. Cacheos superficiales, Intervenciones Corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales. Consejo General del Poder Judicial. Medidas restrictivas de derechos fundamentales. Serie: Penal.
- Ferrer Amigo, Gonzalo. Incidencia Constitucional de las Intervenciones Corporales. Serie Penal.
- García Vila, Mónica. Las intervenciones corporales en la reciente jurisprudencia del tribunal constitucional ¿falta de cobertura legal? Serie: Penal.
- Gil Hernández, Ángel. Protección de la Intimidad Corporal: aspectos penales y procesales. Consejo general del poder judicial. Delitos contra la libertad y la seguridad. Serie: Penal.

- López Ortega, Juan José. La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez. Consejo general del poder judicial perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar.
- Móner Muñoz, Eduardo. Las Intervenciones Corporales. Consejo General del Poder Judicial. La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Serie: Penal.
- Ortells Ramos, Manuel. Exclusividad jurisdiccional para la Restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional. Consejo General del Poder Judicial. Medidas restrictivas de derechos fundamentales.
- Palacios Criado, María Teresa. Diligencias que afectan a derechos fundamentales. Consejo General del Poder Judicial. La instrucción del sumario y las diligencias previas. Serie: Penal.
- Poza Cisneros, María. Agresiones Penales al honor y a la intimidad. Consejo general del poder judicial. Serie: Penal.
- De Rosa Torner, F.: "Intervenciones médicas y su relación con la limitación de los derechos fundamentales en el proceso penal", Cuadernos de Derecho Judicial "La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal", CGPJ, Madrid, 1993
- Seoane Spiegelberg, José Luis. Recepción en el Proceso de nuevos métodos de investigación científica y derechos fundamentales. Serie: Penal

LEGISLACIÓN:

- Códigos Penales de los países de América Latina. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México/ Comisión Europea/ ILANUD. CD México, 2000.
- Código Procesal Penal de Costa Rica. Ley No. 7594. Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1996.

- Constitución de la República de Cuba (Actualizada), Editora del Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU) del 10 de Diciembre de 1948
- Ley No. 5. Ley de Procedimiento Penal (Actualizada), Editora del Ministerio de Justicia, La Habana, 2003.
- Ley No. 62/87 Código Penal (Actualizado), Editora del Ministerio de Justicia, La Habana, 2003.

ANEXO 1

ENCUESTA

Objetivo: Conocer el estado de opinión del personal especializado en lo que se refiere a lo legislado en la LPP cubana relacionado con las intervenciones corporales.

Para realizar nuestro trabajo investigativo acerca de las intervenciones corporales en el derecho penal cubano, necesitamos su colaboración al responder las siguientes preguntas. Esta información tiene carácter anónimo; no tiene que escribir su nombre en el cuestionario. Gracias.

Profesión _____ **Años de experiencia** _____

1. Las inspecciones en el cuerpo de una persona viva, en ocasiones resultan de interés para ocupar evidencias de un delito.

a) Considera que lo regulado al respecto en la legislación vigente en nuestro país es suficiente

Sí _____ No _____

b) Argumente cualquiera que sea su respuesta _____

e) ¿Quisiera agregar algo a lo que está vigente actualmente en la legislación?

2. ¿Cree Ud. que las intervenciones corporales atentan contra los derechos individuales de las personas? Fundamente

ANEXO 2.

ENTREVISTA

Objetivo: Constatar el nivel de conocimiento que posee el personal capacitado para llevar a la práctica los procedimientos de intervención corporal encaminados a esclarecer los delitos

Estimado colega, estamos realizando un estudio acerca de las intervenciones corporales con vistas a proponer precisiones adecuadas para la realización de las mismas. Para lograrlo, necesitamos su colaboración contestando con sinceridad algunas preguntas sencillas. Gracias.

1. ¿Sabe usted lo que son las intervenciones corporales?
2. ¿Qué importancia le atribuye a las intervenciones corporales en el proceso penal?
3. ¿En qué medida cree usted que están previstas las intervenciones corporales en la LPP cubana?

_____ Totalmente _____ Parcialmente _____ Ninguna
4. Seleccione al menos, dos tipos de las siguientes intervenciones corporales y exprese qué objetivos persiguen las mismas.
 - Cacheos y Registros
 - Reconocimientos Médicos.
 - Prueba de alcoholemia.
 - Desnudos integrales a detenidos
5. ¿Cree Ud. que las intervenciones corporales atentan contra los derechos individuales de las personas? Fundamente

ANEXO 3

GUÍA DE OBSERVACIÓN A PROCESOS JUDICIALES:

OBJETIVO: Constatar cómo se aprovechan las intervenciones corporales para demostrar la culpabilidad de los acusados en los delitos cometidos y las contradicciones que puede generar entre las partes la aplicación de las mismas sin basamento legal.

Aspectos a observar:

1. ¿Maneja el especialista (fiscal y/o abogado) las intervenciones practicadas a la víctima o al acusado en todas las potencialidades que brinda para su enjuiciamiento o defensa sin que surjan dificultades o contradicciones entre las partes?
2. ¿Se alcanza en los procesos observados el fin para el que están concebidas las intervenciones corporales realizadas a los inculpados?
3. ¿Emplea el especialista de manera correcta los resultados arrojados por estas pruebas para demostrar la culpabilidad o no de los acusados?