

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
ESCUELA DE POSTGRADO
SECCIÓN DE POSTGRADO DE DERECHO



LAS INTERVENCIONES CORPORALES
SIN EL CONSENTIMIENTO DEL IMPUTADO EN EL
CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004. UNA VISIÓN CONSTITUCIONAL

TESIS PARA OPTAR EL GRADO
DE MAESTRO EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO PENAL

AUTOR:

Bach. JOSÉ ANTONIO HUAYLLA MARIN

ASESOR:

Dr. Giammpol Taboada Pilco

Trujillo, 2015

DEDICATORIA

*A mis motivos de superación y luz de mis
ojos; mi esposa Lourdes e hija
Lucianita.*

AGRADECIMIENTO

*A mis hermanas, sobrino y mis padres
con especial deferencia porque me
impulsaron a ser algo en esta vida.*

RESUMEN

La presente tesis aborda la problemática relacionada a la regulación de la institución procesal denominada intervenciones corporales la misma que permite practicarla incluso sin el consentimiento del imputado, aspecto que contradice todo lo relacionado a la obtención de prueba válida. Es por ello que en la presente investigación se han planteado fundamentos doctrinarios, jurisprudenciales y normativos que legitiman la regulación de dicha institución procesal, pues considero que con dicha regulación podremos garantizar el éxito en una investigación, así como proteger y hacer valer los derechos de las víctimas de conductas delictuosas así como brindar mayor seguridad jurídica e indefectiblemente lograr aproximarnos a una verdad real; pues con estas medidas la sociedad también podrá confiar en el sistema de administración de justicia y consecuentemente se reducirían los índices de percepción de impunidad. Asimismo, se ha podido determinar que una cosa son los fundamentos de su regulación y otra cosa son los presupuestos para la procedencia de estas medidas, como son que la medida limitativa se encuentre prevista en la ley, que sea adoptada mediante resolución judicial, salvo peligro en la demora como los casos de conducción de vehículo en estado de ebriedad, y fundamentalmente aplicar el test de proporcionalidad para cada caso concreto, conforme a los lineamientos establecidos por nuestro Tribunal Constitucional y la legislación comparada. Finalmente, en la presente investigación se ha creído conveniente analizar como se vienen amparando en el Perú este tipo de medidas y bajo que fundamentos se autorizan las mismas, por lo que se han analizado sendos requerimientos fiscales y resoluciones judiciales respecto al tema bajo análisis, habiendo obtenido como resultado la existencia de deficiencias en la motivación en la determinación del test de proporcionalidad al caso concreto, pues muchas veces se realiza una simple réplica de los considerandos ya establecidos por nuestro Tribunal Constitucional, es decir, en no todos los casos existe el análisis y su empleo al caso concreto, constituyendo a veces una suerte de plantilla de los conceptos o jurisprudencias paradigmáticas sin hallar el vínculo que las haga aplicables al caso en estudio.

ABSTRACT

This thesis deals with the problems related to the regulation of procedural institution called body interventions, allowing it to practice even without the consent of the accused, something that contradicts everything related to obtaining valid test. That is why in this investigation have been raised doctrinal, jurisprudential and normative foundations that legitimate regulation of the procedural institution, because I believe that with this regulation can ensure success in research, and to protect and enforce the rights of victims of criminal behavior and to provide greater legal certainty and unfailingly approach to achieve real truth, since the measures the company may also rely on the system of administration of justice and consequently the perception of impunity rates would be reduced. It has also been determined that one thing are the foundations of regulation and else are the estimates for the origin of these measures, such as the limited extent be found under the law, to be adopted by judicial decision, except danger in delay as cases of vehicle driving while intoxicated, and essentially apply the proportionality test for each case in accordance with the guidelines established by our Constitutional Court and comparative law. Finally, this research has seen fit to analyze as are sheltering in Peru such measures and under what grounds authorizing them, so they used two separate tax claims and judgments on the subject under analysis, having obtained as a result of the existence of deficiencies of motivation in determining the proportionality test to this case, because often a simple replica recitals already established by our Constitutional Court, ie, in not all cases there is the analysis is performed and their use to the case, sometimes forming a sort of template concepts or paradigmatic case law without finding the link that makes them applicable to the case study.

INDICE

- Dedicatoria	i
- Agradecimiento	ii
- Resumen	iii
- Abstract	iv
1. INTRODUCCIÓN.....	2
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	2
1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	6
1.3. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	8
1.4. JUSTIFICACIÓN.....	8
1.5. HIPOTESIS	11
1.6. OBJETIVOS	11
2. MARCO TEÓRICO	14
CAPÍTULO I.....	14
LA PRUEBA.....	14
2.1. LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL.....	14
2.1.1. Verdad Material.....	15
2.1.2. Verdad Formal	16
2.1.3. Estados Intelectuales del Juez	17
2.1.4. Fases de la Actividad Probatoria.....	21
2.1.4.1. Producción y Proposición.....	23
2.1.4.2. Recepción y Admisión	25
2.1.4.3. Actuación	30
2.1.4.4. Valoración.....	31
2.1.5. Conceptos Básicos de la Actividad Probatoria.....	38
2.1.5.1. Prueba.....	38
2.1.5.2. Objeto de Prueba	42
2.1.5.3. Elemento, Órgano, Fuente y Medio de Prueba.....	47
CAPÍTULO II.....	51
BUSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS.....	51
2.2. CUESTIONES GENERALES	51
2.2.1. El Procesado como Fuente de Prueba	53
2.2.2. La Búsqueda de Pruebas	56
2.2.3. Búsqueda de Pruebas sin Restricción de Derechos	58
2.2.3.1. Testimonio.....	59

2.2.3.2.	Pericia.....	60
2.2.3.4.	La Prueba Documental	62
2.2.3.5.	El Reconocimiento	63
2.2.3.6.	Inspección Judicial y la Reconstrucción	63
2.2.3.7.	Pruebas Especiales	65
2.2.4.	Búsqueda de Pruebas con Restricción de Derechos	66
2.2.4.1.	Control de Identidad Policial.....	66
2.2.4.2.	Video vigilancia	68
2.2.4.3.	Pesquisas	69
2.2.4.4.	Intervención Corporal	70
2.2.4.5.	Allanamiento	72
2.2.4.6.	Exhibición forzosa y la Incautación	73
2.2.4.7.	La Exhibición e Incautación de Actuaciones y Documentos no Privados	75
2.2.4.8.	Control de Comunicaciones y Documentos Privados	76
2.2.4.9.	El Levantamiento del Secreto Bancario	77
2.2.4.10.	Levantamiento de la Reserva Tributaria	78
2.2.4.11.	Clausura o Vigilancia de Locales e Inmovilización	79
2.2.5.	Presupuestos que legitiman la Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos	80
2.2.5.1.	Principio de Legalidad y Legitimidad	82
2.2.5.2.	Principios de Necesidad, Pertinencia, Conducencia o Idoneidad, y Utilidad.....	84
2.2.5.3.	Principio de Proporcionalidad	85
2.2.5.4.	Motivación	88
CAPÍTULO III.....		91
DERECHOS FUNDAMENTALES		91
2.3.	GENERALIDADES.....	91
2.3.1.	Derechos fundamentales e intervenciones corporales.....	95
2.3.1.1.	Derecho a la Vida.....	96
2.3.1.2.	Derecho al Debido Proceso	98
2.3.1.3.	Derecho a la Integridad Física.....	102
2.3.1.4.	Derecho a la Integridad Psicosomática	106
2.3.1.5.	Derecho a la Intimidad	108
2.3.1.6.	Derecho a la Libertad Personal	110
2.3.1.7.	Derecho a la salud	111
2.3.1.8.	Derecho a la no autoincriminación.....	112
CAPITULO IV		117
INTERVENCIONES CORPORALES.....		117

2.4.	DEFINICIÓN	117
2.4.1.	Regulación Normativa en el Código Procesal Penal del 2004	122
2.4.2.	Intervenciones Corporales y Exámenes, Inspecciones o Registros Corporales	130
2.4.2.1.	Clases	134
3.	MARCO METODOLÓGICO	148
3.1.	DETERMINACIÓN DE VARIABLES	148
3.1.1.	Variable Independiente	148
3.1.2.	Variable Dependiente.....	148
3.2.	MATERIALES Y PROCEDIMIENTOS	148
3.3.	MÉTODOS	150
3.3.1.	Métodos Generales de la Ciencia:	150
3.3.2.	Métodos Específicos del Derecho	151
3.4.	TÉCNICAS	151
3.4.1.	Técnicas de Recolección	151
3.4.2.	Técnicas de Procesamiento	152
3.5.	INSTRUMENTOS	153
3.6.	PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS.....	153
3.7.	SELECCIÓN Y REPRESENTACIÓN POR VARIABLES	154
4.	RESULTADOS	156
5.	DISCUSIÓN DE RESULTADOS	160
6.	CONCLUSIONES	199
7.	RECOMENDACIONES	202
	REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	204

I. INTRODUCCIÓN —————●

1. INTRODUCCIÓN

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

La búsqueda de la verdad en el proceso penal es una cuestión que por muchos años ha preocupado a la doctrina, existiendo posturas que creen en la búsqueda de la verdad formal por un lado y la búsqueda de la verdad histórica por otro.

Una de las instituciones del sistema de justicia que constituye un pilar fundamental en la búsqueda de información para llegar a la verdad es el Ministerio Público, pues como ente persecutor de la acción penal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito y promoverá la misma de oficio o a petición de parte.

En el proceso penal tenemos el principio de legalidad que hace referencia a la perentoria obligación estatal de perseguir y sancionar el delito a través del ejercicio de la acción penal pública, asegurando así el cumplimiento irrestricto de la ley, valor social fundamental en un Estado de Derecho¹. En ese sentido el representante del Ministerio Público debe iniciar diferentes actos de investigación, ya sea en las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria formalizada, a fin de reunir elementos de convicción que le permitan, de ser el caso, formular o no su requerimiento acusatorio.

Esa recolección de elementos de convicción debe realizarse dentro del marco legal sin afectar los derechos fundamentales de las personas imputadas de un

¹ “Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano”. *Manual general para operadores jurídicos*. Segunda edición. Bogotá. USAID. Programa de Fortalecimiento de Justicia, 2009 p.14

delito o caso contrario en cumplimiento de las formalidades que requiere la norma procesal para darle validez a cualquier acto de investigación.

El código procesal penal en su artículo 159° establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidas con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. De igual forma, el artículo 157° inciso 3° establece que no pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos. Finalmente, el artículo VIII del título preliminar establece que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, careciendo de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Teniendo en cuenta los dispositivos antes invocados, existe una problemática respecto a la institución procesal de las intervenciones corporales reguladas en el artículo 211° y 212° del código procesal penal. Su regulación difiere del contenido al que se hizo referencia en los dispositivos antes invocados, pues se autoriza que el Juez de la investigación preparatoria a solicitud del Ministerio Público, pueda ordenar un examen corporal del imputado para establecer hechos significativos de la investigación, incluso sin su consentimiento. Aquí se produce sin duda la tensión entre eficacia y garantía de la que tanto se alude en el proceso penal, tensión que el maestro argentino ALBERTO BINDER lo ha definido de la siguiente manera: “El choque entre la búsqueda de eficacia del programa punitivo y los límites que en defensa de la libertad se han creado,

sirve de eje explicativo, de concepto base para iluminar, con la luz más general y básica, todos los fenómenos de la justicia penal y del proceso penal²”.

El problema planteado es una manifestación de esta tensión entre garantismo y eficacia, pues en la presente investigación se busca determinar si esa regulación del artículo 211° se contradice con los dispositivos antes mencionados, o por el contrario, se encuentra válidamente justificado. Asimismo, pretendo establecer si esa regulación que faculta al Juez autorizar la realización de intervenciones corporales, incluso sin el consentimiento del imputado, vulnera los derechos fundamentales del mismo.

No debemos dejar de lado el derecho que tiene cualquier persona imputada de un delito a no declarar o de no aportar ninguna prueba en su contra, ello de conformidad con lo regulado en el artículo 71° inciso 2° parágrafo d, del código procesal penal, pues como enseña MONTERO AROCA: “El acusado no necesita probar nada, siendo toda prueba de cuenta de los acusadores, pues la presunción de inocencia sólo puede entenderse desvirtuada cuando en el proceso se ha practicado prueba válida y ésta es de cargo³”. Podría entenderse desde este punto de vista, que las intervenciones corporales sin el consentimiento de los imputados, no deberían permitirse ya que afectarían su dignidad, integridad física y fundamentalmente derechos constitucionales del intervenido; sin embargo, debe tenerse en cuenta que los derechos y garantías del proceso no tienen un contenido estático, cerrado e ilimitado.

Es así que en la práctica, se han podido apreciar casos donde se ha dispuesto practicar intervenciones corporales con la finalidad de obtener una muestra de

² BINDER, Alberto “*Derecho Procesal Penal*” Tomo I. Buenos Aires. Editorial AD-HOC, 2013.p.100.

³ MONTERO AROCA, Juan “*Principios del Proceso Penal*” Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch, 1997 p.153.

ADN para esclarecer la responsabilidad de una persona (v. gr. delitos de violaciones sexuales), o como el caso referencial de ROCHIN vs. CALIFORNIA, en el que a una persona investigada por transportar droga, al verse perseguido por la policía ingirió las pastillas que contenían droga, siendo obligado por los miembros del orden a vomitar las mismas, cosa que no hizo, cuestión que determinó que se lo esposó y sea trasladado a un hospital para ser sometido a una intervención quirúrgica y mediante el uso de una sonda estomacal se obtuvieron dichas pastillas.

De igual forma han existido casos de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, donde para determinar (y recabar el elemento de convicción) si una persona se encuentra con grado de alcohol en la sangre, se realizan métodos alcoholimétricos adoptados durante una detención que a través de una medición de aliento o a través de una intervención corporal del imputado, permiten determinar el grado de alcohol ingerido; o, como el caso BREIPHTAUPY vs. ABRAM en el que se extrajo una muestra de sangre a un conductor que habría sobrevivido a un accidente para determinar si estuvo en estado de ebriedad. En estos casos cabría preguntarnos qué sucede si los intervenidos se niegan a pasar la prueba de dosaje etílico. La respuesta a ello deberíamos encontrarlo en el artículo 213° exclusivo para intervenciones corporales en casos de prueba de alcoholemia, sin embargo, ante la ausencia de ello recurrimos al fundamento genérico establecido en el artículo 211°, pues se podría extraer sangre utilizando la fuerza física - ¿Pero cuál es el límite a la utilización de la fuerza? - o solicitar al Juez autorización para su realización ya que dicho artículo faculta actuar incluso sin el consentimiento del intervenido. En la práctica se viene dando solución a este tipo de incidentes, con los

apercibimientos expresos de ser denunciados, ante la negativa de someterse a la prueba respectiva, por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, pues caso contrario, ante su no oposición, los fiscales o efectivos policiales proceden a realizar la prueba de sangre sin que en ningún momento posterior se solicite la confirmatoria de dicha extracción, pues se entiende que ello sería innecesario ya que con el consentimiento del investigado no existiría afectación de derecho fundamental alguno.

En este orden de ideas trataremos de determinar a lo largo de la investigación cuales son los fundamentos doctrinarios, normativos o jurisprudenciales que dan validez a la regulación de la institución procesal denominada intervenciones corporales aun sin el consentimiento del imputado. Asimismo, comprobaremos si dicha regulación de las intervenciones corporales, incluso sin el consentimiento del imputado, afecta y desvirtúa el concepto de recolección de pruebas válidas, o por el contrario, deben permitirse en consideración al principio de proporcionalidad y necesidad de la medida, toda vez que por un lado se encuentra en juego el interés de la justicia penal para investigar y sancionar adecuadamente los delitos; y por el otro, la tutela de los derechos fundamentales de los imputados.

1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Entre los principales trabajos de investigación que han abordado algunas aristas de la problemática planteada tenemos:

La autora QUISPE FARFÁN, quien en su artículo *“El Registro Personal y las Intervenciones Corporales”* ha señalado que: “Las intervenciones corporales

son actos de investigación de un delito, que tienen por objeto el cuerpo de la persona humana, sin necesidad de obtener consentimiento, por lo que deben actuarse previa orden judicial, sólo en el caso necesario, en la forma prevista por la ley y ponderando el interés de la investigación del delito frente a los derechos individuales de las personas⁴”.

Tenemos asimismo que VÁSQUEZ GANOZA, en su artículo “*Aplicación Coactiva de las medidas limitativas de derechos en el código procesal penal de 2004*”, refiere respecto a las intervenciones corporales: “Que el legislador haya preestablecido la procedencia de la medida aún sin el consentimiento del intervenido, no significa que aquella se realice con vulneración absoluta de su voluntad⁵”.

De otro lado se tiene el trabajo titulado “*Las intervenciones Corporales en el código procesal penal de 2004: Marco conceptual, naturaleza jurídica y criterios prácticos*” de PISFIL FLORES, quien señala: “En estas regulaciones aparecen de inmediato conflictos que se plantean entre los intereses constitucionales como los de hacer justicia por parte del Estado con respecto a los derechos fundamentales del imputado o la víctima como la integridad física, la locomoción, la libertad de autodeterminación, la intimidad, y el derecho a la no incriminación en la obtención de la prueba⁶”.

Asimismo ESPINOZA RAMOS, en su investigación “*Las intervenciones*

⁴ QUISPE LOZANO, Fany Soledad “*El Registro Personal y las Intervenciones Corporales*” EN: “*El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*” Lima, 2005.p.424.

⁵ VÁSQUEZ GANOZA, Carlos Zoe “*Aplicación Coactiva de las medidas limitativas de derechos en el Código Procesal Penal de 2004*” en Actualidad Procesal Penal. Tomo 190. Lima. Gaceta Jurídica, 2009, p.191.

⁶ PISFIL FLORES, Daniel Armando “*Las intervenciones Corporales en el Código Procesal Penal de 2004: Marco conceptual, naturaleza jurídica y criterios prácticos*” En: La Prueba en el Código Procesal Penal. REVILLA LLAZA, Percy Enrique (Coordinador) Lima. Editorial Gaceta Jurídica, 2004.p.413

Corporales en el nuevo código procesal penal” señala en su conclusión tercera que: “Las intervenciones corporales suponen límites o restricciones a un conjunto de derechos fundamentales, tales como el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la igualdad de armas”.

Se tiene además otros trabajos de investigación que han abordado algunas aristas de la problemática como: “*La Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos*” de MIRANDA ESTRAMPES; “*Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos: Registros e Intervenciones Corporales*” de Cesar SAN MARTIN CASTRO; “*La Búsqueda de Pruebas a través de Pesquisas*” de Pedro ANGULO ARANA; y, “*Las Intervenciones Corporales en la Investigación del Delito. Sobre su legalidad y Presupuestos Procesales*” de Herve AQUINO ESPINOZA, entre otros.

1.3. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos teóricos que legitiman la regulación de las intervenciones corporales aun sin el consentimiento del imputado, en el código procesal penal de 2004?

1.4. JUSTIFICACIÓN

1.4.1. JURÍDICA

En el aspecto jurídico, la presente investigación será de suma importancia para cada uno de los lectores, determinando de esa manera uno de los tantos problemas o discusiones que se dan en torno

al tema de las intervenciones corporales sin el consentimiento del imputado y su forma de aplicación en la forma de investigación del ente persecutor de la acción penal a fin de obtener elementos de convicción de cara a un juicio oral. Esto ayudaría a tener un criterio mucho más amplio, claro y entendible frente a los diversos casos que pueden presentarse en la práctica procesal y de esa manera establecer los lineamientos y fundamentos por los cuales debería proceder su aplicación sin afectar derechos fundamentales o en caso de afectarlos, establecer límites y criterios para justificar su procedencia.

1.4.2. METODOLÓGICA

La utilización de los métodos de análisis, síntesis, inductivo, deductivo y sobretodo hermenéutico nos permitirá tener una visión integral para plantear los fundamentos a la problemática planteada. Esto se contrastará con el material legislativo, jurisprudencial y doctrinario en la que se analizará si la regulación de las intervenciones corporales en el código procesal penal de 2004 se encuentra válidamente justificado o por el contrario afectan derechos del imputado (intervenido), incluso cuando se realiza sin su consentimiento.

1.4.3. TEÓRICA

El estudio de las intervenciones corporales en el código procesal penal de 2004 y la posibilidad que su regulación afecten los derechos del imputado en el proceso, decanta un estudio teórico muy importante, en

razón que conseguirá la recopilación de las bases teóricas fundamentales de los principios y garantías fundamentales del proceso penal, del estudio a nivel constitucional de las medidas limitativas de derechos, así como del estudio mismo de los derechos fundamentales, pues todos estos aspectos constituirán fundamentos adecuados para entender la razón de su regulación.

1.4.4. PRÁCTICA

La utilidad de desarrollar los fundamentos de la regulación normativa de intervenciones corporales sin consentimiento del investigado tiene un trascendental trasfondo práctico en la medida que es posible su aplicación a casos concretos y sobre todo a casos límite, cuestión de importancia para los operadores del derecho, los litigantes y la comunidad jurídica en general.

1.4.5. SOCIAL

Es menester hacer mención que una de mis intenciones como discente de la Sección de Post Grado de la Universidad Privada Antenor Orrego es la de comprobar si las restricciones de derechos, a través de la regulación de la institución procesal denominada intervenciones corporales, deben prevalecer ante la búsqueda de una verdad real a efectos de evitar la percepción de impunidad que siempre ha caracterizado a nuestra administración de justicia.

1.5. HIPOTESIS

Los fundamentos que legitiman la regulación de las intervenciones corporales sin el consentimiento del imputado, en el código procesal penal son: cumplir los fines de la investigación; garantizar los derechos de las víctimas; aproximarnos a una verdad real; y, evitar la percepción de impunidad que siempre ha caracterizado a la administración de justicia.

1.6. OBJETIVOS

1.6.1. General

- Explicar los fundamentos que regulan a la institución procesal denominada intervenciones corporales cuando se realiza sin el consentimiento del imputado.

1.6.2. Específicos

- Describir la regulación normativa de las intervenciones corporales en el código procesal penal de 2004.
- Describir el conflicto normativo entre la regulación de las intervenciones corporales sin consentimiento del imputado, regulado en el artículo 211° del código procesal penal y la regulación expresa respecto a la legitimidad de la prueba establecida en el artículo VIII del título preliminar así como en el artículo 157° inciso 3° y artículo 159° del mismo cuerpo normativo.
- Analizar los fundamentos de requerimientos fiscales y

resoluciones judiciales para amparar la procedencia de intervenciones corporales en diferentes Distritos Judiciales y Fiscales que vienen aplicando el código procesal penal de 2004.

- Proponer límites en la procedencia de intervenciones corporales realizada por la autoridad fiscal, fundamentalmente ante la inexistencia del consentimiento del imputado.

II. MARCO TEORICO —————●

2. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

LA PRUEBA

2.1. LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL

La verdad que se busca alcanzar en un proceso penal es aquella verdad formalizada, es decir aquella verdad que tiene como referencia someter los hechos y las pruebas al principio de legalidad. Tal como lo sostiene el jurista alemán WINFRIED HASSEMER, en el proceso penal existe una verdad forense, es decir que el Juez descubre la verdad pero a través de vías formalizadas, que constituye una verdad distinta a la indagación de la verdad objeto de las ciencias empíricas. (...) El averiguamiento de la verdad no es la meta de la fase de producción en el proceso penal. La meta es más bien la obtención formalizada de la verdad. El derecho procesal penal plantea al Juez una tarea que no puede realizar: averiguar la verdad, pero no a cualquier precio ya que está de por medio los derechos fundamentales de la persona. Lo que el Juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, la verdad forense, y es a ésta a la que se dirige la comprensión escénica en el proceso penal (...). Mal respondería la verdad forense a la ética si los órganos de la instrucción y el Juez estuvieren adscritos al concepto de verdad que guía la indagación de la verdad en ciencias empíricas. Como se ha visto, la búsqueda de la verdad material puede llevar a dañar corporal, espiritual o socialmente a las personas⁷.

Desde el punto de vista procesal, como sostiene ALEX CAROCCA, los

⁷ HASSEMER, Winfried “*Fundamentos del Derecho Penal*” Barcelona. Editorial Bosch, 1984, p.190

tribunales no han pretendido asumir una función inquisidora, arrogándose la facultad de descubrir objetivamente la verdad, sino que han esperado que sean las partes a través del debate abierto y contradictorio, quienes proporcionen toda la información necesaria para resolver el conflicto penal a favor de una u otra.

A continuación explicaremos los conceptos de verdad material y verdad formal:

2.1.1. Verdad Material

También denominada teoría fenomenológica de la verdad, o verdad real o histórica, entendida como el "correlato de un acto identificador, una situación objetiva y como correlato de una identificación de coincidencia, la plena concordancia entre lo mentado y lo dado como tal"⁸. Es así que para llegar a dicha verdad es necesario tener evidencias que permitan corroborar que lo afirmado no solo ha quedado en la mente, sino que la misma fue materializada en el mundo fenoménico.

Finalmente, debemos entender a la verdad material como aquella expresión que fue "empleada históricamente para designar de modo indistinto un único concepto, que encerraba la idea de la posibilidad de alcanzar el conocimiento absoluto de verdad en el proceso penal y, simultáneamente, el de la imposibilidad de renunciar a ese conocimiento"⁹.

⁸ FRAPOLLI, María José "Teoría de la Verdad en el siglo XX". Madrid. Editorial Tecnos, 1997 p.330.

⁹ GUZMAN, Nicolás. "La Verdad en el Proceso Penal" Buenos Aires. Editores Del Puerto, 2006, p. 31.

2.1.2. Verdad Formal

De otro lado, la verdad formal es aquella que nace como cuestionamiento de la material, toda vez que la corroboración mediante las evidencias no puede garantizar a plenitud que la afirmación de hecho haya acontecido en la realidad (verdad inter subjetivista). Esta verdad entiende que las evidencias son signos que dependen a priori de un proceso de interpretación, que a su vez depende de la persona que lo analiza, quien está inmerso en una comunidad. En suma, la verdad formal o simplemente consensual es aquella que permite tener como fin del proceso la solución del conflicto, sobre la base de los hechos que las partes dispusieron en el proceso, que consensualmente se acepta como solución del conflicto.

Finalmente, la verdad formal puede alcanzarse en el proceso penal vigente mediante dos vías: **una primera, *consensuada***, que es la verdad que se alcanza mediante la aplicación de los procedimientos alternativos establecidos en el código, como una opción para darle fin al proceso, a través de la solución del conflicto entre las partes. En estos casos, la verdad alcanzada o el resultado del proceso se negocia entre las partes, bajo condiciones y premisas distintas en cada caso y, finalmente, condicionado al visto bueno del juzgador encargado de homologar los acuerdos; y, **una segunda, denominada *probatoria***, donde el esclarecimiento de lo acontecido está condicionado a las formalidades que la normativa impone para el juicio, cobrando aquí importancia las reglas de exclusión probatoria, lo mismo que las

excepciones que la doctrina y la jurisprudencia han establecido para salvaguardar los medios de prueba y evitar su supresión del proceso¹⁰.

2.1.3. Estados Intelectuales del Juez

El Juez para llegar a emitir una opinión contundente respecto a la responsabilidad o no de una persona imputada en la comisión de un hecho delictivo, debe formarse una convicción clara respecto a los hechos acontecidos. Por medio de la prueba se buscará impactarlo en su conciencia y este proceso tiene diferentes fases. Tomando como referencia a CAFFERATA NORES¹¹, expliquemos cada una de ellas.

a. Verdad

En un proceso penal debe construirse una verdad formal lo más aproximado a lo realmente ocurrido, al punto de que las pruebas de cargo obtenidas sean idóneas para provocar en los jueces la firme convicción de que están en lo cierto (certeza) sobre la culpabilidad del acusado, sin la cual no puede haber condena penal. Asimismo, habrá que garantizar que la acusación pueda ser refutada, comprobada o desvirtuada mediante procedimientos probatorios idóneos a tal fin; y que sólo se la admita como verdadera cuando pueda apoyarse en pruebas de cargo, no enervadas por las de descargo, mediante la valoración de todas ellas conforme a las reglas que orientan el recto

¹⁰ CAMPOS CALDERON, j. Federico “*La Garantía de Imparcialidad del Juez en el Proceso Penal Acusatorio: Consideraciones en torno a su pleno alcance en el sistema procesal costarricense*”. [en línea] [Consultado el 25 de mayo de 2014]. disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/La%20garant%C3%ADa%20de%20imparcialidad%20del%20juez%20en%20el%20proceso%20penal%20acusatorio%20-%20Federico%20Campos.pdf>

¹¹ CAFFERATA NORES, José I. “*La prueba en el proceso penal,*” 3º Edición. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998, p. 4.

pensamiento humano: la lógica, los principios de las ciencias y la experiencia común, que son "reglas que permiten discernir lo verdadero de lo falso". Como acertadamente lo establece CAFFERATA NORES, la verdad que se procura en el proceso penal es la verdad sobre la culpabilidad del imputado: su inocencia se tiene por verdadera hasta que se pruebe lo contrario¹², lo cual no excluye el derecho de aquél a acreditarla, ni la obligación de los órganos públicos de no ignorar (ni ocultar) pruebas de descargo y de atender las circunstancias eximentes o atenuantes que hubiere invocado. Finalmente, el proceso penal constituye en sí mismo un sistema de reconstrucción de la verdad que involucra grados crecientes de sospecha respecto de la participación que ha cabido a un individuo en un hecho punible, avanzando naturalmente desde el estado de la duda hasta el estado de certeza¹³.

b. Certeza

La verdad es algo que está fuera del intelecto del Juez, quien sólo la puede percibir subjetivamente como creencia de haberla alcanzado. Cuando ésta percepción es firme se dice que hay certeza, a la cual se la puede definir como la firme convicción de estar en posesión de la verdad. La certeza puede tener una doble proyección: positiva (firme creencia de que algo existe) o negativa (firme creencia de que algo no

¹² Artículo II. Código Procesal Penal. "Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada, requiriendo para ello una suficiente actividad probatoria de cargo

¹³ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián "*Derecho Procesal Penal Chileno*" Tomo I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p.80.

existe); pero estas posiciones (certeza positiva y certeza negativa) son absolutas. El intelecto humano, para llegar a esos extremos, debe recorrer un camino, debe ir salvando obstáculos en procura de alcanzar esa certeza. Y en ese tránsito se van produciendo estados intelectuales intermedios, los cuales suelen ser denominados duda, probabilidad e improbabilidad¹⁴.

En ese sentido debemos entender a la certeza como el convencimiento de que lo afirmado se condice con la verdad y realidad. Ello implica que en la condición de certeza no exista duda alguna; la certeza importa, entonces, que "el Juez no pueda basarse en meras probabilidades"¹⁵, sin embargo, es imposible afirmar la inexistencia de dudas respecto a la ocurrencia de un hecho, toda vez que todo conocimiento y decisión humana puede ser objeto de error, razón por la cual es válidamente posible manejar la idea de duda - aunque sea mínima - dentro del concepto de certeza.

c. Duda

Las dudas que se manejan dentro del concepto de certeza son las de carácter irrelevantes, teóricas o abstractas, "que si bien no pueden excluirse enteramente debido a la falibilidad del conocimiento

¹⁴ MAIER afirma que el Juez puede estar, en el momento de apreciar los elementos de prueba, en un estado de *duda, probabilidad o certeza*, pues quien aprecia los elementos de prueba puede, sin embargo, adoptar decisiones diferentes respecto de la verdad: puede convencerse de que la alcanzado, tiene la *certeza* de que su reconstrucción es correcta; se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, pero en un grado menor al anterior, pues los elementos que lo afirman en esa posición superan a otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores, afirma la *probabilidad* de que su reconstrucción es acertada; por último, comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que lo niegan, la *duda* es absoluta. En: MAIER, Julio "Derecho Procesal Penal Argentino". Buenos Aires. Editorial Hammurabi, 1989, p.258.

¹⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel Ob. Cit. p.57.

humano, sin embargo, no deben ser tenidas en cuenta por el Juez para la formación de la convicción"¹⁶.

Pero no existirá certeza necesaria para resolver, si no se pudiese disipar las dudas razonables, entendiendo por ellas a las "dudas concretas, reales y positivas, es decir, aquellas que concretamente se ha planteado el Juez en el proceso y que se apoyan en hechos o datos concretos"¹⁷; significa entonces que "para aplicar una condena, toda duda relevante debe ser eliminada, (...) que los otros enunciados que afirmaban cuestiones diversas han sido descartados o que se ha comprobado su falsedad"¹⁸.

Entre la certeza positiva y la certeza negativa se puede ubicar a la duda en sentido estricto, como una indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o la inexistencia del objeto sobre el cual se está pensando, derivada del equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla, todos ellos igualmente atendibles. O, más que equilibrio, quizá sea una oscilación, porque el intelecto es llevado hacia el "sí" y luego hacia el "no", sin poder quedarse en ninguno de estos extremos, sin que ninguno de los dos polos, ni el positivo ni el negativo, lo atraiga suficientemente como para hacerlo salir de esta indecisión pendular¹⁹.

d. Probabilidad

Habría probabilidad, en cambio, cuando la coexistencia de elementos

¹⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel Ob. Cit. p.59.

¹⁷MIRANDA ESTRAMPES, Manuel Ob. Cit.p.59.

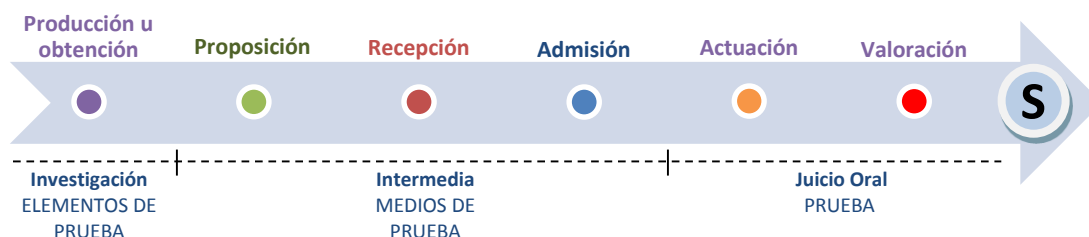
¹⁸ GUZMÁN, Nicolás Ob. Cit. p. 38.

¹⁹ CAFFERATA NORES, José I. Ob. Cit. p. 8

positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza de convicción a los negativos; es decir, que aquéllos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento. Cuando los elementos negativos son superiores a los positivos (desde el mismo punto de vista) se dice que hay improbabilidad (o probabilidad negativa).

Para la teoría de la prueba como juicio de probabilidad, la misma solo "es un mero calculo probabilístico, es decir, un juicio más o menos aproximado de probabilidad"²⁰, la que se puede entender como "el estado mental del Juez en el cual éste no está completamente convencido de los presupuestos señalados (...), pues existen otros elementos probatorios que lo llevan al terreno de la duda. Es decir (...) lo considera solo meramente probable"²¹.

2.1.4. Fases de la Actividad Probatoria



Cuando hacemos mención a la actividad probatoria, nos referimos a las diferentes fases que debe comprender la prueba, desde su **producción u obtención** hasta su **actuación** y **valoración** en juicio, con la única finalidad de demostrar la averiguación de la verdad de un hecho y consecuentemente generar en el Juez un grado de convicción

²⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel Ob. Cit. p.60.

²¹ GUZMÁN, Nicolás Ob. Cit. p. 28.

respecto a las afirmaciones realizadas por las partes. Esta convicción es la que aspira cada parte procesal (acusador y defensa), toda vez que con la prueba se va construyendo una verdad formal respecto al acontecimiento sujeto a investigación. De nada vale obtener adecuadamente un elemento probatorio si éste no ha sido introducido al proceso penal válidamente a través de diferentes actos procesales. MIXÁN MÁSS, citado por ROSAS YATACO, realiza una clasificación respecto a los actos del proceso, clasificándolos de la siguiente manera: a) mandatos de oficio: destinados a concretar una actividad probatoria inteligentemente programada y de acuerdo con las exigencias del caso; b) actos de postulación: o petitorios de los sujetos procesales para que se admitan los medios probatorios que presentan o proponen; c) resolución de admisión o de denegación a las peticiones de los sujetos procesales, u ordenando de oficio la actuación probatoria; d) resoluciones de reprogramación o de corrección de la actividad probatoria; e) diligencias de contenido y finalidad probatorias; y, f) actos de valoración de la prueba²². De igual forma, SAN MARTÍN CASTRO citando a VINCENZO MANZINI, señala que la prueba exige el ejercicio de una serie de actos procesales, que se pueden agrupar en tres categorías: producción, recepción y valoración²³. Sin embargo, a propósito de la presente investigación presentaré una clasificación más específica de la actividad probatoria:

²² ROSAS YATACO, Jorge *“Manual de Derecho Procesal Penal”* Editorial. Lima Grijley, 2003, p.596

²³ SAN MARTÍN CASTRO, César *“Derecho Procesal Penal”* Volumen II. Lima. Editorial Grijley, 1999, p. 583.

2.1.4.1. Producción y Proposición

La fase de producción –muy distinta a la de proposición- se da en la etapa de investigación preparatoria (la misma que comprende las diligencias preliminares) donde el Fiscal, a través de sus indagaciones realizadas por él mismo o a través de la policía, puede recabar elementos de prueba que tienen como finalidad generar en el juzgador la convicción suficiente de los argumentos afirmados. De igual forma, la defensa puede realizar sus indagaciones privadas o solicitar al Ministerio Público que las realice directamente, pues el artículo 337° inciso 4° establece que durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. El Fiscal puede no aceptar tal solicitud, pudiendo la defensa recurrir al Juez de investigación preparatoria, a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia.

Por su parte, SAN MARTIN CASTRO considera que la producción o proposición es aquella manifestación de voluntad hecha por las partes dirigida a introducir en el proceso un determinado medio de certeza²⁴. Sin embargo, debemos entender que la introducción formal, en el proceso penal, de un determinado medio de prueba se realiza en la etapa intermedia donde el Juez debe verificar que la obtención de las mismas sean pertinentes,

²⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César Ob. Cit. p. 583.

conducentes, útiles y no ilícitas ni irregulares, pues mientras no se llegue a dicha etapa, simplemente hablaremos de recolección, acumulación o aportación de pruebas realizada por las partes (entiéndase todas ellas como la producción probatoria).

Por su parte, ROSAS YATACO refiere que cualquiera de los sujetos procesales puede indicar o requerir, la introducción en el proceso penal, de un medio de prueba. Por ejemplo, que el inculpado solicite se reciba la declaración testimonial de una persona a quien considera un testigo de descargo. Estos actos de aportación de pruebas permiten que se vayan incorporando al proceso de manera que se dilucide el objeto de la prueba y el juzgador tenga una decisión del mismo²⁵.

En ese sentido, debemos entender que una vez recabados los elementos de prueba (entendidas como fase de producción), los mismos deberán incorporarse al proceso formalmente (fase de proposición) para que sean actuados en juicio oral y de esa forma el Juez las valore adecuadamente. En el caso de la fiscalía, la proposición se materializa mediante el ofrecimiento de los medios probatorios consignados en su requerimiento acusatorio, mientras que la defensa y las demás partes lo realizan formalmente en el control de la misma, entre los 10 días de plazo en que se corre traslado del requerimiento acusatorio para las observaciones respectivas.

A propósito de la fase de producción, debe quedar claro que los

²⁵ROSAS YATACO, Jorge Ob. Cit. p. 597.

hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidos por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas. Finalmente, no pueden ser utilizados, **aun con consentimiento del interesado**, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos²⁶, aspecto este último que tiene mucha relación con el tema materia de la presente investigación.

2.1.4.2. Recepción y Admisión

SAN MARTIN CASTRO considera a esta fase como el hecho de tomar conocimiento del elemento de prueba introducido mediante la forma permitida por la ley (dato objetivo o información sobre el objeto procesal)²⁷.

Las partes son libres de presentar cualquier medio de prueba para acreditar cualquier afirmación de hecho propuesta; mientras que el Juez debe admitirlas, en tanto tengan relevancia legal. En suma, la admisión de los medios de prueba es el acto judicial en la que el

²⁶ Artículo 157. Código Procesal Penal del 2004.

²⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César Ob. Cit. p. 583.

Juez controla la legalidad, pertinencia, la utilidad y la necesidad de los medios de prueba que serán actuados en la audiencia.

Esta fase se presenta cuando el Fiscal emite su requerimiento acusatorio y luego de lo cual seguirá su trámite conforme a las normas procesales. Así, el artículo 350° del Código Procesal Penal establece la posibilidad que tienen las partes para absolver la acusación fiscal dentro del plazo de diez días, siendo dentro de ese plazo en que las partes tienen la posibilidad de ofrecer pruebas para el juicio, detallando los documentos, testigos y peritos que deberán ser admitidos para su actuación, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Para ello el Juez tendrá que realizar un control sobre el ofrecimiento de las pruebas y tendrá en cuenta que la petición debe contener la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso y que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente, útil y fundamentalmente lícito. El Tribunal Constitucional en la RTC N° 02333-2004-HC/TC destacó que el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho. Veamos cada uno de ellos:

- ***La pertinencia:*** Es la relación lógica entre el medio y el hecho

por probar, es decir, prueba pertinente es aquella que de alguna manera hace referencia al hecho que constituye objeto del proceso. La prueba será considerada impertinente cuando la evidencia no tenga vinculación alguna con el objeto del proceso, en razón de no poder inferirse de la misma ninguna referencia directa o indirecta con el mismo o con un objeto accesorio o incidental que sea menester resolver para decidir el principal²⁸; en suma, la pertinencia que se requiere para la admisión está constituida por la conexión lógica entre el medio de prueba y el hecho afirmado por dicha prueba. Según el Tribunal Constitucional, cuando nos referimos a la pertinencia se exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso²⁹.

- **Conducencia o idoneidad:** Siguiendo al Tribunal Constitucional, hablamos de conducencia cuando el legislador ha establecido la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo, menciona el Tribunal, aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado

²⁸ TALAVERA ELGUERA, Pablo “*La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*” Lima. GTZ y AMAG, 2009 p. 54.

²⁹ Sentencia TC. Exp. N° 6712-2005-HC

hecho³⁰. Por su parte, TALAVERA considera que la conducencia es una cuestión de derecho, porque se trata de determinar si el medio utilizado, presentado o solicitado es legalmente apto para probar el hecho. La prueba inconducente es rechazada *in limine* en la mayoría de los códigos. (v.gr. los diplomáticos testifican mediante informe escrito; no procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años)³¹.

- **Utilidad:** la utilidad del medio de prueba está constituida por la idoneidad y la eficacia que tiene el medio para verificar el hecho, eliminándose así a las pruebas sobreabundantes o de imposible consecución; es decir, “debe prestar algún servicio, ser necesario o, por lo menos, conveniente, para ayudar a obtener la convicción del Juez respecto de los hechos principales o accesorios”³². Asimismo, la utilidad ayuda a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; de igual forma serán pruebas inútiles cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles,

³⁰ Sentencia TC. Exp. N° 6712-2005-HC

³¹ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. Cit. p. 55.

³² DEL RIO LABARTHE, Gonzalo “*La Etapa Intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*” Lima. ARA Editores, 2010, p. 188.

notorios, o de pública evidencia; también cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes³³.

- **Licitud:** la licitud de la prueba está referido al modo de obtención de la fuente que posteriormente se pretende incorporar al proceso. Prueba ilícita es aquella recolectada en violación de los derechos fundamentales o violación de normas con rango constitucional, pues no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida³⁴. Sin embargo, puede existir casos donde no necesariamente se vulneraron normas de rango constitucional en su obtención, sino solamente normas de rango infra constitucional las que según la Corte Suprema han sido denominadas pruebas irregulares³⁵.

³³ Sentencia TC. Exp. N° 6712-2005-HC

³⁴ Sentencia TC. Exp. N° 6712-2005-HC. Asimismo, en la sentencia N° 655-2010, Alberto Quimper, el tribunal señala que una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal.

³⁵ Ejecutoria Suprema N° 342-2001-LIMA del 17 de setiembre de 2004: “(...) quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de

En consecuencia la admisión probatoria constituye una valoración probatoria preliminar en el sentido de que sirve para excluir del proceso de manera anticipada las pruebas irrelevantes; control que se ve plasmado en la resolución conclusiva de todo el debate desarrollado en la audiencia de control de acusación, esto es, en el auto de enjuiciamiento.

2.1.4.3. Actuación

Esta fase se presenta en la etapa procesal de juzgamiento y consiste en la introducción del medio de prueba (ya admitido) en juicio oral, lo que vendría a generar como resultado: “la prueba”, o mejor dicho que el hecho o la afirmación del mismo se dé como probado.

La actuación probatoria inicia con el examen del acusado, siempre que él decida someterse a su realización³⁶. Posteriormente, se actúan todos los medios probatorios admitidos en la etapa intermedia y finalmente se oralizan las documentales.

La actuación de la prueba testimonial (testigos y peritos) se realiza luego del examen del acusado, y es ahí donde las partes pueden realizar el interrogatorio, el contra interrogatorio, el re directo, etc. Asimismo, durante el interrogatorio puede actuarse o incorporarse prueba material, pues los instrumentos o efectos del delito, y los

los derechos fundamentales; resultando de ello que si la prueba se obtuviera de forma ilícita, pero sin afectar tales derechos fundamentales, sería admisible y desplegaría todos sus efectos, por tanto se admite la validez y eficacia de la prueba incorporada al proceso de forma irregular o ilegal sin vulneración de derechos fundamentales (...)

³⁶ Es necesario precisar que existen posiciones donde no consideran como actuación probatoria "el examen del acusado", toda vez que el mismo no constituye medio de prueba, debido a que lo que él mismo diga no puede ser usado en su contra, salvo la figura de la confesión. Pero la confesión en si no constituye una prueba, debido a que el Código Procesal Penal requiere para que ésta tenga efecto que el confeso sustente la misma mediante un elemento de corroboración.

objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, siempre que sean materialmente posible, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes, conforme así lo dispone el artículo 382 del Código Procesal Penal. Finalmente, luego de la actuación de los testigos y peritos viene la oralización de aquellos documentos que no pudieron ser actuados de manera oral a través de los órganos de prueba, por cuestiones de fuerza mayor (v.gr. muerte del testigo, prueba anticipada, prueba pre constituida, etc.). En esos supuestos solo se leen las partes que consideren relevantes, permitiéndose las objeciones cuando la contraparte descontextualiza la lectura o simplemente la desvirtúa.

2.1.4.4. Valoración

Facultad exclusiva del Juez para realizar un análisis crítico y lógico sobre los elementos probatorios admitidos y actuados a nivel de juicio oral. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, careciendo de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, pues la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio³⁷. Como lo sostiene ROSAS YATACO, esta valoración

³⁷ Artículo VIII. Código Procesal Penal del 2004

constituye una operación intelectual del Juez quien la va a ponderar y finalmente resolver³⁸.

En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria³⁹.

Siguiendo a MIRANDA ESTRAMPES⁴⁰, existen condiciones que debe reunir toda prueba para que la misma pueda ser valorada por el Tribunal y poder estimar destruida la presunción - iuris tantum - de inocencia. Así, en primer lugar debe tratarse de **verdaderos actos de prueba practicados en el acto de juicio oral**, no pudiendo el Juez utilizar su conocimiento privado o extraprocesal para formar su convicción acerca de los hechos. Deben excluirse o descartarse todos aquellos elementos que no tenga la condición de verdadera prueba. El material objeto de valoración judicial debe tener, por tanto, la condición de prueba. A todo esto es lo que se denomina “conurrencia de prueba”. En segundo lugar, **la prueba debe ser de cargo**, es decir, debe tener un contenido objetivamente incriminatorio para el acusado, no siendo suficiente la simple presencia formal de pruebas sino que es imprescindible que las

³⁸ ROSAS YATACO, Jorge. Ob. Cit. p. 596

³⁹ Artículo 158°. Código Procesal Penal del 2004

⁴⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004” [en línea] [Consultado el 25 de mayo de 2014]. disponible en: www.incipp.org.pe

mismas tengan un contenido incriminatorio y que sea congruente con los hechos introducidos en el proceso. En tercer lugar, debe hablarse de la **legitimidad y licitud de la prueba**, pues la presunción de inocencia exige que las pruebas se practiquen con todas las garantías y se obtengan de forma lícita, caso contrario las pruebas quedarán excluidas. La regla de la exclusión se aplicará no solo cuando la infracción de derechos fundamentales se produzca durante la actividad de búsqueda y recolección de fuentes de prueba sino, también, durante la incorporación al proceso de las fuentes de prueba y durante la práctica en él de los medios de prueba debidamente propuestos y admitidos. Finalmente, otra condición para una adecuada valoración de la prueba es que la misma sea suficiente, es decir debe existir **suficiencia probatoria** para fundamentar una declaración de culpabilidad del acusado. Así, conforme lo establecido por el Código Procesal Penal, la presunción de inocencia requiere, para ser desvirtuada, de una suficiente actividad probatoria de cargo obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

A fin de establecer parámetros para determinar la mayor o menor libertad que tienen los jueces para la valoración de la prueba, a continuación estudiaremos los sistemas probatorios existentes a nivel legal y doctrinario:

- ***Prueba legal o tasada:*** Caracterizado porque la ley (no el Juez) es la que permite establecer taxativamente qué fuentes de

prueba se pueden utilizar, incluso excluyendo determinados medios para acreditar algunos hechos o exigiendo algunos para demostrar otros, y sobre todo, porque establece perentoriamente cuál es el valor de convicción que el juzgador debe atribuir a cada medio de prueba⁴¹.

Este sistema, propio del proceso de tipo inquisitivo, rigió principalmente en épocas de escasa libertad política (constituyendo un fenómeno correspondiente la falta de libertad judicial), como un curioso intento de garantía para el imputado, en el momento de la sentencia definitiva, frente a los extraordinarios poderes otorgados a los jueces por la ley en todo el procedimiento previo⁴². Así por ejemplo, una prueba plena era la declaración de una persona de gran reputación, un noble; pero la declaración de una persona que tenga una dudosa reputación sería considerada prueba semiplena.

- **Íntima convicción:** En el sistema de la íntima convicción, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El Juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquéllas según su leal saber y entender. A esta característica debe agregársele la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales; pero ello no significa en modo alguno la autorización para sustituir la prueba por el

⁴¹ CAROCCA, PÉREZ, Alex “Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal” 3º Edición. Santiago de Chile. Editorial Lexis Nexis, 2005, p.233.

⁴² CAFFERATA NORES, José I. Ob. Cit. p.44.

arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el "buen sentido" (racionalidad) connatural a todos los hombres. Si bien este sistema, propio de los jurados populares, tiene una ventaja sobre el de la prueba legal, pues no ata la convicción del Juez a formalidades preestablecidas (muchas veces, ajenas a la verdad real), pues presenta como defecto evidente el de no exigir la motivación del fallo, generando el peligro de arbitrariedad y, por ende, de injusticia⁴³. JORGE VÁSQUEZ ROSSI, citando a VÉLEZ MARICONDE, señala que dentro del sistema acusatorio puro impera la íntima convicción, o valoración según conciencia. Esto puede caracterizarse como una ausencia de reglas previas destinadas a condicionar la decisión. No hay normas que indiquen al juzgador el valor acreditante de los diferentes elementos probatorios ni que lo obliguen a explicitar las razones que lo guiaron para tener por cierta una determinada postura⁴⁴.

- ***Libre valoración de la prueba:*** También denominado el de libre convicción o sana crítica racional. En este sistema no existen exclusiones y se concede la libertad al Juez para establecer el valor que cabe atribuir a cada prueba producida. En todo caso, llama la atención que actualmente está absolutamente establecido que la prueba debe ser producida en

⁴³ CAFFERATA NORES, José I. Ob. Cit. p.45.

⁴⁴ VASQUEZ ROSSI, Jorge “*Derecho Procesal Penal*” Tomo II. Buenos Aires. Editorial Rubinzal – Culzoni.p.341.

el propio proceso, por lo que no se permite al Juez dictar sentencias carentes de motivación o tomar en cuenta elementos de convicción que conozca fuera del proceso, es decir, conocimiento privado, que es lo que caracterizó a un sistema probatorio, denominado de la íntima convicción o de la apreciación de la prueba en conciencia, que sería actualmente contrario al debido proceso⁴⁵. En los derechos procesales modernos, rige el principio de la libre convicción judicial, o sea, el principio según el cual el Juez puede apreciar las pruebas sin tener que observar disposiciones especiales, es decir, las puede apreciar libremente⁴⁶.

Conforme al código procesal penal peruano, en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos⁴⁷. Como se ha podido apreciar, el Código Procesal Penal importa un sistema de valoración concordante con la sana crítica, por el cual el Juez en su valoración está obligado a motivar las razones de su decisión ya que las únicas bases para poder dar mayor fuerza probatoria a uno u otro medio es la utilización de los

⁴⁵ CAROCCA, PÉREZ, Alex Ob. Cit. p. 233.

⁴⁶ BAUMAN, Jurgén “*Derecho Procesal Penal: Conceptos fundamentales y principios procesales*” Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1986.p. 120.

⁴⁷ Artículo 158° y Artículo 393°. Código Procesal de 2004.

conocimientos científicos, la experiencia y la lógica. Se entiende por las **máximas de la experiencia** a aquellas “conclusiones extraídas de una serie de percepciones singulares pertenecientes a los más variados campos del conocimiento humano, (...) consideradas por el Juez como suficientes para asignar un cierto valor a los medios probatorios”⁴⁸; en otras palabras, es un concepto que forma parte de la experiencia del Juez y que este considera que forma parte de la experiencia del común de las personas de una determinada comunidad (generalizaciones). De otro lado, se entiende por **leyes científicas** a los preceptos que el Juez utiliza como base para fundamentar una decisión valorativa de un medio de prueba. Estas leyes son tomadas como ciertas debido al consenso de la comunidad científica que le da la categoría de universalidad. Es debido a ello que dichas leyes no son objeto de prueba, sino base para dar valor a una afirmación de hecho. Ejemplos claros de una ley científica serían: la ley de la gravedad, ley de la conservación de la energía, ley de la acción reacción, etc. Finalmente, las **reglas de la lógica** que son entendidas como aquellos cánones formales que permiten evidenciar que un medio de prueba tiene coherencia interna; en otras palabras, permite ver si la estructura formal del aporte probatorio no es contradictoria.

⁴⁸ TALAVERA ELGUERA, Pablo Ob. Cit. p. 111.

De otro lado, dentro de la valoración de la prueba debe diferenciarse la valoración individual y la valoración conjunta. La primera, es aquella valoración que el Juez realiza en el ejercicio de la inmediación y oralidad en el juzgamiento, en donde presencia minuto a minuto toda la fiabilidad y coherencia de la actuación probatoria, que bajos los criterios de la lógica, ciencia o experiencia podrá otorgarle valor de manera individual. Así por ejemplo, el Juez en un interrogatorio podrá observar las reacciones que el testigo pueda manifestar, su forma de contestar, su firmeza, sus contracciones, su nerviosismo, su postura, etc.; mientras que la segunda, es entendida como la contrastación de los medios de prueba que pasaron el filtro de valoración individual, en donde se podrá arribar a determinadas conclusiones teniendo en cuenta las contrastación de todas las pruebas, permitiendo dar a luz hechos que no presente contra indicios, que generen duda razonable o contra indicios que no puedan reducir el alto grado de probabilidad de ocurrencia del hecho en cuestión. Como se mencionó precedentemente, el artículo 393° inciso 2° establece que el Juez penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás.

2.1.5. Conceptos Básicos de la Actividad Probatoria

2.1.5.1. Prueba

A diferencia de lo que ocurre con ciertas instituciones y conceptos jurídicos, que atañen solo a determinada rama del derecho, como la

procesal, la civil o la penal, la noción de prueba no solo tiene relación con todos los sectores del derecho, sino que trasciende el campo general de éste, e incluso, a la vida práctica cotidiana. La noción de prueba está presente, en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí que exista una noción ordinaria o vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica, y que ésta varíe según la clase de actividad o de ciencia a que se aplique⁴⁹.

Así, la prueba es todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva⁵⁰. Según CLARIÁ OLMEDO, la actividad probatoria puede definirse como el conjunto de declaraciones de voluntad reguladas legalmente y producidas por los intervinientes en el proceso, con la finalidad de adquirir un conocimiento sobre la materialidad del objeto procesal, y sobre sus consecuencias penales y eventualmente civiles. Legalmente se manifiesta a través de la regulación de los medios de prueba en su proyección al órgano, al elemento, al objeto y a la actividad⁵¹.

HORVITZ LENNON Y LOPEZ MASLE, siguiendo a SENTIS MELENDO, definen a la prueba como una verificación (y no averiguación) de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos o fuentes de prueba de que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a

⁴⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *“Teoría General de la Prueba Judicial”*. Bogotá. Editorial Temis, 2002. p. 7

⁵⁰ CAFFERATA NORES, José I. Ob. Cit. p. 4.

⁵¹ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *“Derecho Procesal Penal”* Tomo II. Buenos Aires, Editores Rubinzal – Culzoni, p. 305.

ciertas garantías⁵².

Por su parte, MIRANDA ESTRAMPES considera que la prueba es un fenómeno comprobatorio de todo conocimiento, como actividad humana para justificar todo lo que afirma; sin embargo, en términos jurídicos la prueba se aparta o caracteriza, pues en ella los procedimientos, mecanismos y medios a través de los cuales se desarrolla la actividad probatoria, en el seno de un proceso, vienen determinados y regulados por las leyes⁵³.

Técnicamente debemos partir conociendo un primer aspecto muy importante en cuanto a la prueba penal como parte de la actividad probatoria dentro del proceso penal. Al hablar de prueba, hacemos alusión a un concepto exclusivo del juicio oral, lo que quiere decir que lo que se recolecte en la fase de investigación aun no constituirá prueba propiamente dicha⁵⁴. Al respecto, ALBERTO BINDER establece que la primera fase del proceso penal es preparatoria lo que quiere decir que los elementos de prueba que allí se reúnen no valen aún como prueba.

Para ALEX CAROCCA, probar significa básicamente convencer sobre la efectividad de una afirmación y como tal tiene lugar en muchos ámbitos de la actividad humana. Así, por ejemplo, el método científico se caracteriza porque exige al investigador acreditar una y otra vez las hipótesis que formula. En el fondo, lo

⁵²HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián Ob. Cit. p.65.

⁵³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "*La mínima actividad...*". Ob. Cit. p. 16-17

⁵⁴ Percy García Caveró considera que la prueba en el proceso penal es la actividad procesal llevada a cabo por el Ministerio Público y los demás sujetos procesales, dirigida a convencer al Juez de la veracidad de los hechos afirmados por las partes. Dicho autor considera que se trata de una de las acepciones que tiene el termino prueba en el marco del proceso (la prueba como actividad) y no de las otras dos restantes (la prueba como medio y la prueba como resultado). En: La Prueba Por Indicios en el Proceso Penal. Editorial Reforma. p.22

que debe hacer es producir una nueva afirmación por medio de un experimento, que le permitan compararla con la primera -la hipótesis- y convencerse y convencer a la comunidad científica, de la efectividad de esta última. En el ámbito del proceso, se requiere de la prueba porque quien debe pronunciar la decisión sobre absolución o condena frente a una acusación es un tercero, que no ha presenciado los hechos y que por lo tanto debe ser convencido de la efectividad de las afirmaciones que efectúa el acusador y, eventualmente, el acusado.

Ahora bien, es necesario tener presente que en doctrina encontramos tres posiciones que intentan determinar el concepto de prueba: La primera postura sostiene a la prueba como aquella actividad de los sujetos procesales, es decir, como aquel esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba⁵⁵. La crítica a esta posición es que el concepto de prueba no depende de las facultades que se concedan a las partes en cada tipo de proceso. Tal postura solo abarca un aspecto de la actividad probatoria, la cual se restringe solo a un criterio procedimentalista; por otra parte, la postura que vincula la prueba con su finalidad, la considera como aquella actividad encaminada a conseguir el convencimiento psicológico del Juez⁵⁶, es decir, la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real, acerca de la imputación o de otra afirmación o

⁵⁵ CAFFERATA NORES, José. Ob. Cit. p.31

⁵⁶ VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos. “Curso de Derecho Procesal Penal”, Vol. II. Madrid. 1962. p. 211.

negación que interese a una providencia del Juez⁵⁷. Esta postura es refutada en el sentido que explica a la prueba vinculándola con su finalidad, e incluso al definirla como tal omite los medios para alcanzar el convencimiento del juzgador; por último, la tercera postura considera a la prueba como medio de verificación de afirmaciones formuladas en el proceso, conducentes a la sentencia⁵⁸, o de manera completa, como una actividad consistente en una comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción del Juez⁵⁹.

2.1.5.2. Objeto de Prueba

Objeto de prueba es aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba⁶⁰. Son todos aquellos hechos provistos de relevancia para determinar la comisión o la imposibilidad de comisión de un hecho reputado punible, la concurrencia de circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes susceptibles de modificar la supuesta responsabilidad criminal del imputado, y eventualmente los daños y perjuicios generados por la comisión del delito⁶¹.

En el ámbito jurídico es el fin que persigue la actividad de los

⁵⁷ MANZINI, Vincenzo “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1962. p. 197

⁵⁸ SENTÍS MELENDO, Santiago. “*Introducción al Derecho Probatorio*” En: Estudios procesales en memoria de Carlos Viada. Madrid. Instituto Español de Derecho Procesal, 1965. p. 543-544

⁵⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*”. Tomo XVI. Vol. 2°. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1991. p. 12

⁶⁰ CAFFERATA NORES, José I. Ob. Cit. p.24.

⁶¹ ENRIQUE PALACIO, Lino “*La Prueba en el proceso penal*” Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot, p.18.

sujetos con el propósito de producir en la conciencia del juzgador, la certeza necesaria que sirva de base para la sentencia. En tal sentido, el objeto de prueba es todo aquello que debe ser investigado, analizado y debatido en el proceso⁶².

Como expresa TARUFFO, citado por MARÍA INÉS HORVITZ LENNON y JULIÁN LOPEZ MASLE, en el proceso los hechos de los que hay que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia específica. Para usar una fórmula sintética: es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye el hecho. Ello conduce a la primera condición que debe reunir un hecho para ser objeto de prueba, esto es, ser un hecho relevante⁶³.

En el proceso penal rige en forma amplia el conocido principio de libertad de la prueba; todo se puede probar y por cualquier medio. Pero la amplitud del principio no es absoluta. Existen limitaciones expresas de la ley o que derivan de principios generales, referidas al elemento y al medio de prueba⁶⁴.

Siguiendo a CLARIÁ OLMEDO, el objeto de prueba es la materialidad sobre la cual recae la actividad, lo que se puede o debe probar, no se trata propiamente del objeto procesal sino de los datos materiales que, introducidos como elementos de convicción en el proceso, tienen capacidad de producir un conocimiento relacionado

⁶² SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima. Editorial IDEMSA, 2006. p. 655.

⁶³ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián Ob. Cit. p.132.

⁶⁴ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Ob. Cit. p.226.

con la conducta incriminada. No es objeto de prueba el homicidio sino la muerte de una persona por otra. Ninguna limitación al principio de libertad de la prueba admite excepciones si se refiere al objeto. Por ejemplo, en ningún caso podrá probarse el rumor público o las presunciones iuris et de iure, etc. El objeto de prueba comprende todo acontecimiento o circunstancia fáctica referida al hecho en sí en cuanto cambio del mundo exterior (muerte, apoderamiento, etc.), a las manifestaciones psíquicas (inconsciencia, emoción, perversidad, etc.), a las cosas en cuanto porción de la realidad, a las personas en su proyección física o biológica, a los lugares en cuanto dimensiones espaciales y de ubicación, a los documentos escritos o grabados en su materialidad, a otros datos inmateriales susceptibles de conocerlos por sus manifestaciones físicas (electricidad, luz, calor, etc.), a los principios científicos o técnicos, a reglas de la experiencia en cuanto común modo de ser y de obrar de personas o cosas, y a las normas jurídicas no vigentes en cuanto a su existencia temporal o espacial. Queda excluido el derecho vigente, lo que es evidente y lo que es notorio⁶⁵.

El objeto de prueba puede analizarse en abstracto y en concreto. En *abstracto*, el objeto comprende la determinación de las cosas que pueden probarse, es decir, la determinación del requisito de la idoneidad de la comprobación procesal, de la aptitud procesal de prueba. En *concreto*, el objeto comprende la determinación de los

⁶⁵ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Ob. Cit. p.309.

requisitos del objeto de prueba en relación con un caso particular⁶⁶. Finalmente, en doctrina encontramos dos posturas en torno al objeto de la prueba, según se considere como objeto a los hechos o a las afirmaciones. Un sector de la doctrina, mayoritario y que podemos denominar como teoría clásica, considera que el objeto de la prueba lo constituyen los hechos, es decir, los sucesos que acontecen en la realidad y que son introducidos por las partes en el proceso⁶⁷. En una corriente doctrinal cada día más extendida, el objeto de prueba no lo constituyen los hechos de la realidad sino las afirmaciones que las partes realizan en torno a dichos hechos. Mediante la prueba se trata de verificar la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes procesales⁶⁸.

Nuestro Código Procesal Penal, asume la postura mayoritaria del objeto de la prueba, puesto que en su 156° inciso 1 señala : *“Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito”*.

Asimismo en el inciso 2° del artículo 156° nuestro legislador ha previsto una cláusula prohibitiva de objeto de la prueba cuando refiere expresamente: *“No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, la norma jurídica interna vigente,*

⁶⁶ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Ob. Cit.p. 807

⁶⁷ Siguen esta postura: VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos. Ob. Cit. ; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *“Teoría General de la Prueba Judicial”*. Editorial Temis. Bogotá. 2002; CAFFERATA NORES, José. Ob. Cit.; y otros.

⁶⁸ Asume esta postura: CARNELUTTI, Francesco. *“La prueba civil”*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1982; SENTÍS MELENDO, Santiago. Ob. Cit.; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Ob. Cit. p; y otros.

aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio”.

La doctrina nacional no ha sido muy clara al referir si el objeto de prueba son los hechos o las afirmaciones de las partes, es así que tenemos concepciones amplias como las de SANCHEZ VELARDE que señala que objeto de prueba “es todo aquello que debe ser investigado, analizado y debatido en el proceso⁶⁹”.

En el mismo sentido ANGULO ARANA se pregunta ¿Qué se puede probar? y se responde en los siguientes términos: “Es materia de probanza todo aquello que puede ser verificable dentro de un proceso penal, cuyos resultados de la comprobación tienen directa relación con los intereses de las partes que intervienen en el proceso, desde las diferentes perspectivas que les corresponda asumir⁷⁰”.

En este tenor se afirma, que el objeto de prueba comprende la determinación de los aspectos que pueden y deben probarse, es decir, la determinación del requisito de la idoneidad de la comprobación procesal y de la aptitud procesal de la prueba⁷¹.

Estas afirmaciones amplias de objeto de prueba hacen comprensible que se entienda no sólo los hechos como único objeto de prueba, sino también una serie de datos que rodean el hecho básico que se pretende, datos que conducen a confirmar o a descalificar la alegación de las partes, y que generalmente esos

⁶⁹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo *“El Nuevo Proceso Penal”* Lima. Idemsa, 2009.p.231

⁷⁰ ANGULO MORALES, Marco Antonio *“El Derecho Probatorio en el Nuevo Proceso Penal Peruano”* Lima. Gaceta Jurídica, 2012.p.58.

⁷¹ HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith *“Preceptos Generales de la Prueba en el Proceso Penal”* En: *“La Prueba en el Código Proceso Penal de 2004”*. REVILLA LLAZA, Percy Enrique (Coordinador). Lima. Gaceta Jurídica, 2012. p.18

datos se exhiben como acontecimientos del mundo exterior, personas en sus manifestaciones físicas o psíquicas, cosas, lugares, resultados de la experiencia, juicios inherentes a las cosas, derecho no vigente, etc.⁷².

Hay que tener en cuenta lo señalado por ARBULÚ MARTINEZ, en el sentido que una cosa son los hechos y otra muy distinta la idea de los hechos, por ello se trata de probar algo que existió; pero ese hecho en cuanto a su reproducción con los medios de prueba se corporiza en otras formas que son los enunciados fácticos, que describen o representan el hecho, y afirman o niegan su existencia. En consecuencia, lo que se deben probar son proposiciones o enunciados fácticos, si son verdaderos o falsos, por lo que en puridad, estos son los objetos de prueba judicial⁷³.

2.1.5.3. Elemento, Órgano, Fuente y Medio de Prueba.

CAFFERATA NORES, citando a VÉLEZ MARICONDE, considera al **elemento de prueba**, como todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso⁷⁴, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva. Estos datos consisten en los rastros o huellas

⁷² UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando “Preceptos Generales de la Prueba” En: “Nuevo Código Procesal Penal Comentado” CLAROS GRANADOS, Alexander y CASTAÑEDA QUIROZ, Gonzalo (Coordinadores) Lima. Instituto Ediciones Legales, 2012. p.456.

⁷³ ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal” En: “La Prueba en el Código Proceso Penal de 2004”. REVILLA LLAZA, Percy Enrique (Coordinador). Lima. Gaceta Jurídica, 2012.p.93

⁷⁴ Particularmente considero que dicha incorporación se realiza a través de los medios de prueba, por eso se dice que los medios de prueba se generan en la etapa intermedia cuando son ofrecidas y admitidas formalmente por el juez de la investigación preparatoria. Antes únicamente se habla de una recolección de elementos de prueba.

que el hecho delictivo pueda haber dejado en las cosas (rotura, mancha, etc.), en el cuerpo (lesión) o en la psiquis (percepción) de las personas, y el resultado de experimentos u operaciones técnicas sobre ellos (v.gr. la pericia demostró que la mancha es de sangre)⁷⁵. Tiene como características: la *objetividad*, cuyo dato debe provenir del mundo externo al proceso; la *legalidad*, la cual exige que la información debe ingresar al proceso siguiendo las prescripciones de la ley; la *relevancia* que implica que el elemento de prueba permitirá fundar sobre el objeto de imputación, un juicio de probabilidad y suficiencia respecto a la culpabilidad o inocencia del procesado; y por último, la *pertinencia*, donde debe haber una relación entre los extremos de la imputación y los hechos jurídicamente relevantes⁷⁶.

Por su parte, el **órgano de prueba** es la persona que expresa ante el Juez el conocimiento que tiene sobre un hecho que se investiga. El órgano de prueba aporta un elemento de prueba. El imputado, el agraviado, el testigo, son órganos de prueba⁷⁷. Son aquellas personas físicas (pueden ser testigos o peritos) que proveen el conocimiento de los hechos sobre lo que versa el objeto de prueba. El órgano de prueba es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo trasmite al proceso. La ley regula su actuación al ocuparse de los medios de prueba (v.gr. al reglamentar la testimonial establece las normas relativas al testigo), y admite la posibilidad de que intervengan como tales tanto aquellas personas que no tienen

⁷⁵ CAFFERATA NORES, José I. Ob. Cit. p.16

⁷⁶ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Ob. Cit. p. 810-811

⁷⁷ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. Cit. p. 658

interés en el proceso (v.gr., un perito) como las interesadas en su resultado (v.gr., el ofendido por el delito), sin perjuicio del especial cuidado que se debe guardar al valorar los aportes de estas últimas⁷⁸.

ROSAS YATACO considera que hacemos mención al órgano de prueba a la persona que considerada como elemento de prueba lo transmite o incorpora al proceso penal, con la finalidad de que el Juez tome conocimiento y lo valore para resolver la cuestión, conforme a su libre criterio⁷⁹.

La **fente de prueba** debemos entenderlo como un concepto meta jurídico, extrajurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso⁸⁰; por lo que, para alcanzar relevancia jurídica, ella requerirá necesariamente de comprobación e incorporación por parte de la autoridad fiscal o judicial en el proceso penal.

El **medio de prueba** es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Una vez más, la formalidad de dicho ingreso se realiza en etapa intermedia, pues antes de dicha etapa simplemente hablamos de elementos probatorios recabados o propuestos durante la investigación preparatoria. Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio penetre en el proceso (formalmente) para ser conocido por el tribunal y las partes, con respeto del derecho de

⁷⁸ CAFFERATA NORES, José I. Ob. Cit. p. 23

⁷⁹ ROSAS YATACO, Jorge Ob. Cit. p. 591

⁸⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit. p. 813

defensa de éstas⁸¹. Para LINO MANRIQUE, el medio de prueba es el modo u operación que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de los hechos sobre los que versa la causa⁸². Los medios de prueba son, de esta manera, un procedimiento formal para la incorporación de elementos probatorios, que está regido por ciertas garantías, y que tiene su razón de ser en la necesidad de controlar los instrumentos de los que se vale el juzgador para adquirir conocimiento de los hechos. Este control se manifiesta en dos vertientes: *por un lado*, para asegurar que el convencimiento del juzgador tenga base en medios racionalmente aptos para proporcionar el conocimiento de los hechos y no en meras sospechas o intuiciones ni en sistemas de averiguación de corte irracional o comúnmente tenidos como de escasa o nula habilidad; y, *por el otro*, para asegurar que los elementos que el juzgador ha tenido en cuenta en la formación de su convencimiento se han producido con respeto de las garantías constitucionales y legales⁸³.

⁸¹ CAFFERATA NORES, José I. Ob. Cit. p. 23

⁸² ENRIQUE PALACIO, Lino Ob. Cit. p. 23.

⁸³ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián Ob. Cit. p 67.

CAPÍTULO II

BUSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

2.2. CUESTIONES GENERALES

Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente y debe ser tratada como tal mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada, requiriendo para ello una suficiente actividad probatoria de cargo⁸⁴. El principio de presunción de inocencia ha de tener virtualidad desde que hay un proceso en contra del justiciable y sus alcances han de ser inversamente proporcionales a la formación del objeto del proceso. Así, inicialmente, cuando el referido objeto es incipiente, la presunción de inocencia y sus efectos son más contundentes, pues solo nos encontramos frente a la posible responsabilidad penal del procesado; mientras que, al momento de la oralización de la acusación, en juicio, la presunción de inocencia tiene más probabilidad de ser desestimada debido a que, conforme se pasa de una etapa a otra, los elementos de convicción que se exigen al Ministerio Público van siendo más rigurosos⁸⁵. En ese sentido, toda imputación de algún hecho penalmente relevante amerita una adecuada investigación por parte del ente persecutor, bajo el respeto del principio de presunción de inocencia que goza todo procesado. Así, los actos de investigación que practica el Ministerio Público no tienen carácter jurisdiccional y ante una investigación, que puede realizarlo con apoyo policial, está obligado a actuar con objetividad, indagando

⁸⁴ Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

⁸⁵ ORÉ GUARDIA, Arsenio, *“Principios del Proceso Penal”*. Lima. Editorial Reforma. 2011. p. 66

los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado⁸⁶. Asimismo, el Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio, adecuando sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley sin perjuicio de las directivas que pueda emitir la Fiscalía de la Nación⁸⁷, pues, puede ser pasible de sanción disciplinaria en caso trasgreda las disposiciones legales, conforme a la Ley Orgánica del Ministerio Público o normas administrativas de carácter interno emitidas por la Fiscalía de la Nación o la Junta de Fiscales Supremos del Ministerio Público, y por sus superiores jerárquicos⁸⁸. En consecuencia, el Ministerio Público es el único órgano constitucionalmente habilitado para dirigir la investigación, sin que puedan otros intervinientes en el proceso penal ejecutar labores en ese sentido, en desconocimiento de la jerarquía y autonomía de dicho Ministerio, el cual debe actuar, en la ejecución de esa tarea, conforme al principio de objetividad⁸⁹. Bajo dichos parámetros, el Ministerio Público debe perseguir la acción penal a través de diferentes mecanismos de investigación, pero siempre dentro de un contexto legal y constitucional. Esos actos de investigación muchas veces pueden realizarse vulnerando derechos fundamentales y es allí donde se deben establecer límites o por el contrario establecer los fundamentos para autorizar dichas afectaciones.

⁸⁶ Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

⁸⁷ Artículo 61° inciso 1° del CPP del Código Procesal Penal

⁸⁸ Artículo 23°, literal c y d, del Reglamento de Control Interno del Ministerio Público

⁸⁹FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. “*Estudios Constitucionales*”. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca. Editorial Librotecnia. 2005. p. 293

2.2.1. El Procesado como Fuente de Prueba

Aparentemente el nuevo código procesal penal considera al procesado como aquella persona capaz de proporcionar información respecto al caso concreto a fin de dar solución al mismo. Y esto lo podemos apreciar en sus artículos 2°, 160°, 161°, 211°, 212°, 372° inciso 2°, 375° y 468°, referidos al principio de oportunidad, confesión sincera, intervención y registros corporales, aceptación de cargos en la fase de juzgamiento, examen del acusado y terminación anticipada; artículos que hacen suponer que el acusado puede ser considerado fuente probatoria. Del análisis de los artículos antes mencionados sale a relucir uno referido a la declaración del acusado en etapa de juzgamiento, siendo un problema actual que él mismo sea considerado como medio de prueba. Dicha ubicación y confusión respecto al examen del acusado deviene de la tradición impuesta por el viejo modelo, ya que en el sistema inquisitivo la confesión era la forma ideal para resolver el proceso, siendo su etapa más trágica la pérdida de valor de los testigos y acrecentando su valor a la confesión, a tal punto que el Juez no podía dictar sentencia si no contaba con la confesión del culpable, la cual si no se obtenía voluntariamente, se buscaba obtener por medio de presiones y violencia⁹⁰.

Pero, la confesión en el nuevo proceso penal se refiere al “reconocimiento formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial por el imputado, acerca de su participación en el hecho en que

⁹⁰ MALDONADO, V y OSMAN, Pedro “*Prueba penales y Problemas Probatorios*” 3° Edición. Caracas. AVILA ARTE SA, 1989, p. 116.

se funda la pretensión represiva deducida en su contra”⁹¹. Este reconocimiento “no es medio de prueba sino de defensa, aunque pueda contener elementos de convicción como sería el dicho confesorio”⁹². Decimos que no es medio de prueba debido a que la confesión por sí sola no muestra nada. Para que dicho acto tenga efectos necesita que tenga corroboración por uno o varios elementos⁹³; es decir, el que realmente aporta información al proceso es ese otro elemento corroborativo que exige la normativa procesal.

Además de ello, decimos que es un medio de defensa debido a que la finalidad y utilidad de la confesión, no está relacionada con iluminar a la judicatura respecto al hecho base del proceso, sino la de acogerse a los beneficios - como el principio de oportunidad, la terminación anticipada, la conclusión anticipada, etc. - que trae consigo un reconocimiento libre, voluntario y corroborado. Durante todo el proceso penal el imputado esta investido del principio constitucional de presunción de inocencia por lo que nadie puede obligarlo a colaborar con la investigación del delito que se le imputa. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 8° inciso 02° literal “g” establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Asimismo, establece que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. De igual

⁹¹ CHAPPINI, Julio *“La Prueba de Confesión: suma de las reglas procesales”*. Rosario. Editorial FAS, 2000, p. 231.

⁹² CHAPPINI, Julio, Ob. Cit. p.233.

⁹³ Artículo 160°. Código Procesal Penal 2004

forma se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. CAFFERATA NORES establece que la declaración del imputado debe ser considerada como un medio de defensa y no como un medio de prueba y que como derivación de la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo, se proscribe igualmente imponerle su intervención activa como órgano de prueba⁹⁴. Asimismo, el mismo autor manifiesta -algo que nos servirá para arribar en nuestras conclusiones- que sólo cuando el imputado actúe como objeto de prueba (lo que no significa, por cierto, que sea objeto del proceso) podrá ser obligado a participar en el respectivo acto procesal (v.gr. En una inspección pericial de su cuerpo)⁹⁵. Es decir, el autor es del criterio de que el imputado sí puede ser utilizado como objeto de prueba, situación muy diferente a ser utilizado como objeto del proceso en donde puede verse afectado el principio de presunción de inocencia así como el debido proceso.

Nuestro código procesal penal reconoce al investigado la calidad de objeto de prueba ya que en ocasiones puede traer consigo evidencias que pueden ser utilizadas como prueba dentro del proceso penal (v.gr. Alcohol en la sangre, ADN para un proceso de violación, etc.). Así, el imputado en un proceso penal puede ser fuente de prueba cuando en forma voluntaria nos proporcione medios o elementos probatorios. Caso contrario, siempre que no se afecten sus derechos fundamentales, podrá ordenarse un examen corporal, incluso sin su consentimiento, para la obtención de elementos de prueba que sirvan

⁹⁴ CAFERATA NORES. José I. *“Proceso Penal y Derechos Humanos”* Buenos Aires. Editores del Puerto, 2000. p. 85

⁹⁵ CAFERATA NORES. José I. Ob. Cit.p.86

para la investigación. Ver para tal efecto lo establecido en el artículo 211° del Código Procesal Penal.

La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha establecido que el imputado como objeto de prueba es utilizado en casos en que no se dañe psíquica y físicamente sus derechos propios como ser humano⁹⁶. Asimismo, ha establecido que la obtención de sangre y saliva puede realizarse sin el consentimiento del imputado⁹⁷. Todo lo esbozado anteriormente tiene sustento en el principio de no autoincriminación⁹⁸ el mismo que considera al imputado no como objeto sino como sujeto del proceso, entendiéndose en un sentido mucho más amplio al derecho de todo imputado a que su persona no sea utilizada como fuente de prueba incriminatoria en contra de sí misma⁹⁹. Sin embargo, es evidente que puedan presentarse a lo largo de la investigación diferentes actos que ponen en cuestionamiento los alcances del principio de no autoincriminación, por cuanto, a través de ellos, se utiliza el propio cuerpo del imputado para obtener prueba incriminatoria.

2.2.2. La Búsqueda de Pruebas

La actuación fiscal y policial en la búsqueda y acopio de información durante la etapa de investigación - preliminar o preparatoria - puede importar afectación a ciertos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que de una u otra forma pueden significar actuaciones

⁹⁶ Voto Número 556-1991, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 14 horas 10 minutos del 20 de marzo de 1991.

⁹⁷ Voto Número 941-1991, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 8 horas 45 minutos del 10 de abril de 1992.

⁹⁸ Principio desarrollado ampliamente en supra 128.

⁹⁹ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián Ob. Cit. p.79

legítimas en busca de un fin común: aproximarnos a una verdad real, es decir, estas actuaciones, en muchos casos, resultan imprescindibles para lograr los fines de investigación y el proceso, lo que a la vez configura un interés preponderante de la colectividad. Así las cosas, nos encontramos ante un conflicto de intereses o derechos que el propio ordenamiento jurídico ha resuelto ponderando debidamente ambos intereses, de tal modo que se armonicen las garantías y derechos fundamentales y los criterios de eficacia y eficiencia en la investigación y persecución del delito. Pues de lo contrario, se podría llegar por un lado a la arbitrariedad y por el otro a la impunidad; lo que al final podría generar descrédito o deslegitimación de la Administración de justicia penal, al mostrarse incapaz para resolver los conflictos sociales generados por la comisión del delito¹⁰⁰. (Hablaemos al respecto en el análisis realizado a las intervenciones corporales, materia de la presente investigación).

PEÑA CABRERA sostiene que la actividad persecutoria estatal, (...) supone muchas veces la afectación de derechos fundamentales; afectación que es “legítima”: i) en cuanto se sostiene sobre un ideal de justicia material y sobre el interés social en la persecución del delito y del delincuente; y, ii) en cuanto se respeten los principios informadores del estado social, como límites infranqueables a esta persecución penal”¹⁰¹.

¹⁰⁰GALVEZ VILLEGAS, Tomás, RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton “*El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*” Lima, 2008 p. 404.

¹⁰¹ PEÑA CABRERA, Freyre, “*la Búsqueda de Pruebas y la Restricción de Derechos en el Código Procesal Penal: marco de aplicación y presupuestos legitimantes*” en *Actualidad Jurídica, Gaceta jurídica*, Tomo 145, Lima, Diciembre 2005, p. 104.

Es así que la figura de la búsqueda de pruebas y restricción de derechos es una manifestación del carácter no absoluto que tienen los derechos fundamentales, es decir, éstos últimos pueden ser restringidos, no eliminados, mientras no se vulneren su contenido esencial, el mismo que se determinará en razón del caso concreto, tras pasar el test del balancing o ponderación. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera “que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la constitución reconoce, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistémico de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana”¹⁰².

2.2.3. Búsqueda de Pruebas sin Restricción de Derechos

Estos actos de investigación reconocidos en nuestro código procesal penal en el artículo 106° al 201°, no como búsqueda de pruebas propiamente dichas, sino como medios de prueba, importan únicamente actos destinados a lograr elementos de convicción para que la investigación tenga respaldo probatorio, claro está, constituyen actos procesales en donde no se ven afectados derechos fundamentales.

¹⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N°1417-2005-AA; fj. 21.

2.2.3.1. Testimonio

El Código Procesal Penal regula a la testimonial y su actuación probatoria en los artículos 162° al 171°, 242°, 352° inciso 5° y 378° al 381°.

El testimonio es la declaración de una persona física, no sospechada por el mismo delito, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer, por percepción de los sentidos, sobre los hechos investigados, con el propósito de la reconstrucción conceptual de éstos¹⁰³.

El testimonio es la declaración de tercero ajeno a la contienda (técnicamente se le denomina testigo) y al proceso, referente a hechos percibidos a través de los sentidos y relacionados principalmente con los hechos objeto del proceso¹⁰⁴.

Se denomina testigo a todo aquel que no siendo parte procesal, es decir, siendo un tercero, es llamado al proceso por presumirse que tiene conocimientos relacionados con el hecho que se investiga con el fin de que declare lo que al respecto conozca. Los testigos declaran sobre los hechos que han percibido directa o indirectamente, a diferencia de los peritos que no declaran sino que emiten opinión técnico científico.

Toda persona citada como testigo tiene el deber de concurrir, salvo las excepciones legales prescritas en los artículos 163° inciso 2° y

¹⁰³ CAFFERATA NORES, José y HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *“La prueba en el proceso penal”*. Buenos Aires. Editorial Lexis Nexis, 2008. p. 104.

¹⁰⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. *“Tratado de la Prueba Judicial”*. Tomo II. Bogotá. Librería Profesional, 1984. p. 115

3°; artículo 165° inciso 1° inciso 2° a y b, bajo las cuales su concurrencia se convierte en facultativa.

2.2.3.2. Pericia

La pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba¹⁰⁵.

La prueba pericial es la opinión fundada de una persona especializada o informada en ramas del conocimiento que el Juez no está obligado a dominar. La persona dotada de tales conocimientos es el perito, y su opinión fundada se manifiesta en el dictamen¹⁰⁶.

A continuación realizaremos una explicación sobre los términos perito, pericia, peritación y peritaje. Nos referimos al **Perito** a toda persona a quien se le atribuye capacidad técnico-científica o práctica en una ciencia o arte. **Pericia** es la capacidad técnico – científica o práctica que sobre una ciencia o arte posee el sujeto llamado perito. **Peritación** por su parte es el procedimiento empleado por el perito para realizar sus fines. **Peritaje** es la operación del especialista traducido en puntos concretos¹⁰⁷.

Por otro lado, es necesario conocer la diferencia entre perito y testigo. Si bien ambos son órganos de prueba, este último es

¹⁰⁵ CAFFERATA NORES, José. “La prueba...” Ob. Cit. p. 47

¹⁰⁶ WITTHAUS, Rodolfo E. “Prueba pericial”. Buenos Aires. Ed. Universidad. Buenos Aires, 1991. p. 17.

¹⁰⁷ COLIN SANCHEZ, citado por CACERES, Roberto E. y IPARRAGUIRE N., Ronald D. “Código Procesal Penal comentado”. Lima. Jurista Editores. 2005. p. 246

llamado a participar en aquellos procesos en los cuales se debe comprobar los hechos por él percibidos; mientras que el perito no relata hechos percibidos sino aspectos especializados sobre determinada materia. Su actuación del testigo siempre es unipersonal, mientras que en el caso del perito puede ser conjunta, pues, puede participar de cualquiera de los casos donde sea indispensable la descodificación de hechos controvertidos¹⁰⁸. Finalmente, el testigo declara y el perito opina.

2.2.3.3. El Careo

El careo, es un método que mediante la discusión de versiones contradictorias (contrastación de declaraciones), está encaminada a descubrir o afinar la versión correcta. A través de ella el Juez tendrá a la vez la posibilidad de convencerse de la verdadera información declarada. Como diligencia procesal, podemos decir que es aquella que se práctica en presencia judicial, en la cual son enfrentadas dos o más personas que han formulado declaraciones contradictorias con ocasión de un proceso, dando a cada una de ellas la oportunidad de afirmar la sinceridad de su versión y conformidad con la verdad¹⁰⁹.

En nuestro sistema procesal penal, el careo procede cuando entre lo declarado por el imputado y lo declarado por otro imputado, testigo o agraviado surjan contradicciones importantes, cuyo esclarecimiento requiera oír a ambos. De igual manera procede el

¹⁰⁸ MACHADO SCHIAFFINO, Carlo. *“El perito y la prueba”*. Buenos Aires, Editorial La Rocca. 1988. p. 130.

¹⁰⁹ CACERES, Roberto E. y IPARRAGUIRE N., Ronald D. Ob. Cit. p. 252

careo entre agraviados o entre testigos o entre éstos con los primeros. No procederá el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad, salvo que quien lo represente o su defensa lo solicite expresamente¹¹⁰.

2.2.3.4. La Prueba Documental

La prueba documental es el instrumento probatorio que se compone por la representación de un acto humano configurado en un documento. Suelen distinguirse los documentos que son únicamente representativos – y que no contienen declaraciones manifiestas del autor como por ejemplo los planos, fotografías, etc. – de los documentos explicativos en los cuales es posible advertir un manifiesto contenido, como los escritos, videos, etc.; no obstante, ambas deben contener una representación del actuar humano¹¹¹.

El documento como medio de prueba aparece cuando su contenido se apoya en declaraciones o informes de personas dentro del proceso judicial; son aquellos documentos que forman parte del proceso y que por sí mismos merecen valor en tanto se relacionen con el hecho sujeto a investigación: instructiva, testimonial, pericial, etc. En tal sentido, el documento como medio de prueba se relaciona necesariamente al órgano de prueba¹¹².

El artículo 185° del código procesal penal señala como documentos a los manuscritos, impresos, fotocopias, fax, disquetes, películas,

¹¹⁰ Artículo 182°. Código Procesal Penal 2004.

¹¹¹ ANGULO MORALES, Marco Antonio Ob. Cit. p.131

¹¹² SÁNCHEZ VELARDE, Pablo Ob. Cit. p.700-701

fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces; y, otros similares¹¹³.

2.2.3.5. El Reconocimiento

Consiste en reconocer a determinada persona (reconocimiento personal) o cosa (reconocimiento real) en una investigación. Cuando alguien, suscitando el propio recuerdo, debe proceder a tal reconocimiento, la misma tiene que realizarse bajo un procedimiento ya que la ley ofrece un conjunto de reglas orientadas a evitar falsedades o errores, producto estos últimos, frecuentemente de la sugestión¹¹⁴. Estas reglas las encontramos en los artículos 189°, 190° y 191° del código procesal penal.

2.2.3.6. Inspección Judicial y la Reconstrucción

HERRERA AÑEZ, citado por ANGULO MORALES, considera que la inspección judicial y reconstrucción pueden definirse como el acto procesal mediante el cual el Juez y Fiscal observa, aprehende y percibe en cualquier forma y por sí mismo determinado objeto sensible en el lugar de los hechos (personas u objeto material) o determinadas características de ese objeto¹¹⁵. La diligencia de inspección judicial y reconstrucción son ordenadas por el Juez, o por el Fiscal durante la investigación preparatoria.

¹¹³ Los artículos 233, 234, 235 y 236 del Código Procesal Civil brindan mayores detalles sobre la definición de “documento”, como su clasificación y distinción entre documento público y privado.

¹¹⁴ GARCÍA RAMÍREZ y ADATO, citado por CACERES, Roberto E. y IPARRAGUIRE N., Ronald D. Ob. Cit. p. 257.

¹¹⁵ ANGULO MORALES, Marco Antonio Ob. Cit. p.139.

La inspección judicial va dirigida a apreciar básicamente lo siguiente:

1. El lugar en que se sitúa la comisión de los hechos, debiendo indicarse todas sus particularidades (geográficas, de situación, ambiente, etc.).
2. Circunstancias concurrentes en la perpetración del presunto delito.
3. Observación y conservación de los objetos o elementos materiales que pudieran hallarse relacionados con éste¹¹⁶.

Son objeto de esta prueba los hechos que se produzcan en el momento de la diligencia (derrumbe en el inmueble durante la inspección realizada por el Juez), las huellas o los rastros de un hecho pasado transitorio (que pueden considerarse incluidos en la inspección del lugar donde se encuentren), los inmuebles (para identificarlos, establecer sus características, su estado actual, su extensión, las construcciones u obras de otra clase y los cultivos que en ellos existan, etc.), los objetos o las cosas de toda clase, incluso documentos, archivos, expedientes o procesos, los bienes muebles en general, los animales, las personas cuando se trate de verificar su estado físico o las heridas y lesiones que tengan, los cadáveres de personas o animales, los acontecimientos que ocurran en presencia del funcionario y en que intervengan personas,

¹¹⁶ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo Ob. Cit. p. 504.

animales y cosas (sea que ocurran por primera vez y el Juez haya concurrido al ejercicio de sus funciones y para verificarlos personalmente, o que se trate de su reconstrucción). Estos hechos pueden ser permanentes o transitorios que todavía subsistan o que ocurran en presencia del Juez¹¹⁷. Por su parte, la reconstrucción del hecho tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo a las declaraciones y demás pruebas actuadas. No se obligará al imputado a intervenir en el acto, que deberá practicarse con la mayor reserva posible.

2.2.3.7. Pruebas Especiales

Finalmente, existen pruebas especiales que según nuestra legislación procesal se encuentran ubicadas en un subcapítulo único, la cual le brinda una cierta relevancia, debido al bien jurídico donde recaerá el objeto de prueba. Así tenemos, el levantamiento del cadáver (artículo 195^{o118}), la necropsia (artículo 196^o), embalsamamiento de cadáver (artículo 197^o), examen de vísceras y materias sospechosas (artículo 198^o), examen de lesiones y agresión sexual (artículo 199); y, examen en caso de aborto (artículo 200^o).

¹¹⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando Ob. Cit. p. 417.

¹¹⁸ Ley N° 29986 que modifica el artículo 195 del código procesal penal, de fecha 18 de enero de 2013. Asimismo, mediante D.S. N° 010-2013-JUS, del 08 de setiembre de 2013, se aprueba el Reglamento de Levantamiento de Cadáver.

2.2.4. Búsqueda de Pruebas con Restricción de Derechos

A diferencia de lo explicado anteriormente, ahora analizaremos aquellas pruebas que pueden recabarse en una investigación pero restringiendo derechos fundamentales.

Al tratar sobre búsqueda de pruebas y restricción de derechos nos estamos refiriendo a diferentes medidas y alternativas que tiene el Fiscal y que se realizan restringiendo el ejercicio de un derecho constitucional, con la finalidad de encontrar y asegurar material probatorio necesario sobre la presunta comisión de un hecho delictivo y de esa manera ir consolidando su investigación criminal y consecuentemente su teoría del caso de cara a un posible juicio oral.

Las medidas que limitan derechos fundamentales se encuentran consagrados en el nuevo sistema acusatorio en los artículos del 202° al 241°, y son los siguientes:

2.2.4.1. Control de Identidad Policial

Afectación legítima: Derecho fundamental a la libertad personal. (Artículo 2° inciso 24° literal b. de la Constitución).

Medida regulada en el artículo 205° del código procesal penal y que “busca conocer la identidad de las personas que se encuentran en relación mediata o inmediata con los hechos que son sometidos a investigación inicial, (...) sean dichas personas potenciales testigos y, por qué no, también involucrados directa o indirectamente en el hecho”¹¹⁹.

¹¹⁹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, “Introducción al Nuevo Proceso Penal”. Lima. IDEMSA, 2005. p. 95.

Dicho control lo puede realizar la Policía, sin necesidad de orden del Fiscal o del Juez, exigiendo como presupuesto que su realización se deba a fin de prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible.

El requerimiento de identidad se realizará en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, debiendo, el intervenido, presentar el correspondiente documento oficial de identidad a la autoridad policial; así mismo, como toda actividad legítima realizada por un funcionario, ésta debe ser transparente, en tal sentido, el intervenido tiene derecho a exigir a la Policía le proporcione su identidad y la dependencia o unidad a la que está asignado el efectivo policial.

Cuando el intervenido no cuente con la documentación, el Policía deberá proporcionar las facilidades necesarias para encontrarlo y exhibirlo, esto es, permitirle realizar llamadas, conducirlo a su domicilio o a la dirección que proporcione el intervenido, etc. Ante la no presentación del documento, el Policía puede trasladarlo a la dependencia policial más cercana, esto con fines de identificación mediante el sistema de datos que maneje dicha dependencia. Es de acotar que dicho traslado no tiene efectos ni semejanza con la detención debido a que el intervenido no podrá ser ingresado a celdas o calabozos ni tener contacto con personas detenidas, y tendrá derecho a comunicarse con un familiar o con la persona que él indique. Dicha diligencia tiene una duración que no puede exceder de las cuatro horas, conforme a los presupuestos

establecidos en la ley procesal. Finalmente, si de la diligencia de identificación se llega a evidenciar fundado motivo que el intervenido pueda estar vinculado a la comisión de un hecho delictuoso, la Policía podrá registrar sus vestimentas, equipaje o vehículo.

2.2.4.2. Video vigilancia

Afectación legítima: Derecho fundamental a la intimidad personal.
(Artículo 2° inciso 7° de la Constitución).

Esta medida restrictiva de derechos consistirá en la realización de tomas fotográficas, registro de imágenes y la utilización de cualquier otro medio técnico especial con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado. Obviamente que para que esta medida sea efectiva, no se requiere que el investigado conozca y consienta la diligencia.

Existen dos tipos de video vigilancia. La primera es aquella que se realiza en ambientes públicos y donde el Fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la Policía, puede ordenarlas; mientras que la segunda se realiza en lugares privados, donde se restringe de una manera más notoria el derecho fundamental a la intimidad, como por ejemplo el interior de inmuebles o lugares cerrados, pues en estos casos es el Juez quien debe autorizar la realización de dicha diligencia.

Ambos tipos de video vigilancia requieren como presupuesto la investigación de un delito de alta reprochabilidad social, en tanto sean delitos violentos, graves o cometidos por organizaciones

criminales. Además, solo serán llevados a cabo cuando “resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resultare menos provechosa o se vería seriamente dificultada por otros medios”¹²⁰.

2.2.4.3. Pesquisas

Afectación legítima: Derecho fundamental a la libertad personal y a la intimidad personal.
(Artículo 2° inciso 7°, 24° literal b. de la Constitución).

Las pesquisas en general significan una indagación o averiguación que realiza el funcionario competente (Policía por sí, dando cuenta al Fiscal o por orden de aquél) respecto a la realidad o circunstancias del delito, así como de las personas intervinientes en el mismo. Dicha indagación consiste en la obtención de información útil para la investigación y eventualmente para el juicio. Puede realizarse inspeccionando lugares abiertos o efectuando la pesquisa sobre las cosas¹²¹.

Un requisito importante para su procedencia es la existencia de motivos plausibles, fundados en elementos suficientes, para considerar que se encontrarán rastros del delito, o se considere que en determinado lugar se oculta el posible responsable del hecho en cuestión o alguna persona prófuga.

La diligencia se limitará a describir el estado actual del lugar analizado, si el hecho presumiblemente delictivo no dejó rastros o

¹²⁰ TALAVERA ELGUERA, Pablo “Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal” Lima. Editorial Grijley, 2004, p. 52.

¹²¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino; RABANAL PALACIOS, William; CASTRO TRIGOSO, Hamilton, Ob. Cit. p. 423.

efectos materiales o si estos han desaparecido o han sido alterados, con la salvedad de tratar de describir el posible estado anterior, modo, tiempo y causa de su desaparición y alteración, así como los medios de convicción de los cuales se obtuvo ese conocimiento.

Las pesquisas como diligencias actuadas en la escena del crimen permiten a la Policía, por sí -dando cuenta al Fiscal- o por orden de aquél, la realización de retenciones u ordenar que las personas halladas en el lugar no se retiren hasta que termine la diligencia, siempre que resulte necesario. Dicha retención devenida del criterio policial o fiscal, solo puede durar cuatro horas, siendo necesario para extenderlo, una orden judicial.

El registro se efectuará respetando la dignidad y, dentro de los límites posibles, el pudor de la persona. Corresponderá realizarlo a una persona del mismo sexo del intervenido salvo que ello importe demora en perjuicio de la investigación. El registro puede comprender no solo las vestimentas que llevaren el intervenido, sino también el equipaje, bultos o vehículo que tengan al momento de la diligencia. Es importante señalar que el registrado tiene derecho de hacerse asistir en ese acto por una persona de su confianza, siempre que ésta se pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad.

2.2.4.4. Intervención Corporal

Afectación legítima: Derecho fundamental a la integridad física; intimidad; libertad personal; no autoincriminación.
(Artículo 2° incisos 1°, 7°, 24°, b.; e.; h. de la Constitución).

A continuación analizaremos brevemente los alcances generales de la intervención corporal dentro del ámbito de la prueba y su regulación en el proceso penal peruano, sin embargo, *ut infra* se analizará de manera más detallada las características y el ámbito de aplicación de dicha institución procesal y su problemática que es materia de análisis en la presente investigación.

La intervención corporal o examen corporal - como lo señala el código procesal penal -, contempla a su vez dos variantes:

A. Examen Corporal

Medida restrictiva de derechos fundamentales en razón de su libertad, integridad física e intimidad, significando extracciones de fluidos del cuerpo humano, tales como el análisis de sangre o de orina, o ecografías, o cualquier otro tipo de actuación sanitaria, examinando el cuerpo mismo del imputado”.

En ese sentido, la realización de este acto de investigación, que tiene como finalidad obtener un elemento de prueba, constituye un choque constitucional con derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, libertad personal así como con la integridad física, sin embargo existen ciertos límites que debe tener en cuenta el Fiscal para su realización.

El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que las medida que limitan derechos fundamentales, como por ejemplo los exámenes corporales, salvo las excepciones previstas en las constitución, sólo podrán dictarse

por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán a solicitud de la parte legitimada y mediante resolución motivada y sustentada en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como el respeto al principio de proporcionalidad.

B. Prueba de Alcoholemia

El examen de alcoholemia consiste en el análisis del aire aspirado realizada a determinada persona a fin de determinar el grado de alcohol que ingresó al organismo.

Esta restricción se acrecienta exponencialmente cuando el resultado de la comprobación es positivo o si se presentan signos evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otro tipo de sustancia prohibida, para ello la policía podrá realizar la comprobación de tasas de alcoholemia en aire aspirado.

2.2.4.5. Allanamiento

Afectación legítima: Derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio.
(Artículo 2° inciso 9° de la Constitución).

Esta diligencia consiste en el ingreso y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, dependencias cerradas, recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible (suficientes elementos) que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto.

En caso de fragancia delictiva o peligro inminente en la perpetración del delito, y ante la existencia de motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el Fiscal podrá ordenar la diligencia, con la salvedad del control judicial posterior a la medida. Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden judicial constarán detalladamente en acta.

El allanamiento de domicilio no puede ser reputado como un acto de prueba, sino un acto de investigación que se dirige a adquirir y conservar fuentes de información, así como lograr la ejecución de una medida de coerción¹²².

2.2.4.6. Exhibición forzosa y la Incautación

*Afectación legítima: Derecho fundamental a la propiedad.
(Artículo 70° de la Constitución).*

La exhibición forzosa es el acto por el cual se exige al intervenido proporcione determinados bienes que constituye cuerpo del delito, así como de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, claro está, luego que el intervenido se haya negado a entregarlos.

Por su parte, la incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos (propriamente, medida

¹²² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. “Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del caso y Técnicas de litigación oral”. Tomo I. Lima. Editorial Rodhas. p. 582

instrumental restrictiva de derechos) y como medida de coerción (con una típica función cautelar). Su función del primer caso es primordialmente conservativa -de aseguramiento de fuentes de prueba material- y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento o la obstaculización de la averiguación de la verdad¹²³.

Los bienes incautados que se relacionan con el delito investigado por ser instrumento, efecto u objeto¹²⁴ del mismo deben ser registrados con exactitud y debidamente individualizados, estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones o alteración de su estado original; igualmente se debe identificar al funcionario o persona que asume la responsabilidad o custodia del material incautado. Sin dejar de lado que el responsable último de cuidar la integridad del mismo, siempre será el Fiscal.

Si de la investigación futura se determina que los bienes incautados no tienen utilidad para el proceso, éstos deben ser devueltos al propietario. De no llegarse a identificar a la persona afectada, en su derecho a la propiedad por la incautación, transcurrido seis meses de determinada la inutilidad procesal de la misma, ésta puede ser rematada por orden fiscal (si dicha condición fue determinada en la

¹²³ Acuerdo plenario N° 05-2010/CJ-116 del dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

¹²⁴ “Los Instrumentos son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etc”. (Fundamento 9° B - Acuerdo plenario N° 05-2010/CJ-116)

diligencia preliminar) o judicial (si la condición de inutilidad fue relucida en la etapa de investigación preparatoria).

2.2.4.7. La Exhibición e Incautación de Actuaciones y Documentos no Privados

*Afectación legítima: Derecho fundamental a intimidad y a la propiedad.
(Artículo 2° inciso 7°; Artículo 70° de la Constitución)
(Artículo 163° y 164° de la Constitución).*

Una variante de la incautación es la referida a los documentos no privados que constituyen secreto de estado.

Esta variante difiere de la incautación propiamente dicha, debido a que no confronta directamente el derecho fundamental de la propiedad sino valores como el de la seguridad del estado; debido a que se incautan bienes o documentos que contiene información pública y son administrados por el estado¹²⁵.

Es por la confrontación con bienes jurídicos de carácter público (como es el secreto de estado), que la exhibición debe hacerse con carácter reservado, siendo solo de conocimiento de las partes procesales.

¹²⁵ El Estado no es sujeto de derechos, este no posee derechos, sino funciones de poder para garantizar los derechos fundamentales de las personas. Se tiene así que en el caso de bienes incautados por el Delito de Traición a la Patria es aplicable el Artículo 4° de Ley N° 25744, que señala: “Los bienes muebles, inmuebles, dinero y otras especies que fueran incautadas durante la investigación policial y/o judicial y que hayan sido utilizados para la comisión del delito de traición a la Patria, serán puestos a disposición de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo”. Asimismo en la Ley contra el Terrorismo Agravado, (Decreto Legislativo N° 895), en la 3era Disposición Final prescribe que “los bienes incautados durante la investigación policial y judicial, que hayan sido utilizados para perpetrar los delitos tipificados como Delito de Terrorismo Agravado, así como los adquiridos con el producto del delito, serán puestos a disposición de la Policía Nacional y su custodia y administración estará a cargo del Ministerio del Interior”

2.2.4.8. Control de Comunicaciones y Documentos Privados

Afectación legítima: Derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.
(Artículo 2° inciso 10°; Artículo 2° inciso 7° de la Constitución).

Como se puede advertir, este acto de búsqueda de pruebas tiene su protección o limitación en el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, ya que su afectación será excepcional y procederá sólo cuando sea indispensable para la investigación de delitos graves de gran incidencia en la creación de inseguridad personal y colectiva, por lo que debe tenerse en cuenta que el recurso a estas medidas gravosas de afectación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, tiene carácter subsidiario¹²⁶. Entre este tipo de actos de investigación tenemos la interceptación e incautación postal así como la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones. La primera referida a la interferencia con los medios de comunicación postal como por ejemplo cartas, pliegos, valores, telegramas, etc. La segunda, colisiona con el derecho a la intimidad, en tanto permite al investigador interceptar e “incautar”, mediante el registro electrónico, las comunicaciones telefónicas, radiales, cibernéticas u otras formas de comunicación.

Es por ello que se debe cuidar y seguir atentamente los requisitos legales de las mismas, para no incurrir en la obtención de pruebas ilícitas, e impedir figuras como la de remedio judicial, entendiendo por esta última a “una creación jurídica de los tribunales como una

¹²⁶ GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino; RABANAL PALACIOS, William; CASTRO TRIGOSO, Hamilton, Ob. Cit. p.467.

finalidad profiláctica, disuasoria de las artimañas policiales a la hora de obtener los medios de prueba de modo que se consigna siempre dentro de la legalidad, so pena de ser rechazada y tenida por inexistente porque el gobierno (el estado en realidad) no se debe poner a nivel de los delincuentes ni que el delito sea el medio para obtener la prueba del delito inicialmente perseguido”¹²⁷.

2.2.4.9. El Levantamiento del Secreto Bancario

Afectación legítima: Derecho fundamental a la intimidad y a la reserva tributaria y secreto bancario.
(Artículo 2° inciso 7°; Artículo 2° inciso 5° de la Constitución).

Debemos acotar que el derecho que la medida confronta es el de la intimidad, la cual es una “manifestación de la vida privada, que tiene parte de su concreción de carácter económico en el secreto bancario y la reserva tributaria. Nuestro ordenamiento constitucional le otorga a esta medida una jerarquía de derecho fundamental previsto implícitamente en el inciso 5° del artículo 2°, y de este modo vinculado al derecho a la intimidad y dentro de éste a la privacidad¹²⁸. El levantamiento del secreto bancario se justifica al advertir movimientos económicos repentinos de un sujeto implicado en una investigación, generando indicios referentes a la comisión de un delito. Es por ello que las empresas que manejan dicha información están en la obligación de darla a

¹²⁷ VELASCO NUÑEZ, Eloy “Prueba obtenida ilícitamente” Editorial Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 431.

¹²⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino; RABANAL PALACIOS, William; CASTRO TRIGOSO, Hamilton, Ob. Cit. p. 485.

conocer al Fiscal, siempre y cuando este tenga la autorización correspondiente del Juez.

Dicho levantamiento no solo constara de la información sobre movimientos bancarios, sino también de la incautación del documento, títulos valores, sumas depositadas y cualquier otro bien, incluso, hasta se puede bloquear e inmovilizar las cuentas.

2.2.4.10. Levantamiento de la Reserva Tributaria

Afectación legítima: Derecho fundamental a la intimidad y a la reserva tributaria y secreto bancario.
(Artículo 2° inciso 7°; Artículo 2° inciso 5° de la Constitución).

El artículo 236° del código procesal penal prescribe que el Juez, a pedido del Fiscal, podrá levantar la reserva tributaria y requerir a la Administración Tributaria la exhibición o remisión de información, documentos y declaraciones de carácter tributario que tenga en su poder, cuando resulte necesario y sea pertinente para el esclarecimiento del caso investigado. Este requerimiento se asemeja mucho al levantamiento del secreto bancario, con la única salvedad que el mismo es dirigido a la administración tributaria (y no a un privado), generando en ella la obligación de exhibir o remitir en su caso la información, documentos o declaraciones ordenados por el Juez. Para la procedencia de dicha medida deben cumplirse diferentes presupuestos, que son los mismos del levantamiento del secreto bancario.

2.2.4.11. Clausura o Vigilancia de Locales e Inmovilización

*Afectación legítima: Derecho fundamental a la propiedad.
(Artículo 70 de la Constitución).*

La clausura implica una afectación al derecho de propiedad, toda vez que restringe principalmente la capacidad de **utilizar** el bien. Por su parte, la vigilancia confronta de manera primordial el **disfrute pleno** del bien; mientras que la inmovilización de inmuebles implica una afectación de la **disposición** del bien. Para su procedencia, se requiere:

- Peticionado por el Fiscal, mediante una solicitud dirigida al Juez de investigación preparatoria quien lo concede mediante resolución debidamente motivada y que contendrá el apercibimiento y la duración de la diligencia. Pese a dicho requisito, se permite al Fiscal realizar la diligencia de clausura, vigilancia e inmovilización de inmuebles sin la autorización judicial, siempre que exista urgencia y peligro en la demora, con la precisión que el Fiscal está obligado a correr traslado al Juez dentro de las veinticuatro horas de realizadas las diligencias en cuestión.
- El delito base de la investigación debe ser castigado con pena mayor a los cuatro años.
- Cuenta como plazo máximo de realización quince días después de emitido la resolución que autoriza dicha medida.

2.2.5. Presupuestos que legitiman la Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos

El control de identidad policial; la video vigilancia; las pesquisas; las intervenciones corporales; el allanamiento; la exhibición forzosa; la incautación; el control de comunicaciones y de documentos privados; el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, entre otros, son medidas y alternativas que tiene el Fiscal para afianzar su investigación penal en búsqueda - la más aproximada posible - de la verdad real. Estas medidas ¹²⁹ pueden realizarse a iniciativa del Fiscal o en algunos casos previo requerimiento al Juez de la investigación preparatoria, y su procedencia debe obedecer a criterios proporcionales, claro está, siempre en la medida que existan suficientes elementos de convicción. El Juez debe emitir una decisión motivadamente, al igual que el requerimiento Fiscal que debe realizarse debidamente fundamentado, motivado y sustentado. El Juez decidirá inmediatamente, sin trámite alguno, siempre y cuando existiere riesgo fundado de pérdida de la finalidad de la medida, caso contrario, deberá correr traslado a los sujetos procesales y, en especial, al afectado. Cuando la Policía o el Ministerio Público restrinja derechos fundamentales de las personas, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, corresponderá solicitar inmediatamente la confirmatoria de incautación judicial. Esta solicitud lo realiza el Fiscal.

¹²⁹ Desarrolladas en el Título III, Sección II del Libro Segundo: Actividad procesal, Artículos 202° al 241° del Código Procesal Penal

Debemos tener en consideración que toda prueba implica dos aspectos: por un lado, un derecho fundamental para la víctima, agraviado y agresor ya que en el caso de los dos primeros servirá para demostrar la agresión que sufrió, mientras que en el caso del agresor servirá para sustentar su inocencia. De otro lado, la prueba implica una facultad y deber del Estado en el restablecimiento de la justicia, mediante la búsqueda de pruebas. En ambos supuestos, para la efectividad de la prueba, se necesita previamente la búsqueda de ella misma, la cual puede comprometer la restricción de derechos fundamentales; siendo esto legítimo, siempre que haya justificación.

El Tribunal Constitucional ha señalado que “como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios”¹³⁰. El último párrafo de este fundamento - del máximo intérprete de la Constitución - es de suma importancia, ya que impulsa a señalar que los medios justificadores de la búsqueda de prueba son los principios, quienes cumplen la función de exigencias y orientación para toda actuación o decisión de los sujetos procesales, cuando pretendan probar su posición o planteamiento.

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 010-2002-AI/TC, fundamento 149.

Para la procedencia de este tipo de restricciones, tanto la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional han venido estableciendo directrices que debe ser cumplidos por el ente persecutor del delito para proceder a este tipo de limitaciones donde se ven afectados derechos con carácter constitucional, con la única finalidad de ser convalidados y no excluidos del proceso penal¹³¹.

2.2.5.1. Principio de Legalidad y Legitimidad

El principio de legalidad, en la actividad probatoria, está dirigido fundamentalmente a proteger la obtención y actuación de los medios de prueba de toda afectación injustificada a los derechos fundamentales.

Como dispone el artículo 30° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Por consiguiente, sustentándose en el ordinal “a” del inciso 24° del artículo 2° de la Constitución, se puede afirmar que toda limitación de un derecho fundamental debe provenir de una ley.

No obstante a lo anterior, el principio de legalidad en un Estado Constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y

¹³¹ Ver artículo VI del código procesal penal 2004

principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad.¹³² En tal sentido, no basta, que formalmente por ley se permita la restricción de derechos, a fin de poder realizar búsqueda de pruebas, sino que es necesario que ella se encuentre materialmente justificada con el respeto a otros principios, que en este contexto fungen como garantías constitucionales.

En nuestro sistema procesal penal, encontramos el principio de legalidad, respecto a la búsqueda de pruebas y restricción de derechos, en el artículo 202°, el cual dispone que “cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado”.

Asimismo, tenemos el artículo VI del Título Preliminar que establece que las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho

¹³² Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N° 3741-2004-AA/TC, fundamento 15

fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

De otro lado, tenemos el artículo VIII del Título Preliminar el mismo que establece que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, careciendo de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Finalmente, establece que la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio. Siendo así, podemos señalar que el principio de legitimidad consiste en que la obtención de pruebas es justificada si la misma se realiza mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo y sin la violación al contenido esencial de los derechos fundamentales.

2.2.5.2. Principios de Necesidad, Pertinencia, Conducencia o Idoneidad, y Utilidad

Esta demás profundizar en conceptos ya desarrollados en el capítulo pertinente respecto a la prueba. Sin embargo, como se dijo precedentemente, es necesario dejar sentado que la finalidad de la búsqueda de pruebas, no solo debe basarse en la legalidad de dicha actividad, sino también debe informarse de otros principios como los de necesidad, pertinencia, conducencia y utilidad.

2.2.5.3. Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad representa una estructura argumentativa que permite al Tribunal fundamentar la interpretación de lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales¹³³; por consiguiente, dicho principio impide que la actuación judicial sea arbitraria, o que cualquier interés del Estado, por importante que fuere, justifique la adopción de medidas limitadoras de derechos fundamentales constitucionalmente inadmisibles¹³⁴.

Este principio se deriva de lo establecido en el artículo 200º último párrafo de la Constitución al señalar que cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos, el órgano jurisdiccional competente examinará la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo.

Respecto a la aplicación de la proporcionalidad en la imposición de medidas limitativas, el artículo VI del Título Preliminar del código procesal penal señala: “(...) La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto

¹³³ LOPERA MESA, Gloria P. “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales” En: “*El Principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*”. Cuaderno de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 8. Lima. Palestra Editores. 2010. p. 160-161

¹³⁴ VIDAL FUEYO, Camino. “*El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez*” en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Anuario 2005. Montevideo. Fundación Konrad – Adenauer, 2005. p. 431

de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad. Así mismo, en relación a la búsqueda de pruebas, el artículo 203° del mismo cuerpo normativo establece que las medidas que disponga la autoridad, en los supuestos indicados en el artículo anterior, deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción.

Para la determinación del principio de proporcionalidad se requiere el cumplimiento de sus tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ahora bien, en nuestro sistema jurisdiccional, el Tribunal Constitucional ha utilizado el *test de proporcionalidad* para la evaluación de medidas que presuponen afectación de unos bienes constitucionales a favor de otros (STC N.º 0016-2002-AI/TC, N.º 0008-2003-AI/TC, N.º 0018-2003-AI/TC, entre otras). En ese sentido, de acuerdo a los presupuestos desarrollados en la STC N.º 0048-2004-AI/TC (regalías mineras), dicho test se desarrolla a través de tres sub principios: de idoneidad o de adecuación; necesidad y proporcionalidad en stricto sensu¹³⁵.

A) Sub principio de idoneidad o de adecuación

La sentencia N° 0045-2004-AI establece que la idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado y el fin propuesto. Es decir, se trata del análisis

¹³⁵ Ver también Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 815-2007-PHC/TC.

de una relación de medio – fin. Este sub principio es presupuesto para pasar al segundo, pues si previamente se ha establecido qué finalidad persigue la intervención legislativa y si hemos contrastado que dicha finalidad resulta ser legítima desde la perspectiva de la constitución, podremos arribar a que la medida adoptada por el legislador es la idónea para contribuir a su realización.

B) Sub principio de necesidad.

Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

C) Sub principio de proporcionalidad strictu sensu.

Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin

de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.¹³⁶

De todo lo anterior, podemos concluir, conforme también lo explicaremos en la parte final del trabajo, que una de las justificaciones en la obtención de pruebas donde se afecten derechos fundamentales debe ser que las mismas deben realizarse en cumplimiento del principio de proporcionalidad, para que de esta manera, se encuentre sustento a la finalidad por la cual se pretenda restringir derechos fundamentales a partir de la obtención de pruebas.

2.2.5.4. Motivación

La motivación es una institución jurídica que connota tanto un derecho como un principio. Un derecho que funge como una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso¹³⁷. Y principio, pues implica una exigencia para los operadores jurídicos como sustento a sus decisiones.

Para una adecuada motivación, se debe evitar las siguientes patologías:

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0048-2004-AI/TC, fundamento 63.

¹³⁷ EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7

A) *La falta de motivación interna* del razonamiento se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.¹³⁸ En este sentido, dentro de la falta de motivación interna encontramos dos patologías concretas: Falta de coherencia lógica¹³⁹ y Falta de Coherencia narrativa.

B) *La falta de motivación externa* se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica¹⁴⁰. En otras palabras, la falta de motivación externa implica que no se ha demostrado la relación objetiva entre el hecho delictivo y el supuesto autor que lo ha cometido, debido a que las premisas que intentan

¹³⁸ EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC (fundamento 7)

¹³⁹ ALCHOURRÓN C.E. y BULYGIN E. *"Análisis lógico y Derecho"*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 356. Justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión. El fundamento de una decisión es una norma general de la que aquella es un caso de aplicación. Entre el fundamento (norma general) y la decisión hay una relación lógica, no causal. Una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general (en conjunción con otras proposiciones fácticas y, a veces, también analíticas).¹³⁹

¹⁴⁰ EXP. N.º 04295-2007-PHC/TC (fundamento 5)

demostrarlo son opinables, dudosas u objeto de controversia¹⁴¹.

C) Otras patologías a mencionar son la motivación aparente, motivación insuficiente, motivación sustancialmente incongruente y motivación cualificada¹⁴².

La motivación en la búsqueda de pruebas resulta un aglutinado del cumplimiento de los principios anteriormente mencionados, juntamente con la evasión de las patologías señaladas. Si estas exigencias se cumplen, la restricción a derechos, a partir de la búsqueda de pruebas estará justificada legal y constitucionalmente la medida a imponer.

¹⁴¹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *“El razonamiento en la resoluciones judiciales”*. Palestra Editores. Lima. 2009. p. 26

¹⁴² Para mayor abundamiento de estas patologías ver la sentencia del Tribunal Constitucional, en el caso Llamuja Hilares, EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC.

CAPITULO III

DERECHOS FUNDAMENTALES

2.3. GENERALIDADES

Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental¹⁴³ para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado. Es decir, al hablar de medidas restrictivas de derechos, hacemos referencia a la posibilidad de menoscabar algunos derechos fundamentales reconocidos en nuestra propia Constitución. Para ello es necesario conocer los derechos fundamentales que pueden verse afectados.

La Constitución Política del Perú, es la fuente primordial y columna vertebral de todo el ordenamiento jurídico, para ello se encuentra dividida en una parte dogmática y en una parte orgánica. La primera, destinada a regular los derechos y libertades de los ciudadanos que son garantizadas por el Estado pero que también establece las limitaciones para el respeto de los mismos; y, la segunda, que regula la organización de todo el Estado y su sistema de gobierno. Para el análisis de la presente investigación, nos referiremos a la primera de ellas.

La enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados (artículo 3°), da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados

¹⁴³Artículo 202. Código Procesal Penal 2004:

en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales¹⁴⁴.

Es por ello la necesidad de conocer aquellos derechos fundamentales que pueden verse afectados con las medidas restrictivas; que no tienen otra finalidad que la de buscar elementos de convicción suficientes para condenar a una persona dentro de un proceso penal. Esta finalidad, como siempre se ha dicho, no debe obtenerse de cualquier forma, sino dentro de vía formalizadas. Sin embargo, cuando hacemos referencia a derechos fundamentales, es inevitable hacer alusión al derecho constitucional, es decir que procesalmente hablando existen muchas garantías reconocidas constitucionalmente, como por ejemplo: ser considerado inocente dentro de un proceso y ser tratado como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme; cuando hacemos referencia a la facultad que tiene el Ministerio Público para conducir la investigación desde su inicio; cuando se hace referencia a la valoración de los medios de prueba siempre y cuando haya sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo; o más aún, cuando establece que las medidas que limitan derechos, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley¹⁴⁵. Como se ha podido apreciar, existen muchas normas procesales que tienen carácter constitucional y es por ello que actualmente existe una conexión lógica entre el derecho procesal penal y la constitución, pues en la doctrina ya se suele hablar que el derecho procesal penal es el

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 1417-2005-AA/TC.

¹⁴⁵ Artículo II, IV, VI, VIII del código procesal penal de 2004

derecho constitucional aplicado. Incluso actualmente es normal hacer mención a la Constitucionalización del Proceso Penal. En ese sentido, el proceso penal debe ser estudiado no solo en un sentido meramente formal o procedimental para aplicación de las penas, sino que la aplicación de las penas deben enmarcarse dentro de otro contexto, el de garantizar que la imposición de las mismas sea consecuencia de un proceso en el que se garantice formal y sustancialmente los derechos y libertades de los acusados.

LUIGI FERRAJOLI¹⁴⁶ ha sintetizado en diez axiomas o principios axiológicos fundamentales las garantías penales y procesales que constituyen el contenido de un sistema perfectamente garantista, sólo tendencial y nunca perfectamente alcanzable. De estos diez axiomas interesan ahora los cuatro relativos a las garantías procesales: *nulla culpa sine indicio* (principio de jurisdiccionalidad, que implica las garantías orgánicas relativas a la formación del Juez y a su colocación institucional respecto a los demás poderes del Estado y a los otros sujetos del proceso); *nullum iudicium sine accusatione* (principio acusatorio, o de separación entre el Juez y la acusación); *nulla accusatio sine probatione* (principio de verificación o de la carga de la prueba, que implica la presunción de inocencia); y, *nulla probatio sine defensione* (principio de refutación, de defensa o de contradicción).

Es por ello la necesidad de tener en claro que todo el proceso penal gira en torno a diferentes garantías que tienen como finalidad el respeto de los derechos fundamentales, siendo indispensable revisar la exposición de motivos del código procesal penal que establece que uno de los fundamentos¹⁴⁷ de la

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi Ob. Cit. p.93.

¹⁴⁷ Sin perjuicio de lo explicado, es necesario conocer los fundamentos que explican las reformas procesales penales emprendidas en esta parte del Continente. En primer lugar, tras la consolidación de los Derechos Humanos en la década de los setenta, a lo que se sumó las transiciones a la democracia en

reforma procesal penal fue la necesidad de que los países de este lado del continente adecuen su legislación a los estándares mínimos que establecen los tratados internacionales de derechos humanos¹⁴⁸.

Así las cosas, resulta de suma importancia tener en cuenta el respeto de los derechos fundamentales los mismos que se encuentran consagrados en el capítulo I del Título I de nuestra Constitución, y constituyen aquellas exigencias básicas que el Estado y demás particulares deben garantizar y respetar, a fin de lograr el bien común. Sin embargo, también se admite la posibilidad de que aquellos derechos se vean vulnerables ya que al ser todas las personas portadoras de derechos fundamentales, en las relaciones sociales ocurren sacrificios de derechos de una persona frente a la satisfacción de derechos de otra y es ahí donde debemos distinguir exactamente cuándo un sacrificio de un derecho legitima la satisfacción de otro.

El sacrificio de un derecho por otro será legítimo siempre y cuando su fin, por el cual se le limita, se justifique en términos de dos principios: legalidad y proporcionalidad. El principio de legalidad permitirá darle seguridad a que dicho sacrificio sea en beneficio de otro derecho; mientras, el principio de proporcionalidad fundamentará bajo determinados criterios dicha seguridad.

Cualquier otro sacrificio que no se enmarque bajo esos dos principios no será

muchos países de Latinoamérica en las últimas dos décadas, los estándares del debido proceso cobraron su real importancia y determinaron la crisis del Sistema de Justicia Penal de corte inquisitivo. Por ello, se dice que las reformas tienen como finalidad principal la reconducción de la normatividad procesal penal a una constitucional y, sobre todo, a los tratados internacionales y el cumplimiento de los estándares mínimos del debido proceso. El segundo fundamento se ha esgrimido desde la creciente preocupación en la región, especialmente en los años noventa, sobre el incremento de las tasas delictivas, sean reales o percibidas. Esta preocupación por el delito colocó a la eficiencia del Sistema de Justicia Penal en la agenda de muchos gobiernos latinoamericanos y abrió ventanas para políticas públicas que permitió a los reformadores proponer la adopción de códigos acusatorios. Finalmente, un tercer fundamento fue la creciente percepción de corrupción y la falta de rendición de cuentas de la administración de justicia. Todo ello generó un ambiente propicio para las reformas procesales en América Latina: En: II Informe Estadístico Nacional de la Reforma Procesal Penal. Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del CPP. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2006-2013

¹⁴⁸ Ver exposición de motivos del Anteproyecto del CPP, aprobado por D.L. N° 957

legítimo, ni mucho menos constitucional. Siendo así, cuando se hable de intervención o afectación sobre un derecho fundamental, se hace referencia a la posibilidad de limitar parte del contenido de dichos derechos.

2.3.1. Derechos fundamentales e intervenciones corporales

En la práctica, el verdadero garante para que un derecho se sacrifique legítimamente lo constituye el Estado a través de sus órganos, como son el Poder Judicial, Ministerio Público y la Policía Nacional, quienes en ejercicio propias de su función muchas veces optan por imponer medidas que afectan derechos fundamentales, ello con la finalidad de obtener la eficacia de esa justicia, que se traduce en el inicio, desarrollo y fin de un proceso judicial.

Unas de esas medidas limitativas de derechos son las intervenciones corporales, las cuales las encontramos reguladas en los artículos 211°, 212° y 213° del código procesal penal de 2004 (principio de legalidad) y que su regulación no tiene otra finalidad que determinar exactamente la responsabilidad de personas vinculadas al delito bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En un Estado de Derecho, la Constitución es la ley fundamental y fundamentadora del proceso penal y de todo proceso donde los derechos fundamentales estén en un primer plano. Esto es algo relevante que sirve para asegurar la eficacia plena de estos, claro está, siempre enmarcado dentro del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, la necesidad de que el Estado Democrático vele por el

respeto y protección de los derechos fundamentales, obliga a que se definan en la Constitución los límites del ejercicio del poder estatal. Y como quiera que en el proceso penal ésta necesidad resulta más imperiosa, la tendencia es fijar en la Constitución las reglas mínimas de un debido proceso, es decir, “un diseño constitucional del proceso penal”¹⁴⁹.

De lo hasta ahora desarrollado se aprecia que la esencia de las intervenciones corporales es la afectación de los derechos fundamentales de las personas que son sus destinatarios, lo cual nos ubica en el polémico tema de la restricción de derechos en el proceso penal, pues como sabemos, en cualquier sistema jurídico resulta factible restringir derechos - mas no aniquilarnos -, siempre y cuando sean necesarios para preservar otros derechos o bienes constitucionalmente legítimos. Además, dada la existencia de un conflicto de principios, el instrumento constitucional más adecuado para solucionar ello es el principio de proporcionalidad lo cual origina tomar ciertas precauciones y presupuestos al momento de limitar algún derecho fundamental.

Veamos qué derechos fundamentales pueden verse afectados si no se realiza una adecuada utilización de las intervenciones corporales como búsqueda de pruebas y restricción de derechos:

2.3.1.1. Derecho a la Vida

Este derecho consiste en el pleno respeto al desenvolvimiento de tal

¹⁴⁹ PISFIL FLORES, Daniel, Ob. Cit. p.414

existencia, sin interrupciones ni ninguna clase de atentados que terminen con ella¹⁵⁰.

Todo ser humano tiene derecho a la vida, lo que quiere decir que no puede morir arbitrariamente. Esta última afirmación es muy importante porque hay ciertas circunstancias en las cuales se concede, ética y jurídicamente, que la muerte de un ser humano sea producida por otro ser humano.

El derecho a la vida no sólo está regulado en el inciso 1° del artículo 2° de la Constitución, sino que también figura en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y que forman parte del Derecho nacional (ver el artículo 55° de la Constitución).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 3° y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo I, regulan el derecho a la vida, bajo las siguientes premisas:

Declaración Universal de los Derechos Humanos: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

En lo que respecta al derecho a la vida, en estos tratados se elabora una declaración general muy parecida a la que tiene nuestra Constitución. Sin embargo, a ella hay que añadir otras dos normas

¹⁵⁰ ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *“Los Derechos Humanos, su Desarrollo y Protección”*. Trujillo. Ediciones BLG, 2006. p.51

internacionales muy importantes, como son el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (artículo 6°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 4°).

Ambos textos coinciden en establecer que la persona humana tiene derecho a la vida. El primero sostiene, jusnaturalistamente, que la vida es inherente al ser humano, lo que nos parece totalmente correcto, pues, es una idea defendida desde siempre en el Derecho. Por su parte, la Convención Americana añade la protección desde la concepción.

MOSSET ITURRASPE afirma que la vida es el derecho primario, básico y natural que posee la persona. Por ello merece la protección de la sociedad y del Estado. El ser humano goza de este derecho, que le es inherente simplemente por ser tal, por el hecho de haber sido concebido. El derecho objetivo a la vida, recogido por los ordenamientos jurídicos, es la consecuencia de una exigencia existencial. No se adquiere el derecho a la vida porque el Derecho positivo se lo atribuya a la persona, sino que se trata de un derecho natural que aquel solo debe reconocer y proteger. El derecho a la vida es el presupuesto indispensable de todos los demás derechos. Sin vida no cabe el goce y disfrute de todos los derechos que son inherentes a la persona humana¹⁵¹.

2.3.1.2. Derecho al Debido Proceso

Este derecho está constituido por todas las condiciones que deben

¹⁵¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *“El valor de la vida humana”*. 4° Edición. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2002, p. 17 y 19.

cumplirse para asegurar los derechos y obligaciones que tienen los justiciables al encontrarse bajo consideración judicial. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente: de conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención hace mención al derecho de toda persona a ser oída por un "Juez o Tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, la Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8° de la Convención Americana.

Nuestro Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha considerado que el derecho al debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos¹⁵².

¹⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Expediente: 4289-2004-AA/TC.

Nuestro país cuenta con un régimen democrático garantizando de alguna manera el respeto en el desarrollo de un proceso judicial. Nuestra constitución política reconoce tal derecho como lo hacen las normas supranacionales de las que el Perú forma parte. El derecho fundamental al debido proceso debe ser la mejor expresión de un sistema acusatorio ya que tiene como finalidad tutelar los derechos de los justiciables y demás partes involucradas en el proceso penal, pues la responsabilidad de determinada persona tendrá lugar siempre que toda actividad procesal (desde la denuncia hasta el cierre del debate en el juicio oral) se haya realizado de acuerdo a los parámetros normales establecidos en la norma procesal constitucional.

En un primer acercamiento, la naturaleza del debido proceso resultaría siendo de lo más amplia, pues como ha señalado MIXÁN MASS¹⁵³, su teleología se refleja en su función de síntesis de las garantías destinadas a concretar la legitimidad procesal. En efecto, según un sector de la doctrina, a través del debido proceso se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de las que es titular la persona en el Estado Social y Democrático de Derecho.

Para ALEX CAROCCA es necesario precisar sus contornos en cuanto a la funcionalidad que le puede corresponder en el sistema procesal y, en este sentido, sin dejar de ser una cláusula con la que

¹⁵³ MIXÁN MÁSS, Florencio. “*Categorías y Actividad Probatoria en el Procedimiento Penal*” BLG. Trujillo, 1996, p. 104.

se busque que el proceso penal se encuentre informado por los valores de justicia y equidad, que le dan su ratio, se la debe concebir como aquella garantía general mediante la cual se va a dotar de rango constitucional a todas aquellas garantías específicas que no han sido reconocidas expresamente en la Constitución, pero que se encuentran destinadas a asegurar que el proceso penal se configure como un proceso justo (conforme con los fines constitucionales). Su utilidad radicaría en que permitiría situar a las garantías procesales que no aparecen expresamente reconocidas en la Constitución, es decir, se trataría de una cláusula de carácter residual o subsidiario¹⁵⁴.

Para nuestro ordenamiento jurídico de raíz euro continental, el debido proceso es una cláusula de carácter general y residual o subsidiaria, por tanto, constitucionaliza todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria, en cuanto ellas sean concordes con el fin de justicia a que está destinada la tramitación de un caso judicial penal o cuyo cumplimiento ocasiona graves efectos en la regularidad del procedimiento¹⁵⁵

A nuestro parecer, en el caso peruano, estamos ante un error sistemático de ubicación, pues la Constitución Política consagra entre los principios y derechos de la función jurisdiccional, una serie de principios y garantías procesales, incluida la observancia del debido proceso, cuando en realidad, el debido proceso contiene

¹⁵⁴ Véase: CAROCCA PÉREZ, Alex. “*Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*” Barcelona. Editorial Bosch, 1998, p. 90-A; SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit. p. 55.

¹⁵⁵ CAROCCA PÉREZ, Alex. “Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso y de la Tutela Jurisdiccional Efectiva en España”. En: Revista Jurídica del Perú. Año XLVI, N° 2, abril-junio. Trujillo, 1996

a tales garantías, por lo que no se le puede considerar una más de ellas.

Finalmente, siguiendo al Tribunal Constitucional, corresponde diferenciar la tutela judicial efectiva del debido proceso. La primera supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción. En cambio, el derecho al debido proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene a su vez dos expresiones: una formal y otra sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el Juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y, en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.

2.3.1.3. Derecho a la Integridad Física

El derecho a la integridad física es un derecho fundamental reconocido en el artículo 2º de nuestra Constitución Política, que establece: Toda persona tiene derecho a: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre

desarrollo y bienestar (...). Su ámbito de protección no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención en el cuerpo de las personas donde carezca el consentimiento del titular. Mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento.

El contenido esencial del derecho a la integridad personal se direcciona en tres planos: físico, psíquico y moral. Así, “la integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo. La afectación de la integridad física se produce cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc. En ese orden de ideas, el apartado h) del inciso 24) del artículo 2º de la constitución prohíbe toda forma de violencia física”¹⁵⁶.

La integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo. La afectación de la integridad física se produce cuando se generan incapacidades, deformaciones,

¹⁵⁶ (Exp. N° 2333-2004-PHC/TC FJ 2.1) Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano.

mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc.¹⁵⁷.

MARCIAL RUBIO CORREA afirma que la concepción de la integridad física de la persona ha sufrido evolución en el tiempo. Originalmente se la tomó en su sentido más primario como integridad anatómica es decir como el mantenimiento de todas y cada una de las partes del cuerpo salvo el desgaste o la pérdida que ocurran de manera natural. El ser humano sin embargo se dio pronto cuenta que inclusive por razones de salud podía ser necesario extirpar partes del cuerpo y que no se trataba tanto de mantenerlo intacto sino de que funcione adecuadamente. Así, la integridad física pasó a ser funcionalmente considerada, esto es, que las funciones del cuerpo pudieran seguirse realizando a pesar de la disminución o pérdida de sus partes, pues gracias a ello se pueden donar riñones en vida pues la función puede ser cumplida sólo por uno de ellos. No se puede, en cambio, donar el hígado porque deja de cumplir sus funciones. Inclusive tampoco se podrá donar sólo un ojo porque se perderá la vista en profundidad que es una de las funciones corporales humanas¹⁵⁸.

Sin embargo, en la evolución del conocimiento y de la técnica se ha llevado a una tercera concepción de la integridad física que es la denominada salud integral y que consiste, en principio, que el ser humano es un todo, integral, física, emocional y espiritualmente hablando, de manera que los daños que se presenten en uno de

¹⁵⁷ (EXP. N.º 2333-2004-HC/TC) Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano.

¹⁵⁸ RUBIO CORREA. Marcial, *"Estudio de la constitución política de 1993"* Tomo I, Lima. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. p.133

estos ámbitos, también suelen afectar los otros. Por consiguiente cuando se trata de analizar la integridad física humana no se puede separar los aspectos físicos de los emocionales y los espirituales.

El tribunal constitucional en el caso Natalio Foronda Crespo, (Exp. N° 02333-2004-HC/TC), ha señalado que la integridad se trata de un atributo indiscutible vinculado con la dignidad de la persona, y con el derecho a la vida, a la salud, a la seguridad personal y al libre desarrollo y bienestar. Siendo así, la integridad corporal o física está sujeta, como regla general, al principio de irrenunciabilidad, vale decir, que la constitución no admite ni avala las limitaciones físicas voluntarias, salvo casos excepcionales. En este sentido, la persona tiene la responsabilidad de mantener incólume su integridad y por consiguiente de no atentar contra su propia estructura corpórea; en consecuencia no caben los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente e irreversible de la integridad física.

Siendo así, y refiriéndonos a las intervenciones corporales que es el tema por el cual nos encontramos investigando, las mismas recaen sobre el cuerpo de una determinada persona, donde ineludiblemente generarán efectos que alterarán su integridad (emocional especialmente). No obstante ello, en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal se ha establecido el procedimiento adecuado, las condiciones, los supuestos en los que se deben llevar a cabo las intervenciones corporales, así como la concurrencia de especialistas, médicos y/o peritos, garantizando así

no provocar en el sujeto intervenido una mayor alteración o daño a su integridad. Finalmente y no obstante que el Estado se haya preocupado por garantizar la mínima afectación al derecho a la integridad física, derecho constitucionalmente reconocido y protegido, también se ha preocupado por dar legalidad a una forma de aproximación a la verdad como fin del proceso penal, pues de una u otra forma las intervenciones corporales constituyen un mal necesario.

2.3.1.4. Derecho a la Integridad Psicosomática

El derecho a la integridad psicosomática está destinado a proteger la unidad estructural en que consiste la persona, es decir, tanto su soma –o cuerpo en sentido estricto- como su psique. El ser humano requiere preservar dicha unidad psicosomática a fin de utilizarla en óptimas condiciones para cumplir con su doble misión existencial: su realización plena como persona, es decir, el cumplimiento de su "proyecto de vida", así como, en tanto ente co existencial, prestar, a través de su trabajo, el servicio que debe a los demás miembros de la sociedad en la que discurre su existencia. Estas misiones han de realizarse mejor y más adecuadamente si la persona cuenta con la incolumidad de su cuerpo así como con su buen funcionamiento¹⁵⁹. Es conveniente aclarar que, en doctrina, la expresión "cuerpo" se utiliza en dos sentidos. El primero, estricto, se refiere tan solo a la parte orgánica o anatómica de la persona. El segundo, amplio, que

¹⁵⁹ FERNDÁNEZ SESSAREGO, Carlos. *"Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar"* En: La Constitución comentada, Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica, 2005 p. 58

comprende toda la estructura psicosomática, es decir, tanto el cuerpo -en sentido estricto- como la psique. Como es sabido, estos dos aspectos constituyen una imprescindible unidad, por lo que cualquier lesión a uno de ellos repercute, inexorablemente y en alguna medida, en el otro.

El derecho a la integridad psicosomática no se limita tan solo a la protección del soma o cuerpo -en sentido estricto- ante cualquier amenaza o atentado, sino también supone la protección frente a cualquier amenaza o daño al ámbito psíquico. De ahí que se consideren atentados contra dicha integridad no solo una lesión inferida al cuerpo o soma, sino también cualquier acto, como la tortura, dirigido a perturbar o lesionar, en alguna medida, el psiquismo de la persona. La consecuencia de este atentado adquiere diversas magnitudes y puede consistir en una perturbación emocional o en una patología psíquica de mayor o menor gravedad. En la Constitución vigente se alude a la integridad psicosomática, desagregando esta unidad existencial en sus aspectos psíquico y físico, a los cuales se añade el de carácter moral. Este último aspecto ha sido incorporado, por primera vez, en la Constitución de 1993. La Carta Magna de 1979 solo se refería a la integridad "física", sin mencionar aquella de carácter psíquico ni la moral.

Lo que el inciso 1º del artículo 2º alude como aspecto "físico" de la integridad personal corresponde al soma o cuerpo, en sentido estricto. Por constituirse el ser humano como una unidad inescindible, que comprende tanto lo identificado como "físico" así

como lo "psíquico", se prefiere en doctrina referirse a dicha integridad como "psicosomática". Ello con la finalidad de no dejar de lado el aspecto psíquico y, al mismo tiempo, remarcar dicha unidad.

La integridad psicosomática constituye un interés existencial que se encuentra jurídicamente tutelado por un derecho subjetivo. La persona, según lo dispone el ordenamiento jurídico positivo, se encuentra protegida frente a toda amenaza, agresión o atentado dirigido contra algún aspecto de su unidad psicosomática. La persona posee como prioritario interés existencial mantener incólume su integridad psicosomática en cuanto ella es un instrumento privilegiado para cumplir con su "proyecto de vida", tanto en su dimensión personal como social. Por consiguiente, corresponde a los miembros de la comunidad y a los órganos del Estado el deber de respetar dicha integridad, es decir, de no causarle daño alguno que la pueda afectar.

2.3.1.5. Derecho a la Intimidad

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al reconocimiento nacional e internacional sobre el derecho a la intimidad.

En la Constitución se ha prescrito en el artículo 2º, inciso 7º, que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. Además, existen otros dispositivos que siguen refiriéndose a este tema dentro del mismo artículo 2º: el impedimento de que los

servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inciso 6°); la inviolabilidad de domicilio (inciso 9°); el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados (inciso 10°); entre otros. Y pese a que el desarrollo constitucional de la materia es disperso, lo cierto es que la Declaración Universal de Derechos Humanos le da cierta coherencia y unidad. Así, en el artículo 12° se sostiene que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, motivo por el cual se expresa el derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. Un planteamiento similar se puede encontrar en el artículo 17° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (sobre todo incisos 2 y 3)¹⁶⁰.

No cabe duda que la vida privada refleja una de muy difícil comprensión, tanto así que algunos consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado. No obstante ello, juzgamos que es necesario plantearse sobre él un concepto inicial y preliminar. Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella. Sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido positivo. Así (...) se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente

¹⁶⁰ (Exp. 6712-2005-HC, caso Magaly Medina, fundamento 7) Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano.

su personalidad. Por ende, este derecho se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño. En consecuencia, la protección de la intimidad implica excluir el acceso a terceros de información relacionada con la vida privada de una persona, lo que incluye las comunicaciones, documentos o datos de tipo personal¹⁶¹.

2.3.1.6. Derecho a la Libertad Personal

La Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad personal. Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales¹⁶².

El derecho a la libertad personal se encuentra reconocida en la Constitución Política, en el inciso 24° del artículo 2°, el mismo que

¹⁶¹ Exp. N° 6712-2005-HC/TC, 4573-2007-PHD/TC, 5982-2009-PHD/TC

¹⁶² (Exp. N° 0019-2005-PI/TC) Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano.

establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Como todo derecho fundamental, la libertad personal no es un derecho absoluto, pues su ejercicio se encuentra regulado y puede ser restringido mediante Ley.

El derecho a la libertad personal permite a la persona desarrollarse en base a sus propias decisiones, por lo que el Estado y particulares deben evitar interferir en la esfera de decisión de las personas, sin embargo, existen situaciones que pueden generar la vulneración de dicho derecho, como por ejemplo cuando una propia ley establece restringir el mismo, como es el caso de la propia Constitución que ampara la detención de una persona en flagrante delito por el plazo de veinticuatro horas así como cuando el propio código procesal penal establece que se puede realizar intervenciones corporales incluso sin el consentimiento del intervenido. Independientemente de que dichas restricciones sea constitucionales o no, lo cierto es que siempre existe una afectación directa y objetiva a la libertad de decisión de las personas.

2.3.1.7. Derecho a la salud

La salud tiene la característica de ser por un lado un derecho en sí mismo y por el otro, ser condición habilitante para el ejercicio de otros derechos. En ningún otro derecho como en la salud se observa la interdependencia entre los derechos tan claramente como en éste, ya que a la vez, la salud depende de otros derechos. A veces las condiciones de salud de una persona varían según el

grado de libertad que vivan, o de la vivienda que habitan, del acceso a alimentación adecuada, al vestido y trabajo.

Este relevante derecho en la vida de las personas, en el ámbito de las intervenciones corporales se ve afectada cuando en el cuerpo de una persona se introducen elementos externos; por lo que es importante previo a estos análisis, realizar una investigación si dichas intervenciones no perjudicarán la salud del intervenido, a fin de evitar riesgos y consecuencias lamentables.

2.3.1.8. Derecho a la no autoincriminación

El derecho a la no autoincriminación, tiene raigambre supranacional, es así que en el artículo 14°, inciso 3° literal g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, se señala expresamente: “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. Así también se tiene que este derecho se ha consagrado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de las Naciones Unidas de 1998. Así se tiene, que en el artículo 55° (Derechos de las personas durante la investigación) se señala en el inciso 1°, literal “a” lo siguiente: 1. En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto: a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; del mismo modo en el inciso 2° literal b se refiere que: Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la

competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia.

A nivel regional, la Convención Americana de Derechos Humanos, refiere en su artículo 8º, inciso 2º literal g que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.

Por otro lado, este principio comprende tres aspectos: por un lado, el principio de no autoincriminación se ha identificado con el derecho a no prestar juramento al momento de prestar declaración; en un segundo aspecto, se lo ha identificado con el derecho a permanecer callado o derecho al silencio; y, finalmente, en un sentido más amplio, ha sido asociado al derecho del imputado a que su persona no sea utilizada como fuente de prueba incriminatoria en contra de sí misma¹⁶³.

En este sentido estos derechos están estrechamente vinculados con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de

¹⁶³ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián “*Derecho Procesal Penal Chileno*”, Tomo I. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004. Cit. p79.

inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación¹⁶⁴.

BACIGALUPO ZAPATER nos recuerda la formula romana de este principio como *nemo tenetur se ipsum accusare*, a la par que refiere que se trata de un derecho del inculpado o del imputado que se concreta como derecho a negar toda colaboración con la acusación, sin sufrir como consecuencia de ello ninguna consecuencia negativa, derivado del respeto de la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso en un Estado de Derecho¹⁶⁵.

Continúa el autor señalando que “el Estado es garante de que el sospechoso no se incrimine contra su voluntad, pues el derecho vigente impone a las autoridades de persecución en el delito el deber de instruir a cualquier persona que es interrogada como posible autor de un delito sobre los derechos que tienen reconocidos, especialmente sobre el derecho a guardar silencio y a no ser declarado culpable”¹⁶⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico este derecho se encuentra reconocido en nuestro código procesal penal, en específico en el artículo IX inciso 2º, que reza: “Nadie puede ser obligado o

¹⁶⁴ CORDÓN MORENO, Faustino *“Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal”* 2º Edición. Navarra. Editorial Arazandi, 2002. p.171.

¹⁶⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique *“La Noción de un Proceso Penal con Garantías”* en *“Derechos Procesales Fundamentales”*. Manuales de Formación Continuada. Consejo General de Poder Judicial. Escuela Judicial. N°22. 2004. p.504

¹⁶⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique Ob. Cit.p.504.

inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

Del entendimiento del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable como derivados del derecho de defensa y al ser ésta una manifestación de la presunción de inocencia, tenemos que nuestra Carta Política implícitamente la regula en el artículo 2° inciso 24° literal “e”, cuando prescribe que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, en consecuencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Asimismo, como se dijo anteriormente, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia recaída en el expediente N° 3062-2006-HC/TC, que el derecho a no auto incriminarse no se encuentra reconocido expresamente en la constitución. Sin embargo se trata de un derecho fundamental de orden procesal que forma parte de los derechos implícitos que conforman el derecho al debido proceso penal.

La doctrina ha señalado además que no son parte del derecho a no auto incriminarse y por lo tanto, constituyen medios de prueba legitimados: la inspección corporal, el registro personal ordenado por el fiscal, la obtención de muestras que involucren al imputado, como la toma de grafías para el examen grafotécnico o documentológico, el cotejo de fluidos corporales, identificación de

voz, impresión dental, etc.¹⁶⁷.

El principio de no autoincriminación y las intervenciones corporales aparecen así como una relativización del primero ante la praxis del segundo. Sin embargo a ello, el principio de no autoincriminación no excluye que dentro de los actos de investigación en aras de aproximarnos a la verdad real, se permita la realización de las intervenciones corporales siempre que éstas sean realizadas en estricto cumplimiento de lo prescrito en el código procesal penal en el marco de un sistema penal garantista que se materializará por ejemplo con una orden judicial a solicitud del Ministerio Público cuando no se tenga el consentimiento del investigado; dado que el investigado no ha realizado per se un hecho que lo incrimine, no es él quien se ha auto incriminado, son los actos de investigación que determinarán su participación en el delito investigado.

¹⁶⁷ ANGULO MORALES, Marco Antonio, “*Introducción al derecho probatorio*” Lima. Gaceta Jurídica, 2012. p.44

CAPITULO IV

INTERVENCIONES CORPORALES

2.4. DEFINICIÓN

En primer lugar, dejar sentado que el código procesal penal no ofrece una distinción entre examen corporal o intervención corporal, dando a entender a ambos conceptos como sinónimos, sin embargo, en las siguientes líneas trataremos de explicar si existe alguna diferencia entre ambos términos así como su relación con otros, ello con la finalidad de poder entender de mejor manera el tema bajo análisis.

Puede decirse que las intervenciones corporales, como concepto genérico, 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 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 fundamentales¹⁶⁸. Las intervenciones corporales son actos de investigación del delito, que tienen por objeto el cuerpo de la persona humana, sin necesidad de obtener el consentimiento, por lo que deben actuarse previa orden judicial, solo en caso necesario, en la forma prevista por la ley y ponderando el interés en la investigación del delito a los derechos individuales de las personas¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Véase: RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo [en línea] [Consultado el 25 de mayo de 2014]. disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/07INTERVENCIONESCORPORALES_000.pdf.

¹⁶⁹ QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. Ob. Cit. p.424.

ALEX CAROCA¹⁷⁰, citando a la legislación chilena, señala que los exámenes del imputado -entendido como intervenciones corporales- consisten en pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado. Si la persona que debe ser objeto de los exámenes, consintiere, el Fiscal o la Policía ordenarán que se practiquen sin más trámite, pero si se niega, se solicitará la autorización judicial, exponiéndose al Juez las razones del rechazo. Incluso, respecto a este último aspecto, en la práctica muchos fiscales optan por apercibir a los intervenidos que en caso de no querer someterse a las pruebas respectivas, podrán ser denunciados por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad.

Se trata de una medida intrusiva de excepcional importancia por los valores constitucionales en juego, como la dignidad de la persona, el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, el derecho a la libertad personal, el derecho del detenido a no ser obligado a declarar, a declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable, entre otros. Por otro lado, el interés público por el esclarecimiento y sanción de los delitos hace necesario dotar a los órganos vinculados a la persecución penal de la posibilidad de recurrir a este tipo de medidas intrusivas. Piénsese en los problemas que origina, por ejemplo, la sospecha de transporte de drogas en el recto o en la vagina, para la configuración del delito de Tráfico ilícito de drogas y estupefacientes¹⁷¹.

RIVES SEVA entiende por estas intervenciones a las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su

¹⁷⁰ CAROCCA, PÉREZ, Aléx “*El Nuevo Sistema...*” Ob. Cit. p.135.

¹⁷¹ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián Ob. Cit. p.507.

consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él¹⁷².

GIL HERNÁNDEZ, señala por su parte, que esta medida, se justifica en los constantes avances técnicos y científicos en la investigación y averiguación de los delitos, provenientes del campo de la medicina legal o de la Policía Científica- análisis de ADN, pruebas psicométricas, heredo biológicas, Rayos “X”, narcoanálisis que aportan datos decisivos para fijar los elementos de los delitos y su posible autor¹⁷³.

Por otro lado, GIMENO SENDRA, precisa que las medidas de intervención corporal importan la extracción de elementos externos de cuerpo humano, siempre que por las características del destinatario no corra peligro su salud¹⁷⁴. En ese sentido, su intervención requiere necesariamente de un experto o profesional sanitario, cuya opinión, acerca de lo riesgoso de la medida, será determinante para recabar o prescindir de la orden judicial¹⁷⁵.

Finalmente, podemos concluir que al referirnos a las intervenciones corporales – como concepto genérico - nos referimos a aquellas intervenciones que recaen sobre el cuerpo de una determinada persona afectando, de una u otra forma, derechos constitucionalmente protegidos pero con la finalidad de aproximarse al descubrimiento de la verdad real, es decir que por medio de ello se puede dar

¹⁷² RIVES SEVA, Antonio Pablo “*La prueba en el proceso penal, doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*” 3º Edición, Navarra, Editorial Aranzandi. p.357.

¹⁷³ GIL HERNANDEZ, *Intervenciones corporales y Derechos fundamentales Citado por SAN MARTIN CASTRO, Cesar, Derecho Procesal penal*, 3º Edición. Lima. Editorial Grijley, 2014, pág. 526.

¹⁷⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal penal, Citado por SAN MARTIN CASTRO, Cesar Ob. Cit.p. 527.*

¹⁷⁵ SAN MARTIN CASTRO, César, Ob. Cit. p. 527.

lugar al descubrimiento de circunstancias, hechos o elementos materiales que pueden servir como prueba para su actuación y correspondiente valoración a nivel de juicio oral y así demostrar la existencia del delito y la responsabilidad penal.

Doctrinariamente se discute si estos actos cuestionan los alcances del principio de no autoincriminación, por cuanto, a través de ellos, se utiliza el propio cuerpo del imputado para obtener prueba incriminatoria. Ya hemos hecho mención a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, se hizo mención a lo señalado por CAFFERATA NORES que sólo cuando el imputado actúe como objeto de prueba (lo que no significa, por cierto, que sea objeto del proceso) podrá ser obligado a participar en el respectivo acto procesal (v.gr. En una inspección pericial de su cuerpo)¹⁷⁶. Es decir, el autor es del criterio de que el imputado sí puede ser utilizado como objeto de prueba, situación muy diferente a ser utilizado como objeto del proceso en donde puede verse afectado el principio de presunción de inocencia así como el debido proceso. En ese sentido, SAN MARTIN CASTRO, precisa que, una intervención realizada coactivamente, aun contra la voluntad del intervenido, no vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, puesto que estos casos **no se obliga al examinado a que emita una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad**, lo cual es la verdadera esencia de dicho derecho fundamental, sino simplemente a tolerar que se le haga objeto de una modalidad de intervención, exigiéndole una colaboración no equiparada a la cláusula de no autoincriminación¹⁷⁷. Por

¹⁷⁶ CAFFERATA NORES, José I. "Proceso Penal y Derechos..." Ob. Cit. p. 86

¹⁷⁷ SAN MARTIN CASTRO, Cesar Ob. Cit. p. 527

su parte, la jurisprudencia norteamericana ha establecido que las tomas de orina, sangre u otros fluidos que se lleven a cabo aún en contra de la voluntad de la persona son válidas¹⁷⁸. Del mismo modo en España, el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 252/1984 definió claramente a la prueba de *alcoholemia* como una pericia técnica, donde no hay declaraciones auto inculpatórias. Asimismo, en la sentencia 107/1985 señala que “la verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito”.

El Tribunal Constitucional Español ha considerado que, en las denominadas intervenciones corporales, el derecho afectado será, por lo general, el derecho a la integridad física (...) en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad, será preciso que sea ordenada por la autoridad judicial; que sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella; que sea necesaria o imprescindible, y que, además, el sacrificio que imponga de tal derecho no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes. Por otra parte, en otra sentencia el mismo Tribunal afirma que, en el caso concreto de las intervenciones corporales, puede producirse una violación del derecho a la intimidad "no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su

¹⁷⁸ ESPARZA LEIBAR, Iñaki “*El principio del proceso Debido*” citado por QUISPE FARFÁN, Fany Soledad Ob. Cit.p. 425.

finalidad, es decir, porque a través de la práctica de esa prueba se puede obtener una información que el sujeto no quiera desvelar, lo que puede suponer una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal. Ahora bien, ello no quiere decir que el derecho a la intimidad sea absoluto, pues cede ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho"¹⁷⁹.

La intervención corporal es una medida restrictiva de derecho que hasta cierto punto permite intervenir corporalmente al procesado con el fin de obtener información relevante para la investigación que se generó con la ocurrencia de un hecho presuntamente delictivo. Las “intervenciones corporales inciden, exclusivamente, en el cuerpo humano, se practican – la mayoría de las veces – sin el consentimiento de la persona, adoptándose como diligencias que forman parte de una investigación, con el fin de buscar evidencia que pudiera hallarse al interior de la entidad corpórea y, a la postre, llevarla a formar parte de un proceso, ya sea a favor o en contra de la persona intervenida”¹⁸⁰.

2.4.1. Regulación Normativa en el Código Procesal Penal del 2004

El código procesal penal regula a las intervenciones corporales en el capítulo IV, del título III, sección segunda, libro segundo denominado actividad procesal, específicamente en los artículos 211°, 212° y 213°.

¹⁷⁹ Sala Primera. Sentencia 206/2007, de 24 de septiembre de 2007. Tribunal Constitucional Español

¹⁸⁰ TORO LUCENA, Óscar Augusto, “*Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales: Límites*”, En la revista: Criterio jurídico garantista del Año 2 - No. 3 - Julio-Diciembre de 2010, p 188.).

Dicha regulación está referida exclusivamente a las intervenciones corporales, mas no, a los registros de personas, pues estos últimos se configuran con la búsqueda externa sobre la vestimenta de la persona, equipaje o bultos que portare o el vehículo utilizado; es decir, esto último se trata de un medio por el cual se registra a alguien para saber si oculta, siempre en el contorno o perímetro de su cuerpo, objetos de carácter delictual o relacionados con un delito¹⁸¹. Esta medida tiene, como fin, una actividad indagatoria sobre la persona humana, constituida por la palpación exterior sobre el cuerpo y además el registro de indumentaria y otros, que realizan los agentes del orden. Esto es a lo que en España se le conoce como “cacheo policial”.

Respecto al concepto de examen corporal, registro corporal e inspección corporal – como ya se explicó precedentemente-, estos se encuentran comprendidos dentro del concepto macro denominado intervenciones corporales, más no en el llamado registro de personas, pues es en las primeras en donde existe una injerencia o afectación de mayor intensidad a la intimidad personal, que el simple registro en vestimenta, equipaje o vehículos, y por ello es que se requiere de mayores formalidades y de la garantía de judicialidad para su realización, no resultando suficiente la decisión policial o fiscal, salvo los casos de extrema urgencia y de peligro en la demora, en que por regla general se considera suficiente la disposición fiscal, con cargo a dar cuenta y solicitar confirmación del Juez.

Así pues, podemos señalar como presupuestos de las intervenciones

¹⁸¹ VASQUEZ GANOZA, Carlos Zoe, “Aplicación coactiva de las medidas limitativas de derechos en el Código Procesal penal de 2004”, en Actualidad Procesal Penal, Gaceta jurídica, Tomo 190, Lima, Setiembre 2095, p.150.

corporales a la legalidad y judicialidad, es decir que se requiere que dichas intervenciones corporales se encuentren previstas en la ley, al igual que cualquier medida limitativa o restrictiva de derechos fundamentales (...) ¹⁸². En cuanto a las limitaciones de derechos fundamentales existe el monopolio jurisdiccional, ello en razón de que a los jueces les compete la tarea de aplicar el principio de proporcionalidad, dado que como hemos visto, este tipo de intervenciones afectan derechos fundamentales. Con esta reserva jurisdiccional se garantiza además la motivación de la decisión ¹⁸³, aspecto de suma importancia para autorizar su procedencia.

Cuando el código procesal penal se refiere a **intervenciones corporales** por un lado y por otro a los **exámenes corporales**, pareciera que está realizando una repetición innecesaria, sin embargo, hay que entender que ambos términos tienen una relación de género a especie, siendo el término general el primero y el específico el segundo. Este último también puede considerarse como inspección o registro corporal, pues dentro de ellos se encuentran los exámenes en las cavidades íntimas como vagina o ano, extracción de objetos o sustancias de estas cavidades, del estómago u otras partes del cuerpo, exámenes falométricos, etc., lo que implica una injerencia de implicancia en la integridad corporal y la salud psíquica de la persona, por lo que no puede realizarse en la investigación de todo tipo de delitos, sino solo en casos de cierta gravedad como los previstos en el artículo 211°.1° (cuando se exige que el delito debe estar sancionado

¹⁸² QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. Ob. Cit. p. 430.

¹⁸³ QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. Ob. Cit. p. 430.

con pena mayor a cuatro años). Sin embargo, ciertos casos de injerencia mínima en la intimidad o el pudor personal que no provoquen ningún daño para la salud del examinado, pueden ser ordenados por el Fiscal o realizados por la propia policía (ante casos de urgencia); tales como los casos de pequeñas extracciones de sangre, pelos, piel, etc. o también la búsqueda en cavidades corporales como la boca, axilas, etc.¹⁸⁴, que también serían consideradas como exámenes, inspecciones o registros corporales.

El artículo 211° establece que la intervención corporal del imputado será realizado por el Juez a solicitud del Ministerio Público, en casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a 4 años, es decir, que no podrá realizarse en investigaciones de delitos sancionados con penas distintas a la privativa de libertad así como a los delitos con penas privativas de libertad menores a dicho quantum. Tampoco se podrá realizar para averiguar datos de poca relevancia, sino únicamente para hechos o información significativa para la investigación del delito, con miras a aproximarnos a la verdad real. Sin embargo, llama la atención la contradicción que se presenta en el mismo código al permitir realizar un examen corporal en caso de la posible comisión de un delito mediante la conducción de vehículos, dentro de los cuales también puede encontrarse el propio delito de conducción de vehículo de estado de ebriedad cuya pena privativa de libertad es no mayor de dos años.

Todas las intervenciones corporales pueden realizarse sin autorización

184 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, RABANAL PALACIOS, William Y CASTRO TRIGOSO, Hamilton *El Código Procesal Penal, comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, Lima Jurista Editores, 2008, p. 211.

del Juez si es que el examinado presta su consentimiento para tal fin, puesto que se trata de la injerencia en un derecho privado e íntimo respecto al cual su titular puede disponer libremente. En este caso, la prueba no podrá ser cuestionada cuando la disponga el Fiscal o la realice la Policía, siempre y cuando conste de modo indubitable el consentimiento informado del examinado, caso contrario se podría practicar sin el consentimiento del investigado pero con autorización del Juez.

Cuando hablamos de intervenciones corporales, las mismas necesariamente deberán ser efectuadas por un médico o en su defecto por un profesional de la salud. Se realizará siempre y cuando no existan temores fundados de que con dicho examen se puede causar un daño grave para la salud del imputado, debiendo determinarse esta posibilidad con la intervención de peritos de ser el caso. Lo que significa que, aun cuando existiese temor fundado de que con el examen se puede causar un daño no considerado grave, de todos modos se puede realizar el examen por orden del Juez; no se realizará el examen únicamente cuando se prevea la posibilidad de causar un daño grave. Sin embargo, no se han especificado criterios para determinar cuándo estamos ante el temor fundado de un daño grave, por lo que será la jurisprudencia la que decante o delimite esta situación; en todo caso, deberá tenerse en cuenta criterios médicos y normativos, como los establecidos para la determinación de las lesiones configurativas de delito; esto es, se podrá considerar como temor fundado de causar un daño grave, la presunción de que el

examen puede causar una incapacidad para el trabajo o atención facultativa mayor a los 10 días (a partir de lo cual ya se configuraría un delito). Esto es, aun cuando el presunto daño pueda configurar lesiones leves, ya se debe considerar daño grave, y por tanto, ya no se podrá realizar el examen, puesto que estos daños constituyen delito, y no se puede propiciar lesiones que en otras circunstancias serían reprimidas con sanción penal. Asimismo, para la determinación de la gravedad deberá considerarse las condiciones personales del imputado, debiendo diferenciarse entre hombres, mujeres, ancianos, adultos de mediana edad, personas con alguna patología clínica, etc. Aunado a ello, en la realización de la diligencia, se debe tener en cuenta el respeto del pudor del intervenido, y de ser posible se buscará que la ejecute una persona de igual sexo, o en todo caso, que se encuentre presente un familiar, sobre todo, cuando se trata de mujeres. De igual forma, deberá estar presente el abogado defensor, salvo casos de imposibilidad material y urgencia del examen, en cuyo caso se permitirá la presencia de una persona de la confianza del examinado. Debiendo constar todo ello en el acta correspondiente.

También tenemos el artículo 212° que hace referencia a la intervención corporal de terceras personas distintas al inculpado, esto es, testigos y terceros vinculados a la determinación de descendencia, relacionada con la investigación de un delito. En el caso de testigos, se aplicará todos los criterios establecidos para el inculpado, con la diferencia, de que para realizar el examen se deberá tener la seguridad de que en su cuerpo se encuentren determinadas huellas o secuela del

delito. En este caso sin embargo, el testigo puede rehusarse a la realización de la prueba si se encontrara comprendido dentro de las causales por las cuales no se le puede obligar a prestar su testimonio (Artículo 212° inciso 3° concordado con el artículo 165°). Para la determinación de la descendencia, puede realizarse exámenes en los posibles padres o familiares de estos, tal sería el caso de investigaciones de un delito de violación sexual, en cuyo caso se podrá realizar exámenes en los familiares del presunto responsable, a fin de determinar la paternidad del menor, con lo que a la vez se establece la autoría del hecho investigado. En este caso, solo será admisible la realización de la prueba, cuando exista la certeza de que con el examen no se causara ningún daño al examinado, salvo que se cuente con el asentimiento de la persona a examinar, en cuyo caso, se puede realizar la prueba aun cuando se pueda prever un posible daño, el mismo que obviamente no debe ser de gravedad.

Finalmente, el artículo 213° establece la intervención corporal para prueba de alcoholemia. La alcoholemia está referida a la presencia de alcohol en la sangre cuando se excede de lo normal; y para determinar la cantidad se utilizan los llamados métodos alcoholímetros. Estos métodos deben ser entendidos como actos de investigación (carácter pericial), que se adoptan en el curso de una detención y que a través de una medición en el aliento o a través de una intervención corporal del imputado, permite determinar el grado de alcohol ingerido. En la doctrina se discute si se puede obligar o no al imputado o intervenido a soportar la realización de esta prueba, sin embargo el Tribunal

Constitucional Español ha concluido en que estos métodos no constituyen una injerencia prohibida y solo constituye una intervención corporal de carácter leve y no afecta al derecho de presunción de inocencia ni a la autoincriminación ya que no se obliga al intervenido a exteriorizar un contenido admitiendo su culpabilidad. Las pruebas de alcoholemia comúnmente utilizadas son el control del aire espirado y los análisis de sangre, de orina o de secreción nasal, así como el contenido estomacal o intestinal (fundamentalmente en cadáveres). De igual forma, entre los análisis de alcoholemia se realiza el conocido como dosaje etílico, consistente en un análisis químico que determina la cantidad de alcohol en la sangre al momento en que se toma la muestra. El artículo bajo análisis dispone en primer lugar, que la policía en su función de prevención del delito en general, podrá realizar las comprobaciones o medición de la tasa de alcoholemia en el aire espirado; diligencia que se realizará a través de la medición en el aliento, con el instrumental adecuado, a fin de determinar la ingesta de alcohol por parte del intervenido. Las comprobaciones de tasas de alcoholemia en aire aspirado es una facultad reconocida a la policía que se realiza en su misión de prevención de delitos o en el curso de una inmediata intervención como consecuencia de la posible comisión de un delito mediante la conducción de vehículos. Si la comprobación resulta ser positiva, el intervenido será retenido y conducido al centro de control sanitario correspondiente para realizar la prueba de intoxicación en sangre o en

fluidos según la prescripción facultativa¹⁸⁵.

En cuanto a las medidas que constituyen una confrontación legítima y proporcional contra la integridad, se evidencia que el código procesal penal de 2004 menciona un catálogo de medidas conformado por las pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares, exploraciones radiográficas y la comprobación de tasas de alcoholemia en aire aspirado, pero que no tiene carácter cerrado, sino que permite medidas que tengan la misma naturaleza y función, esto se desprende de la frase “u otras intervenciones corporales” contenido en el artículo 211° que da la posibilidad de incorporar cualquier intervención corporal legítima que pueda generarse como producto del avance médico.

2.4.2. Intervenciones Corporales y Exámenes, Inspecciones o Registros Corporales

Como se estableció en párrafos anteriores, debemos tener claro la diferencia entre las intervenciones corporales propiamente dichas, de las inspecciones corporales o también denominadas exámenes o registros corporales, claro está, todas pertenecientes a las intervenciones corporales. Siendo así, al hablar de intervenciones corporales propiamente dichas, nos estamos refiriendo a “aquellos actos que implican, no una búsqueda de objetos en la superficie corporal o en las cavidades u orificios corporales naturales (en estos casos estamos ante inspecciones), sino extracciones de fluidos del

¹⁸⁵GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino; RABANAL PALACIOS, William; CASTRO TRIGOSO, Hamilton, Ob. Cit.p. 213.

cuerpo humano, tales como el análisis de sangre o de orina, o ecografías, o cualquier otro tipo de actuación sanitaria, examinando el cuerpo mismo del imputado”.

GIMENO SENDRA distingue entre inspecciones corporales e intervenciones corporales. Define la inspección corporal como “cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano” siendo algunas superficiales como un reconocimiento dactiloscópico, mientras que otras interesan partes íntimas del cuerpo humano como las inspecciones vaginales o anales¹⁸⁶. Este mismo autor define a las intervenciones corporales como “todo acto de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se extraen de él determinados elementos en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar el hecho punible o la participación en él del imputado”¹⁸⁷.

Por su parte, MORENO CANTENA refiere que las inspecciones corporales consisten en el reconocimiento del cuerpo de una persona por parte de una autoridad o agente sin realizar una injerencia física del inspeccionado, es decir, se trata de examen de la situación externa del sujeto sometido a la diligencia¹⁸⁸ y que las intervenciones corporales denotan una injerencia física en el cuerpo de una persona, para extraer de él sustancias o elementos sobre los que realizar los oportunos análisis; por lo tanto, las intervenciones trascienden del examen externo del sujeto, que era constitutivo de una simple

¹⁸⁶ GIMENO SENDRA, Vicente “*Derecho Procesal Penal*” Madrid. Editorial Colex, 2004, p. 377.

¹⁸⁷ GIMENO SENDRA, Vicente Ob. Cit. p.455 y ss.

¹⁸⁸ GIMENO SENDRA, Vicente Ob. Cit. p. 225.

inspección corporal¹⁸⁹.

Bajo dicho contexto, se tiene que “la intervención corporal y el registro personal (o inspección) encarnan objetos distintos de exploración y suponen grados distintos de instrucción, pues la primera comporta una exploración dentro del cuerpo del imputado, en tanto que la segunda está limitada a una mera palpación o cacheo del individuo y su indumentaria (...)”¹⁹⁰. Una diferencia importante entre ambos términos consiste en que los derechos que se ven restringidos de manera legítima son diferentes, el registro de personas se afecta principalmente la intimidad, mientras que en la intervención corporal colisiona directa y principalmente con el derecho a la integridad física. Se dice que no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero si puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (artículo 18.1 constitución española) siempre y cuando recaigan sobre partes íntimas del cuerpo, como por ejemplo, un examen ginecológico. Estas medidas limitativas de derecho pueden clasificarse a su vez de acuerdo al grado de colisión que tienen con el derecho a la integridad física. Atendiendo a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español¹⁹¹, las intervenciones corporales en sentido estricto son aquellas necesarias para extraer del cuerpo determinados elementos externos o internos y someterlos posteriormente a un análisis pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsia, etc.) o consistentes en

¹⁸⁹ GIMENO SENDRA, Vicente Ob. Cit. p.253.

¹⁹⁰ CASTAÑO VALLEJO, Raúl, “*Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad*” Colombia, Editorial Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, p. 504.

¹⁹¹ Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional español 207/1996. [en línea] [Consultado el 25 de mayo de 2014]. disponible en: <http://www.fldm.edu.mx/documentos/revista5/articulo02.pdf>

la exposición del cuerpo a radiaciones (rayos X, resonancias magnéticas, etc.) con el objeto de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en el del imputado. En estos supuestos, donde existe una mínima injerencia en el cuerpo humano de la persona, el derecho fundamental afectado, es por lo general, el derecho a la integridad física, y precisamente por afectar éste derecho, la práctica de las intervenciones corporales en sentido estricto debe ser llevada a cabo por personal sanitario, que deberá ser el médico en las intervenciones que supongan un mayor grado de afectación de la integridad física. En concreto, y tratándose de diligencias de investigación dispuestas en un proceso penal, parece que la regla general debe ser que se realicen por el médico forense.

Siendo así, podemos considerar, siguiendo al criterio del Tribunal Supremo Español, que la investigación corporal consiste en la exploración del cuerpo mismo (estado mental o contenido de alcohol en sangre); mientras que el registro corporal por el contrario consistiría en tratar de encontrar objetos escondidos en la superficie o en las cavidades naturales del cuerpo (boca, ano y vagina)¹⁹², pero que sin embargo, a pesar que estas inspecciones no serían de mucha gravedad, también podrían verse afectados derechos fundamentales como la integridad física.

Las inspecciones y registros corporales son aquellas en las que en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no

¹⁹² Véase: Sentencia del Tribunal Supremo español de 11 de mayo de 1996. [en línea] [Consultado el 25 de mayo de 2014]. disponible en: <http://www.fldm.edu.mx/documentos/revista5/articulo02.pdf>

producirse por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero si puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (artículo 18.1 Constitución española) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, o inciden en la privacidad.

Finalmente, las inspecciones y registros corporales son los registros que se realizan en el marco de una investigación con el fin de recabar elementos de convicción en el intervenido o el de identificar a aquella persona sobre la que recae una sospecha razonable, en razón de que dicho sujeto esté relacionado con un hecho presuntamente delictivo. La búsqueda de pruebas que se realiza en este tipo de diligencias se realiza “de modo externo o superficial sobre el cuerpo de la persona investigada, de lo que porta o de lo que encuentre en su alcance inmediato”¹⁹³; situación muy distinta a las intervenciones corporales propiamente dichas.

2.4.2.1. Clases

Bajo dicho análisis podemos afirmar que las intervenciones corporales en sentido amplio pueden ser de diferentes formas, entre las que destacan las inspecciones de las cavidades naturales del cuerpo, bien **para la determinación de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible** (examen ginecológico para comprobar la realización o no de un delito de aborto), bien **para el descubrimiento del objeto del delito** (inspecciones anales o vaginales para comprobar si se esconde droga en estas cavidades),

¹⁹³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, “*El nuevo Proceso Penal: Estudios Fundamentales*” Lima. Editorial Palestra, 2005, p 416.

o simplemente en el **reconocimiento visual del cuerpo** totalmente desnudo del afectado. Asimismo, pueden consistir en extracción de elementos externos e internos del cuerpo humano así como otras intervenciones que pueden revestir mayor gravedad. Sin embargo, a fin de ser más didácticos, mencionaremos cada una de las intervenciones corporales, clasificándolos por la gravedad o el grado de colisión que tienen con diferentes derechos fundamentales, debiendo precisar que en todas puede existir - aunque sea mínima - un menoscabo en el cuerpo humano de los intervenidos. Así tenemos:

A. Leves

Las medidas que importan una intervención corporal leve, consisten en “la extracción de elementos externos del cuerpo humano, siempre que por las características del destinatario no corra peligro su salud”¹⁹⁴, sin embargo, considero que también pueden presentarse extracción de elementos internos del cuerpo para ser sometidos a un determinado informe pericial, como la orina, sangre, saliva, etc. Así mismo, pueden presentarse otras intervenciones donde además puede haber una injerencia en la intimidad de la persona, como la realización de un examen ginecológico, electrocardiograma e inspecciones anales o vaginales, todas estas últimas entendidas como inspecciones.

En esa línea de ideas, “los matices en los grados de

¹⁹⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César, Ob. Cit. p 588

intervención van desde los elementales registros a la indumentaria de la persona hasta los actos quirúrgicos invasivos dirigidos a la obtención de evidencias dentro del cuerpo del individuo”¹⁹⁵. Esto último, entendido siempre que no pongan en peligro la salud del intervenido u ocasionen sufrimientos a la persona afectada, pues caso contrario, nos encontraríamos ante un tipo de intervención de carácter gravoso.

En ese sentido se pueden plasmar los siguientes ejemplos de intervención corporal leve:

- **Espiración de aire**

Se practica por la policía. Es un acto de investigación consistente en una intervención corporal, aunque suponga una intervención muy leve. Gran parte de la doctrina, entiende que si el grado de alcoholemia se mide en el aire espirado, esta diligencia no constituye una medida de intervención corporal, sino una actuación legítimamente encomendada a la policía para salvaguardar la seguridad en el tráfico rodado, denunciando las infracciones administrativas o penales en que puedan incurrir los conductores de vehículos de motor.

También conocida como prueba de alcoholemia, mediante la cual se toma la espiración del aire con el fin de

¹⁹⁵ CASTAÑO VALLEJO, Raúl, Ob. Cit.p. 504.

determinar el grado de consumo de alcohol. “Es un acto de investigación de carácter pericial practicado, en una primera fase, por la policía ayudado de un aparato utilizado al efecto”¹⁹⁶.

Un punto importante a mencionar es el hecho de que si el intervenido evidencia por su conducta gran cantidad de alcohol, o si el resultado de la diligencia de espiración resulta positivo, el investigador podrá realizar la medida de extracción de sangre, esto para determinar exactamente el grado exacto y la sustancia específica que produjo el estado lascivo del intervenido.

- **Extracción de elementos externos e internos del cuerpo humano: análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias.**

Diligencia devenida de la extracción de la sangre, orina, pelos, uñas, etc., con el fin de analizar dichos elementos y determinar así sus componentes y características propias que bajo análisis de investigador, basado en elementos de convicción justificantes, son necesarias para el esclarecimiento del hecho objeto de investigación.

La utilidad en la investigación, la proporcionalidad y la necesidad de la medida deben ser determinadas dependiendo el caso concreto, por ejemplo dichas medidas se justifican en caso en los que es importante conocer el

¹⁹⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César “*Estudios de Derecho...*” Ob. Cit. p. 338.

ADN del investigado en casos de violación; o en delitos de tráfico ilícito de drogas donde es necesario, de acuerdo el caso, la realización de un examen toxicológico o el examen de sarro ungeal.

- **Rayos “x”, tac y resonancias magnéticas**

La denominación rayos X designa a una radiación electromagnética, invisible, capaz de atravesar cuerpos opacos y de imprimir las películas fotográficas. Los actuales sistemas digitales permiten la obtención y visualización de la imagen radiográfica directamente en una computadora (ordenador) sin necesidad de imprimirla. La longitud de onda está entre 10 a 0,01 nanómetros, correspondiendo a frecuencias en el rango de 30 a 3.000 PHZ (de 50 a 5.000 veces la frecuencia de la luz visible)¹⁹⁷. De otro lado, la Tomografía Axial Computarizada (TAC) es una radiografía (se utiliza rayos x) seriada sobre un eje, que ayuda a detectar hemorragias cerebrales, heridas internas, tumores, calcificaciones. Finalmente, cuando hacemos mención a las resonancias magnéticas hacemos referencia a imágenes estructurales internas del cuerpo a través de ondas de radio. Su utilización se presenta cuando otras pruebas no pueden hacer un diagnóstico certero y tiene mejor sensibilidad para distinguir entre materia gris y blanca.

¹⁹⁷ [en línea] [Consultado el 25 de mayo de 2014]. disponible en:http://es.wikipedia.org/wiki/Rayos_X

Técnica mejor para el estudio del cerebelo, la fosa posterior, los lóbulos temporales, la médula espinal y el tronco cerebral¹⁹⁸.

Los rayos x, en el proceso penal, implica un examen pericial realizado; primeramente de manera externa que implica el reconocimiento de objetos u otros elementos delictivos relacionados con el mismo. Así por ejemplo este tipo de medidas tomadas por el médico legista, bajo la dirección del Fiscal, pueden ser efectivas en casos de tráfico ilícito de drogas, cuando el delincuente oculta la sustancia psicotrópica dentro de su organismo, mediante elementos capsulares.

- **Exploraciones radiológicas**

Estas intervenciones son menos agresivas para la intimidad corporal y cumpliendo con las circunstancias ordinarias, es decir, siempre que el estado de salud o la situación del imputado no lo impida (supuestos de embarazo), no deberán realizarse con frecuencia superior a la aconsejada médicamente y tendrá que efectuar un adecuado control técnico, de manera que no se afecte a la integridad física del imputado, debiendo utilizarse radiólogos en vez de las inspecciones y registros corporales manuales. Pero, no obstante debemos tener en consideración que son

¹⁹⁸ [en línea] [Consultado el 25 de mayo de 2014]. disponible en: <http://www.encyclopediasalud.com/categorias/cerebro-y-sistema-nervioso/articulos/diferencias-entre-el-tac-y-la-rmn-para-la-obtencion-de-neuroimagenes/>

exploraciones radiológicas potencialmente peligrosas para la salud del afectado, y por tanto es preciso que sean autorizadas siempre por un órgano jurisdiccional que instruya la causa, en resolución que motive adecuadamente el carácter imprescindible de la medida y la ausencia de riesgo para la integridad física en el caso concreto, para lo cual deberán realizarse bajo control médico y conforme a las prescripciones técnicas adecuadas, pudiendo incurrir en responsabilidad penal la autoridad que obligue hacer dichas pruebas al causar un riesgo en la salud.

Del mismo modo y aunando en lo anterior, existen determinados medios de exploración del cuerpo humano (ecografías por ejemplo) que no implican riesgo para la salud; pero al investigarse con ellas el interior del cuerpo, se entiende que se afecta a la privacidad del sujeto investigado y, por lo tanto, a su intimidad corporal o personal, al menos por la información que puede obtenerse a través de los mismos, por lo que su utilización también requerirá autorización judicial.

- **Electrocardiogramas**

El electrocardiograma (ECG) es el registro gráfico, en función del tiempo, de las variaciones de potencial eléctrico generadas por el conjunto de células cardíacas y recogidas

en la superficie corporal¹⁹⁹. Estas variaciones se captan con los electrodos a nivel de la superficie de la piel, y a través de los conductores llega al electrocardiógrafo que mide las potenciales de acción del corazón y lo registra. Es un procedimiento sencillo y rápido que registra la actividad eléctrica del corazón. Se utiliza para medir el ritmo y la regularidad de los latidos, así como el tamaño y posición de las aurículas y ventrículos, cualquier daño al corazón y los efectos que sobre él tienen las drogas.

La diligencia de electrocardiograma es una medida restrictiva de derecho que consiste en el examen médico que representa gráficamente la actividad eléctrica del corazón, que se obtiene con un electrocardiógrafo en forma de cinta continua.

Es el instrumento principal de la electrofisiología cardíaca y tiene una función relevante en el cribado y diagnóstico de las enfermedades cardiovasculares, alteraciones metabólicas y la predisposición a una muerte súbita cardíaca.

- **Inspecciones anales o vaginales**

Exámenes realizados, generalmente, a presuntas víctimas de agresiones sexuales, con la finalidad de evitar falsas acusaciones de violación sexual.

En el ámbito de una investigación o diligencia de

¹⁹⁹ Departamento de Ciencias Fisiológicas. [en línea] [Consultado el 25 de mayo de 2014]. disponible en: http://fisiopuj.tripod.com/Guias/1_Electrocardiograma.pdf

prevención, como por ejemplo en los casos de tráfico ilícito de drogas, es necesario el análisis de las cavidades u orificios (anales y vaginales), en tanto que es en estos lugares donde se suele ocultar el objeto del delito. Esto último también se viene presentando en aquellos delitos donde personas tratan de ingresar en sus partes íntimas, celulares, chips o cualquier medio de comunicación a los establecimientos penitenciarios, el cual se encuentra sancionado penalmente.

Dicha actividad, consistente en la revisión de las cavidades, debe ser realizada “respetando en lo posible el pudor de la persona; y (...) el encargado de realizarla será otra persona del mismo sexo, salvo que ello importe demora en perjuicio del proceso”.

HORVIST LENON y LOPEZ MASLE refieren que pese a la evidente pertinencia de su utilización como método de investigación, la doctrina mayoritariamente condena su uso de manera absoluta, considerándolo prohibido como una modalidad de trato degradante o como una vulneración inaceptable del derecho a la intimidad. La jurisprudencia, en cambio, ha sido más tolerante y ha puesto el énfasis en las circunstancias bajo las cuales se practica la medida. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha considerado que "no cabe considerar en sí misma degradante o contraria a la dignidad de la persona la verificación de un examen

ginecológico por parte de un profesional de la medicina". No obstante, el Tribunal Supremo ha considerado degradante "la obtención de prueba tras obligar a una persona a desnudarse y efectuar flexiones hasta que caiga al suelo un paquete de droga que portaba en el recto o que guardaba en la vagina.

En la misma línea de ideas, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha establecido como principio que el Juez debe considerar que ofende al debido proceso de ley la "conducta que conmociona la conciencia" ("conduct that shocks the conscience"), como lo es, por ejemplo, el procedimiento destinado a provocar vómitos para extraer por la fuerza el contenido del estómago de un imputado. Posteriormente, sin embargo, esa misma Corte ha considerado que bajo ciertas circunstancias se encuentra justificada la detención "larga, incómoda y humillante" de una persona, si existe la "sospecha razonable" de contrabando de drogas en su canal alimenticio, lo que supone aceptar que la detención se extienda el tiempo suficiente para que la expulsión de la evidencia se produzca de manera natural. El mismo autor considera que la sola relación de esta norma con el principio de proporcionalidad aplicable a todas las medidas intrusivas es suficiente para proscribir completamente la utilización válida de los registros anales y vaginales, ya que, en el actual estado de la medicina, ellos pueden perfectamente ser

sustituidos por exámenes radiológicos, lo que impide a la medida en estudio satisfacer el requisito de necesidad, conforme al cual ella resulta improcedente si puede lograrse el fin perseguido mediante adopción de medidas menos lesivas²⁰⁰.

Al respecto, GIL HERNÁNDEZ señala, que dentro de las garantías de ejecución aplicables a los registros anales o vaginales, la Sentencia del Tribunal Supremo número. 1316/ 94, de 27 de junio referida a la práctica de una rectoscopia a un sospechoso, introdujo un plus de garantía, siguiendo la línea marcada por la Sentencia STC 303/93, en el sentido de que cuando no concurren la nota de urgencia, será precisa la intervención de un abogado, pues, “las exigencias legales establecidas para la recogida judicial de los efectos del delito, siempre que no concurren los referidos impedimentos de urgencia o necesidad, también deben ser cumplidas por la policía judicial”.

B. Graves

La restricción de derecho en la búsqueda de pruebas que constituyen una intervención corporal grave “son las que pueden poner en peligro el derecho a la salud u ocasionar sufrimientos a su destinatario”²⁰¹. En tal sentido, por el alto grado de afectación a la integridad física, se debe tener en

²⁰⁰ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián Ob. Cit. p.102.

²⁰¹ SAN MARTÍN CASTRO, César Ob. Cit. p. 589.

consideración que dicha medida debe ser realizada por un perito médico, especialista en la intervención médica a realizarse. En esa línea de pensamiento, podemos mencionar como ejemplo a las siguientes medidas restrictivas de derecho:

- **Operaciones Quirúrgicas**

Restricciones de derecho que consiste en el acto clínico por el cual, el médico legal realiza una intervención médica (cirugía), que se justifica por la complejidad y necesidad de la medida. Un ejemplo claro estaría dado por la intervención médica, necesaria, dirigida para extraer el objeto del delito en casos en que dicho elemento se encuentre dentro del organismo del intervenido y no exista otra forma de poder obtenerlo.

- **Extracción de líquido encéfalo raquídeo**

Examen médico que se utiliza en el proceso para el análisis del líquido céfalo raquídeo (LCR). Es de precisar que “la indicación clínica para una extracción de LCR y su posterior análisis se da cuando a pesar de un exhaustivo examen clínico y las pruebas ordinarias de laboratorio y/o radiología, no se aclara totalmente la causa o el grado de un proceso patológico que afecte al sistema nervioso central SNC”²⁰².

²⁰² [en línea] [Consultado el 15 de abril de 2013]. disponible en: <http://menores1.ve.tripod.com/tutoriales/lcr.htm>,

Uno de los métodos para la extracción del LCR es la de “punciones lumbares”.

- **Punciones lumbares**

Consiste en la introducción de objetos punzantes a nivel lumbar para que a través de ellos se pueda drenar materia líquida. La punción lumbar (PL) es una técnica invasiva realizada por personal médico, cuyo fin es obtener líquido cefalorraquídeo (LCR). Sus indicaciones pueden ser diagnósticas (infección intracraneal, Síndrome de Guillain-Barré, Lupus eritematoso sistémico, tumores y metástasis del sistema nervioso central (SNC), medición de la presión intracraneal) y terapéuticas (administración intratecal de fármacos, reducción de la presión intracraneal (PIC)). Es una prueba que consiste en realizar una punción o pinchazo para extraer el líquido que baña al sistema nervioso central, que se llama líquido cefalorraquídeo. Es un líquido que rodea el cerebro y la médula espinal. Las meninges rodean al sistema nervioso y contienen este líquido. El líquido cefalorraquídeo protege al sistema nervioso de esfuerzos o traumas mecánicos²⁰³.

²⁰³ [en línea] [Consultado el 25 de mayo de 2014]. disponible en: http://www.saludalia.com/Saludalia/servlets/contenido/jsp/parserurl.jsp?url=web_saludalia/pruebas_diagnosticas/doc/doc_puncion_lumbar.xml

III. MARCO METODOLOGICO —————●

3. MARCO METODOLÓGICO

3.1. DETERMINACIÓN DE VARIABLES

3.1.1. Variable Independiente

Los fundamentos que legitiman la regulación de las intervenciones corporales en el código procesal penal de 2004.

a) INDICADORES

- Fundamentos Doctrinarios
- Fundamentos Jurisprudenciales.
- Fundamentos Normativos.

3.1.2. Variable Dependiente

Consentimiento del imputado

b) INDICADORES

- Fundamentos Doctrinarios.
- Fundamentos Jurisprudenciales.
- Fundamentos Normativos.

3.2. MATERIALES Y PROCEDIMIENTOS

A) Materiales:

- Resoluciones que autorizan la realización de diligencias de intervenciones corporales
- Requerimientos Fiscales que solicitan autorización para la realización de diligencias de intervenciones corporales
- Acta de Diligencia de Intervención Corporal
- Sentencia del Tribunal Constitucional sobre materia de Intervención Corporal
- Doctrina sobre intervenciones Corporales
- Legislación Comparada sobre Intervenciones Corporales

B) Población: La población de estudio estará conformada por todos los Distritos Judiciales y Fiscales del Perú que vienen aplicando el código procesal penal de 2004, toda vez que nos encontramos ante una investigación explicativa de alcance nacional.

C) Población Muestral: Tratándose de una investigación explicativa y de alcance nacional no se cuenta con una muestra específica, sin embargo, en la discusión de resultados analizaremos sendos requerimientos fiscales y judiciales sobre intervenciones corporales aplicados en algunos Distritos Judiciales y Fiscales que vienen aplicando el código procesal penal de 2004.

3.3. MÉTODOS

3.3.1. Métodos Generales de la Ciencia:

A) Análisis: A través de éste método se podrá estudiar cada uno de los elementos que configuran la problemática respecto a los fundamentos de las intervenciones corporales realizados aun sin el consentimiento del imputado.

B) Síntesis: Con este método se podrá construir todos los elementos que fueron analizados particularmente, a fin de llegar a conclusiones que nos permitan una visión integral sobre los fundamentos de las intervenciones corporales sin el consentimiento del imputado.

C) Inducción: A partir de éste método se partirá de datos particulares para llegar a una conclusión general. Esto se aplicará en la medida del estudio de cada uno de los requerimientos fiscales y resoluciones judiciales que autorización la procedencia de intervenciones corporales y de esa forma determinar si dichas decisiones son compatibles con sus fundamentos.

D) Deducción: Este método implica partir de bases o datos generales para llegar a una conclusión particular. Utilizaremos el método deductivo para analizar diversas aristas de la problemática planteada sobre las intervenciones corporales sin el

consentimiento del imputado y de esa forma determinar exactamente sus fundamentos.

3.3.2. Métodos Específicos del Derecho

A) Exegético: A través del método exegético analizaremos cada uno de los artículos del código procesal penal de 2004, respecto a las intervenciones corporales. Asimismo se tendrá como referencia su regulación en el derecho comparado.

B) Dogmático: Con el método dogmático, se analizará desde la perspectiva teórica y doctrinaria los fines del proceso penal, la teoría de la prueba y la verdad en el proceso penal, así como los derechos del imputado que serían vulnerados en el empleo de las intervenciones corporales en el nuevo código procesal penal. Es decir, pretendemos realizar una interpretación doctrinaria de esta institucional procesal.

3.4. TÉCNICAS

3.4.1. Técnicas de Recolección

A) Fichaje: En nuestra etapa de recolección de información empleamos fichas de investigación (textuales, resumen, comentario, mixtas), así como las fichas de campo, a fin de almacenarlas y procesarlas debidamente en el momento respectivo o en la elaboración del informe final.

B) Fotocopiado: Lo cual nos permitirá obtener la información necesaria en menos tiempo. El instrumento que manejaré son las fotocopias de libros, resoluciones judiciales, requerimientos fiscales y legislación.

C) Análisis de contenido: Se analizará la información que se obtendrá de la legislación comparada, doctrina y por los requerimientos fiscales y resoluciones judiciales que requieren y autorizan, respectivamente, diligencias de intervenciones corporales diferentes Distritos Judiciales y Fiscales del Perú. Se usa para hacer inferencias válidas y confiables de datos con respecto a su contexto. La aplicaremos también para analizar la posición de diferentes autores cuya opinión y aporte será pertinente al caso de estudio.

D) Observación: mediante el cual haré uso de la bibliografía encontrada empleando el razonamiento y la percepción.

3.4.2. Técnicas de Procesamiento

A) Cuadros: Cuadros respecto a los resultados obtenidos tanto de la investigación propiamente dicha, como del análisis realizado a diferentes requerimientos fiscales y resoluciones judiciales de distintos Distritos Judiciales y Fiscales del Perú.

B) Prueba de Hipótesis: Estará conformada por el análisis de los Requerimientos Fiscales y Resoluciones Judiciales que requieren y autorizan, respectivamente, diligencias de intervenciones corporales en diferentes Distritos Judiciales y Fiscales del Perú.

3.5. INSTRUMENTOS

A) De Recolección

- Ficha de investigación bibliográfica.
- Protocolo de análisis de contenido
- Guía de Observación

B) De Procesamiento

- Cuadros.
- Pruebas de hipótesis

3.6. PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS

Empezaré ordenando la información recolectada, por la información bibliográfica, luego ordenaré la información a la que accedí por Internet así como la jurisprudencia nacional e internacional así como las normas jurídicas pertinentes y posteriormente pondré en orden la información recopilada sobre requerimientos fiscales y resoluciones judiciales, analizando casos prácticos de otros países. Posteriormente procesaré la información recolectada las mismas que pondré en orden en base a los ítems que componen el presente trabajo de investigación. Presentaré la información procesada utilizando cuadros didácticos. Finalmente digitalizaré mi tesis habiendo logrado plantear mis

conclusiones de manera sintética, así como también intentar esbozar algunas sugerencias y recomendaciones que espero sean tomadas en cuenta por los operadores del derecho.

3.7. SELECCIÓN Y REPRESENTACIÓN POR VARIABLES

Corresponde a una investigación explicativa y se aplicará la fórmula siguiente:

ESQUEMA

M1 → O1

Dónde:

- M1** Fundamentos que legitiman la regulación de las intervenciones corporales en el código procesal penal de 2004.
- O1** Consentimiento del imputado

IV. RESULTADOS

4. RESULTADOS

4.1. RESULTADOS DE ANALISIS DE CASOS

1. Requerimientos fiscales realizados en el Distrito Fiscal de Santa					
N° de caso	Delito	Intervención Corporal	Intervenido	Distrito Judicial	Fundamentos procedencia
CF N° 793-2012 EJ N° 1852-2012	Violación de sexual de menor de edad (Art. 173° inciso 2)	- Extracción de muestra de sangre para homologar patrón genético con espermatozoides encontrados en cuerpo de agraviada	Dos imputados: Reo en Cárcel y no habido	SANTA	Fiscal en su requerimiento preciso el test de proporcionalidad y el principio de intervención indiciaria y porque no se afecta la integridad corporal, citando sentencia del tribunal español.
CF N° 141-2012 EJ N° 314-2012	Violación Sexual de menor de edad (Art. 173° inc. 2)	- Prueba genético molecular (para homologar ADN de padre con recién nacido)	Imputado y presunto menor hijo	SANTA	Fiscal argumento su solicitud en base al test de proporcionalidad así como a principios de pertinencia, conducencia, utilidad y licitud

2. En no todas las resoluciones judiciales que declararon fundados los requerimientos fiscales de intervención corporal en el Distrito Judicial de Santa se invocaron los principios de proporcionalidad y necesidad					
N° de caso	Delito	Intervención Corporal	Intervenido	Distrito Judicial	Fundamentos procedencia
EJ N° 1852-2012	Violación de sexual de menor de edad (Art. 173° inciso 2)	- Extracción de muestra de sangre para homologar patrón genético con espermatozoides encontrados en cuerpo de agraviada	Dos imputados: Reo en Cárcel y no habido	SANTA	Fundado: test de razonabilidad o también denominado proporcionalidad adecuándolo al presente caso en un considerando
EJ N° 314-2012	Violación Sexual de menor de edad (Art. 173° inc. 2)	- Prueba genético molecular (para homologar ADN de padre con recién nacido)	Imputado y presunto menor hijo	SANTA	Fundado: el investigado había prestado su consentimiento y además no atenta con presunción de inocencia y no autoincriminación ya que puede favorecer como desfavorecerlo. No aplica el test de proporcionalidad

3. Aplicación de Intervenciones Corporales en otros Distritos Judiciales y Fiscales del Perú					
N° de caso	Delito	Intervención Corporal	Intervenido	Distrito Fiscal	Fundamentos procedencia
CF N° 124-2013 EJ N° 149-2013	Violación Sexual (Art. 172° CP)	Extracción de ADN para homologar con la agraviada y su hijo y determinar si el intervenido es su papa	Imputado (Reo en Cárcel)	HUAURA	Fiscal: fundamento hechos pero no fundamento razones para su procedencia. Luego fue subsanado Juez: principio de proporcionalidad y pertinencia, conducencia y utilidad.
CF N° 253-2013 EJ N° 225-2013	Homicidio Simple (Art. 106 CP)	Extracción de Sangre para homologarlo con sangre encontrada en la ropa del occiso	Imputado (Reo en Cárcel)	HUARAZ	Fiscal: reserva de la legalidad y judicialidad; principio de proporcionalidad y garantías de la ejecución. Solo descripción Juez: los derechos fundamentales no son absolutos; idoneidad, necesidad, proporcionalidad, legalidad y jurisdiccionalidad. No lo adecua al caso
CF N° 937-2012	Violación Sexual de menor de edad (Art. 173° inc. 2)	Extracción de Sangre para determinar si el imputado es portador de ITS sífilis ya que presumirá que su hija agraviada también sería portadora de ITS	Imputado	HUARAZ	Fiscal: menciona 211° Juez: los derechos fundamentales no son absolutos; idoneidad, necesidad, proporcionalidad, legalidad y jurisdiccionalidad. No lo adecua al caso
CF N° 2988-2011	Violación Sexual (Art. 172° CP)	Extracción de ADN	Madre y menor Agraviada	TRUJILLO	Fiscal lo realizo únicamente con oficio y en merito a una providencia. No existió autorización judicial.
815-2007-TC	Violación Sexual	Extracción de ADN	Imputado	HUARA	Proporcionalidad

4.2. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

FUNDAMENTOS QUE LEGITIMAN LA APLICACIÓN DE INTERVENCIONES CORPORALES			
Fines de la investigación	Derechos de las víctimas	Verdad real	Evitar impunidad
Con ello podremos garantizar los fines de la investigación	El garantismo del proceso penal no se limita a los procesados sino también a las víctimas de los delitos	Mediante estas medidas indefectiblemente nos aproximaremos a obtener una verdad real	Con estas medidas que garantizaran los fines del proceso, evitaremos la percepción de impunidad

V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS —————●

5. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS DE ANALISIS DE CASOS

5.1.1. Discusión de Resultado N° 1:

Se tiene dos casos en el Distrito Fiscal de Santa en el que se aplicó Intervenciones Corporales:

Carpeta fiscal N° 793-2012 (Expediente N° 1852-2012)

- Delito de violación sexual de menor de edad (Art. 173°.2° del código penal), en donde la realización de la intervención corporal tuvo como finalidad extraer muestras de sangre de los imputados para homologar su patrón genético con los espermatozoides encontrados en el área perianal del cuerpo de la agraviada. Según los hechos expuestos por el Fiscal en su requerimiento, el día tres de diciembre de dos mil trece, la menor agraviada es transportada con engaños en un auto rojo con lunas polarizadas al Asentamiento Humano “Los Constructores”, para llevarla a un “Rancho”, donde dos investigados abusan sexualmente de la menor agraviada practicándole el acto sexual vía anal y vaginal en reiteradas oportunidades. Fiscalía procede al pedido ante el Juez de investigación preparatoria para realizar la diligencia de intervención corporal, sin embargo es declarada inadmisibles pues no se indicó en su requerimiento fiscal, la situación jurídica del investigado, el lugar de la toma de las muestras y el consentimiento o renuencia del investigado a la toma de las mismas. Además se establecido que el Fiscal “no ha cumplido con fundamentar sus elementos de convicción, más aun tratándose

de pedidos donde se restringe un derecho fundamental, deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción y el pedido debe ser especialmente motivado”.

- En el requerimiento subsanado, el Ministerio Público, a partir de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, la Constitución Política del Perú y Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desarrolla el Test de Proporcionalidad y el principio de intervención indiciaria para fundamentar la intervención corporal al investigado; cuestión asumida por el cuarto juzgado de investigación preparatoria, que a su vez, aplicando el test de proporcionalidad al caso concreto declara fundado la solicitud de la Fiscalía.
- En su subsanación del requerimiento fiscal, el representante del Ministerio Público, señala que el acápite II.4, que: “La Constitución Política en su artículo 2° numerales 1° y 7° reconoce que toda persona tiene derecho a la integridad corporal y a la intimidad. A su vez los artículos 5° numeral 1°, 11° numeral 2 y 30° de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconocen no sólo esos derechos, sino que además de prohibir las injerencias arbitrarias en los mismos, autorizan su restricción, cuya aplicación está condicionada a la existencia de una ley dictada por razones de interés general- propias de una sociedad”.
- El requerimiento Fiscal destaca la importancia de tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional N°06-2003-AI/TC; la

Sentencia Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos, el Caso X e Y vs. Holanda y Costello- Roberts vs Reino Unido), jurisprudencia en la que se señala las circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos y respecto a que los derechos fundamentales pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la ley.

- Asimismo se desarrolla el Principio de Proporcionalidad, señalándose que: “Toda medida limitativa de derechos fundamentales está vinculada a la satisfacción de la necesidad social imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida, dentro de la cual se encuentra la prevención de las infracciones penales”.
- También se desarrolla el Principio de Intervención Indiciaria según el cual se indica “que adquiere su auténtico significado ante los actos de investigación de conductas delictivas y sólo afecta aquellos derechos fundamentales que, por su naturaleza, son susceptibles de restricción en el marco de la investigación del delito”.
- Pese a todo este interesante desarrollo encontramos que en ningún momento se vincula el desarrollo jurisprudencial con el caso en concreto.

Carpeta fiscal N° 141-2012 (Expediente N° 314-2012)

- Delito de violación sexual de menor de edad (Art. 173°.2 del código penal), en donde la realización de intervención corporal tuvo como finalidad la extracción de ADN del investigado para

homologarlo con las muestras recabadas en el recién nacido, quien es hijo de la menor agraviada, para la comparación genética que permita determinar si el investigado es padre biológico del menor. Los hechos, conforme al requerimiento acusatorio, se enmarcan en que el día dos de diciembre de dos mil once a las 15:00 horas, el investigado invitó a la menor agraviada a salir de la chacra en busca de pasto, y cuando se encontraban en el lugar, el denunciado en forma sorpresiva le cogió de la espalda y la arrojó al suelo y pese a la resistencia que la agraviada puso, el investigado logró bajarle el pantalón y la trusa hasta la rodilla, llegándole a penetrar su miembro viril en la vagina de la agraviada. Además, en diciembre, antes de la navidad del año dos mil once, el investigado invitó a la menor agraviada a salir de su chacra a buscar pasto y cuando se encontraban a solas el investigado le propuso a la menor agraviada sostener relaciones sexuales y ante la negativa de la agraviada, el investigado le sujetó las manos y la tumbó al suelo haciéndole sufrir el acto sexual. Asimismo en el mes de enero de dos mil doce, el investigado con engaños de invitarle una torta le llevó hasta su casa y aprovechando que no había nadie la condujo hasta su habitación en donde luego de bajarle el pantalón por la fuerza, logró tener relaciones sexuales con la menor agraviada; y como consecuencia de las relaciones sexuales la menor agraviada se embarazó llegando a tener un hijo. Finalmente, se tiene que el investigado ha negado ser el padre del recién nacido, no obstante

la menor refiere de manera directa y reiterada que es el investigado padre de su hijo.

- En principio el cuarto juzgado de investigación preparatoria, declaró inadmisibile el requerimiento fiscal por no estar debidamente motivado, pues no se precisó datos respecto al estadio procesal, especificaciones sobre la realización de la diligencia de la extracción del ADN, como el nombre del médico que la practicaría, y sobre todo no mencionó las consecuencia que podría tener la realización de la intervención corporal en el investigado.
- Este requerimiento sería subsanado, en el mismo que Fiscalía refiere que “es necesario aplicar el test de proporcionalidad para determinar si la misma resulta legítima o puede ser justificada en el marco de un Estado de Derecho (Cfr. STC Exp. N°0045-2004-AL/TC, Exp. N°4677-2004-AA/TC, documento 26).
- Asimismo el requerimiento fiscal desarrolla conceptualmente cada uno de los sub- principios del Test de Proporcionalidad, como lo es el examen de idoneidad, examen de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto.
- En la aplicación al caso concreto señala: “Así, la medida de intervención corporal, para el caso concreto (examen de ADN), tiene por finalidad la averiguación de la paternidad del investigado con la del nacido en un presunto delito de violación sexual, en el marco de la investigación N°141-2012. En este sentido, la medida cuestionada resulta idónea para la realización

del fin constitucionalmente protegido en el presente caso, es decir, el interés público en la investigación del delito.

- En el examen de necesidad, el requerimiento refiere: “Se advierte en el caso concreto que existe una investigación por la presunta comisión de violación sexual, por lo que ha sido el mismo investigado quien ha manifestado su pleno conocimiento y autoriza que se realice la toma de muestras de ADN con el menor, diligencia que arrojará resultados sumamente relevantes, a fin de determinar si el investigado es responsable por los hechos materia de investigación. En ese sentido, se observa que no existen otros mecanismos que puedan brindar los mismos resultados, sin que presenten un mayor grado de afectación para los derechos fundamentales del recurrente, por lo que la medida adoptada cumpliría con el requisito de necesidad exigido”
- Finalmente en cuanto al examen de proporcionalidad en sentido estricto señala: “En los actos de investigación corporal el grado de realización del fin de relevancia constitucional (que, como se mencionó anteriormente, constituye el interés público en la investigación del delito) es, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la intimidad (que se realizaría en la medida que al tomarse dichos actos de investigación, se obtendrían datos que forman parte de la esfera jurídica privada del investigado).

5.1.2. **Discusión de Resultado N° 2:**

Expediente N° 1852-2012 (Carpeta Fiscal N° 793-2012)

- En la resolución judicial N° cinco, de fecha tres de abril de dos mil trece, el cuarto juzgado de investigación preparatoria de la corte superior de justicia del santa, declara fundado el pedido fiscal del primer despacho de investigación de la segunda fiscalía provincial penal corporativa de nuevo Chimbote (Caso: 793-2012), para el examen corporal de toma de muestra de sangre del investigado.
- El delito investigado es el de violación sexual de menor de edad, que cometieron dos investigados, de los cuales uno se encuentra reo en cárcel, que es precisamente a quien se le realizará el examen corporal.
- En la resolución en el considerando 4.8, el Juez invoca el Test de Razonabilidad o Proporcionalidad y describe los juicios que lo componen, esto es, el juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto.
- En dicha resolución respecto al caso concreto se señala: “La medida resulta idónea, dado que es la más adecuada para lograr la extracción de una muestra de sangre del imputado, a fin de homologarlo con el patrón genético con los espermatozoides encontrados en el área perinatal del cuerpo de la menor agraviada, en aras de establecer los hechos investigados (participación del investigado en la Violación Sexual de menor de edad). Además, es necesaria, en vista que no existe otra medida menos lesiva para

averiguar dicho dato clave, y con ello establecer la participación o no en los hechos que se le imputa. También es proporcional ya que existe pleno equilibrio entre sus ventajas (conocer si el imputado es autor del ultraje sexual de la agraviada), y desventajas (sería afectar la integridad física del investigado).

- Encontramos que el Juez no solo invocó el test de proporcionalidad para fundamentar su decisión sino que la aplicó al caso concreto a partir del análisis de cada uno de los juicios que conforman dicho test.

Expediente N° 314-2012 (Carpeta Fiscal N° 141-2012)

- De otro lado, en la resolución cinco de fecha veintiséis de marzo de dos mil trece, el cuarto juzgado de investigación preparatoria del Santa, resolvió declarar procedente el requerimiento del señor Fiscal de la segunda fiscalía provincial penal corporativa del santa, esto es, el examen corporal del investigado sobre pruebas genético - moleculares (toma de muestras de sangre para posterior realización del examen de homologación ADN) entre el investigado y del recién nacido (hijo) de la menor agraviada, para establecer la paternidad biológica del hijo de la menor agraviada.
- En cuanto al análisis de la proporcionalidad de la medida, el Juez señala en su considerando III: “El examen corporal cuya autorización se solicita es idónea, por cuanto busca determinar si el padre del hijo de la menor agraviada es el imputado; asimismo, es necesario por cuanto dicho examen se va a determinar si el imputado es el padre biológico del hijo menor de la agraviada y es

necesario para esclarecer los hechos materia de investigación, como es el de Violación Sexual de menor de edad; Además **el propio imputado ha autorizado se realice la toma de muestras**, medidas que además sería proporcional”.

- El Juez sólo señala que la medida es idónea, necesaria y proporcional, sin embargo no explica o justifica porque la medida tiene esa calidad (idónea, necesaria y proporcional) puesto que solamente señala que la medida es proporcionalidad porque **el propio imputado ha autorizado se realice la toma de muestras**, sin embargo esta autorización la encontramos producto de una declaración realizada en Fiscalía.
- Si bien es cierto, ambas resoluciones invocan el Test de Proporcionalidad, la última resolución no aplica o no subsume adecuadamente los juicios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto en el caso concreto.

5.1.3. **Discusión de Resultado N° 3:**

Expediente N° 253-2013 (Carpeta Fiscal N° 225-2013)

- Delito homicidio simple, donde la representante del Ministerio Público solicita la intervención corporal consistente en la extracción de muestra de sangre y autorización para el traslado del interno investigado a las instalaciones del Instituto de Medicina Legal de Huaraz. Los hechos se circunscriben a que el día dos de marzo de dos mil trece a las 23:00 horas en las que en una riña entre cuatro sujetos, dos de ellos contra otros dos, el

investigado disputó con el agraviado, a quien al momento que éste último huía de la escena de la contienda, el investigado le propinó una herida punzo penetrante en la línea a nivel axilar anterior tercio superior izquierdo, otra en la cara lateral izquierda del abdomen y otra en el glúteo izquierdo; heridas punzocortantes que provocaron que el agraviado comience a sangrar. Posteriormente el agraviado sería trasladado al Hospital de Apoyo de Huaraz con un vehículo taxi, a donde ingresó ya cadáver.

- En el fundamento legal de dicho requerimiento, fiscalía sólo se limita a señalar su petición se ampara al artículo 211° inciso 1° del código procesal penal, asimismo señala que este dispositivo se funda en el hecho de que tiene raíz en el principio de proporcionalidad.
- Vemos que en este requerimiento no se encuentra en lo absoluto motivación de la petición, y por ende mucho menos su invocación, desarrollo y aplicación al caso concreto. Sin embargo el primer juzgado de investigación preparatoria de Huaraz, con su resolución número uno de fecha dos de abril de dos mil trece, declara procedente el requerimiento de intervención corporal, empero esta vez, el Juez define y señala los principios del Test de Proporcional, pero tampoco los vincula al caso concreto.

Expediente N° 937-2012

- En el mismo Distrito Judicial (Huaraz), el Segundo Despacho de Decisión Temprana de la Quinta Fiscalía Provincial Penal Corporativa, requiere intervención corporal del investigado por el

delito de violación sexual de menor de edad (Artículo 173° 3° código penal).

- Los hechos objeto de la investigación según lo precisa el mismo requerimiento fiscal son los siguientes: “Resulta que a fin de esclarecer los hechos materia de investigación resulta indispensable realizar la extracción de sangre al investigado, ya que como éste manifestó, sería portador de ITS- Sífilis, infección que habría transmitido a su menor hija (agraviada), en tal sentido a fin de esclarecer los hechos resulta pertinente determinar si el investigado ha sido portador de dicha ITS, por lo que se presumiría que las menores agraviadas también deberían ser portadoras de la referida ITS, al haber sido presuntamente víctimas de violación sexual de parte del investigado”.
- En la fundamentación del requerimiento de examen corporal sólo se limita a definir los alcances de dicha medida en el código procesal penal, sin realizar el Test de Proporcional que justifique en el caso concreto dicha medida.

Expediente N° 149-2013 (Carpeta Fiscal N° 124-2013)

- Delito de violación sexual (Artículo 172° CP), se solicita el examen corporal del imputado, la agraviada y dos testigos (hijos de la agraviada). Los hechos del caso consisten en la denuncia realizada por la hermana de las dos agraviadas quienes padecen de retardo mental, las mismas que habrían sido objeto de abuso sexual en reiteradas oportunidades por parte de su padre biológico (investigado), quien las habría incluso agredido físicamente para

forzarlas, siendo que a consecuencia del hecho las agraviadas quedaron en estado de gestación, presumiendo que ello ha tenido lugar por el abuso sexual del que fueron objeto por parte del ahora investigado.

- En la fundamentación jurídica el representante del Ministerio Público se limita únicamente a señalar lo siguiente: “Que el presente requerimiento se fundamenta en el artículo 211° y 212° del código procesal penal”.
- El primer juzgado de investigación preparatoria de Huaura, en virtud de la resolución N° dos, del seis de marzo de dos mil trece, mediante un auto de intervención corporal, declara procedente la intervención corporal, advirtiendo en su análisis que la justificación de la medida se encuentra en el acápite D de su resolución en la que se señala: “En atención al principio de proporcionalidad y los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad, el requerimiento se sustenta en la necesidad de recaba muestras de referencia (extracción de sangre e hisopado bucal) para la práctica de ADN y así poder establecer la comisión del delito de violación sexual y la paternidad del imputado respecto de los hijos de las agraviadas.

Carpeta Fiscal N° 2988-2011

- Se tiene además el caso del despacho de investigación de la tercera fiscalía corporativa provincial penal de Trujillo, en la investigación por el delito de Violación Sexual, donde se dispuso Oficiar al Laboratorio Molecular y de Genética, para que designe

un perito Biólogo del Instituto de Medicina Legal para que tome las muestras de ADN a la agraviada y de su hija, el día 20 de marzo del presente, hasta que posteriormente se tome la muestra del investigado y pueda determinarse la paternidad de la hija de la agraviada. Con previa comunicación a la Coordinación de la Defensoría Pública, se hizo la toma de muestras de las agraviadas. Como vemos en esta oportunidad, se la solicitud del examen se ha realizado como una mera diligencia.

Expediente N° 00815-2007-PHC/TC

- Finalmente tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha siete de diciembre, la misma que radica en un habeas corpus planteado contra el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria del Distrito Judicial de Huaura, así como contra la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura, por haber vulnerado sus derechos a la inviolabilidad de domicilio, de defensa, a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, en conexión con la libertad individual. Cuestiona la expedición de la resolución N° dos, de fecha cuatro de octubre de dos mil seis, emitida en la investigación N° 216-2006, seguida contra el recurrente por la presunta comisión del delito de Violación Sexual, mediante la cual el juzgado emplazado ordena que el Laboratorio Biomolecular y de Genética del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público practique la intervención corporal al imputado, a fin de obtener una muestra de ADN”. Se señala Además “en el marco de la indicada investigación N° 216-

2006, la Segunda Fiscalía demandada solicitó al juzgado emplazado que se requiera la presencia del recurrente a las instalaciones del referido laboratorio para realizar la diligencia señalada y así poder dilucidar los hechos materia de investigación. Manifiesta que como se encontraba en pésimas condiciones de salud, no pudo asistir a la indicada diligencia, por lo que nuevamente la fiscalía solicitó ante el referido juzgado la asistencia del recurrente bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública, de conformidad con lo establecido por los artículos 202° y 203° del código procesal penal. Señala que ante ello solicitó la nulidad del acto, mediante el cual la fiscalía requiere al juzgado la referida prueba de ADN, petición que se declaró infundada mediante disposición N° dos de fecha veintisiete de setiembre de dos mil seis”. Asimismo se tiene que “El Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima, con fecha 21 de noviembre de 2006, a fojas 263, declaró infundada la demanda de hábeas corpus, por considerar que en el presente caso los funcionarios emplazados han actuado de conformidad con lo establecido por el novísimo código procesal penal vigente en la localidad de Huaura donde ejercen sus funciones, por lo que no se habría vulnerado derecho constitucional alguno del recurrente. La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos”. Por su parte, el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda de Habeas Corpus, pues evalúa el caso bajo los sub- principios del Test de Proporcionalidad que ha desarrollado el Tribunal

Constitucional en el Fundamento 26 de la STC N° 0045-2004-AI/TC y Exp. N° 4677-2004-AA/TC. El Tribunal señala que de existir una restricción sobre los derechos fundamentales de los justiciables con la realización de los actos de intervención corporal, es necesario aplicar el test de proporcionalidad para determinar si la misma resulta ilegítima o puede ser justificada en el marco de un Estado de Derecho. Es así que en cuanto al Examen de idoneidad, señala que la medida de intervención corporal, para el caso en concreto (examen de ADN), tiene por finalidad la averiguación de la identidad del autor en un presunto delito de violación sexual, en el marco de la investigación N° 216-2006. En ese sentido, la medida cuestionada resulta idónea para la realización del fin constitucionalmente protegido en el presente caso, es decir, el interés público en la investigación del delito. Ahora respecto al Examen de necesidad, refiere lo siguiente: Este Colegiado advierte en el caso concreto que el recurrente viene siendo investigado por la presunta comisión del delito de violación sexual, por lo que el órgano jurisdiccional mediante resolución N° dos, de fecha cuatro de octubre de dos mil seis, autorizó que se realizara la diligencia de toma de muestra de ADN, toda vez que se pretende realizar una comparación entre la misma y la muestra obtenida en el cuerpo de la agraviada, diligencia que arrojará resultados sumamente relevantes, a fin de determinar si el demandante es responsable por los hechos materia de investigación. En ese sentido, se observa que no

existen otros mecanismos que puedan brindar los mismos resultados, sin que presenten un mayor grado de afectación para los derechos fundamentales del recurrente, por lo que la medida adoptada cumpliría con el requisito de necesidad exigido”. Finalmente en referencia al examen de proporcionalidad en sentido estricto, el Tribunal Constitucional estima que, “en los actos de investigación corporal, el grado de realización del fin de relevancia constitucional (que, como se mencionó anteriormente, lo constituye el interés público en la investigación del delito) es, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la intimidad (que se realizaría en la medida que al tomarse dichos actos de investigación, se obtendrían datos que forman parte de la esfera jurídica privada del demandante). En ese sentido, la medida cuestionada aprobaría el examen de proporcionalidad en sentido estricto, resultando constitucional”. Con ello el Tribunal Constitucional considera que “el acto de intervención corporal de toma de muestra de ADN, dictado en el presente caso, resulta una medida legítima, por lo que la pretensión del demandante debe ser desestimada”.

Conforme se ha podido apreciar, los casos de otros Distritos Judiciales denotan una escasa motivación en la determinación de la proporcionalidad y aplicación del examen corporal, pues incluso de haber ésta (la fundamentación), la misma es a veces la simple réplica de los considerandos de la Sentencia del EXP. N.º 00815-2007-PHC/TC, que si bien es cierto se debe tener como referencia de

observancia en la motivación de la decisión que adopte la autorización, o procedencia del examen corporal, no por ello será una plantilla aislada a los hechos del o los casos en análisis.

5.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Conforme a lo hasta aquí investigado, es interesante precisar que el tema relacionado a la regulación de las intervenciones corporales, como una medida limitativa de derechos, tiene un amparo y justificación de rango constitucional, conforme así lo ha establecido el Tribunal Constitucional Peruano, al motivar su procedencia de este tipo de medidas en base a un test de proporcionalidad. Sin embargo, la presente investigación no se limita al desarrollo de dicho argumento, sino a determinar los fundamentos académicos que han llevado a regular esta clase de medidas.

La regulación de las intervenciones corporales en el código procesal penal, específicamente en el artículo 211°, cuando establece que su procedencia opera incluso sin el consentimiento del intervenido, no significa –en lo absoluto- una contradicción con las normas reguladas en el título preliminar respecto a la obtención de la prueba, sino por el contrario, dicha figura se encuentra justificada como un acto de investigación en donde el propio intervenido (imputado) constituye un órgano de prueba (muy distinto a ser objeto del proceso), pues en ocasiones puede traer consigo evidencias que pueden ser utilizadas como prueba dentro del proceso penal, claro está, pruebas que nos permitan descubrir hechos significativos.

Es por ello que la regulación de este tipo de medidas tiene un fundamento legislativo y jurisprudencial, basado en experiencias de otros países, como Estados Unidos, Alemania, Portugal, Chile, Ecuador, Italia, Colombia, entre

otros, quienes también amparan dicha figura en base a fundamentos constitucionales también reconocidos por sus máximos intérpretes constitucionales. Veamos:

- **Jurisprudencia de la Corte de Estados Unidos**

En 1952, la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica resolvió como inconstitucional explorar el estómago de un sospechoso y utilizar dicho material como evidencia en un juicio.

En el caso “Rochin”²⁰⁴ la policía de California poseía información que aquél vendía narcóticos. Pese a carecer de una orden de registro, ingresaron al edificio donde residía el imputado alegando que la puerta de acceso al mismo se encontraba abierta. Luego de ello se dirigieron al segundo piso, donde forzaron la puerta de ingreso al departamento del sospechado, ingresando al interior del dormitorio, en el cuál se encontraba Rochin sentado sobre la cama, parcialmente desnudo, mientras su mujer yacía acostada. Uno de los funcionarios policiales advirtió la existencia de dos cápsulas de material prohibido en una mesa y preguntó a quién pertenecía ese material. Ante ello, Rochin tomó las cápsulas y las colocó dentro de su boca, a lo que los tres policías empezaron a luchar con Rochin, pretendiendo abrirle su boca para recuperar las píldoras. Al fracasar su objetivo, los funcionarios del Estado trasladaron al sospechoso a un hospital, donde un médico le suministró una sustancia que lo indujo a vomitar lo ingerido, expulsando dos cápsulas de morfina. Rochin fue condenado por posesión de narcóticos, basándose la sanción en las cápsulas de morfina secuestradas.

²⁰⁴ FRANCISCO TAPIA, Juan, “Las intervenciones Corporales en el Proceso Penal” Rochin. California, [en línea] [Consultado el 15 de abril de 2014]. disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf>

Si bien es cierto fue condenado en primera instancia, la Corte excluyó el material probatorio toda vez que el mismo había sido obtenido violando la garantía del debido proceso legal, contemplado en la enmienda 14 del Bill of Rights.

Asimismo, existe el caso “Schmerbe” donde el imputado fue hospitalizado luego de un accidente. Un oficial de policía advirtió que el imputado tenía aliento etílico y percibió síntomas de una posible intoxicación con drogas prohibidas. Una vez en el hospital, se dispuso el arresto del sospechado, y mediante la intervención médica respectiva se obtuvieron muestras sanguíneas. El informe del análisis químico de la sangre de Schmerber indicó la presencia de sustancias prohibidas, valorándose esa prueba como basamento de la posterior condena por conducción bajo intoxicación. El imputado recurrió la sentencia, entendiendo que la obtención de las muestras sanguíneas resultaba violatorio del privilegio contra la autoincriminación.

Siguiendo a FRANCISCO TAPIA, también presentamos el caso “Lee”. En este caso, el autor de un robo con armas fue herido por la propia víctima, que le efectuó un disparo con un arma de fuego. Rudolph Lee fue encontrado herido a ocho cuerdas del lugar del hecho y trasladado al hospital, donde la víctima lo identificó como el agresor. Los Tribunales de Virginia autorizaron una intervención quirúrgica para proceder al secuestro del proyectil que el imputado poseía en su cuerpo, entendiendo que dicha medida aportaría evidencia relevante sobre su eventual autoría. Para arribar a esa decisión, valoraron la declaración de un médico que daba cuenta que la cirugía sólo implicaría una incisión de un centímetro y medio, realizada

con anestesia local y sin riesgo para la integridad física del procesado. La Suprema Corte de Virginia denegó la petición de habeas corpus formulada por Lee. Cuando la operación se iba a practicar, se detectó que el proyectil se encontraba en una posición más profunda que la inicialmente advertida, por lo que el cirujano a cargo propuso una intervención con anestesia total. La Corte proclamó que una intervención quirúrgica compulsiva que penetra en el cuerpo del individuo restringe expectativas de privacidad y seguridad de tal magnitud que la intrusión resulta irrazonable aun cuando aporte evidencias de un delito. Los jueces afirmaron que la razonabilidad de las intervenciones corporales que penetran la piel, dependen del análisis de cada caso en particular, ponderándose los intereses individuales de privacidad y seguridad en función de los intereses de la sociedad en obtener evidencia para determinar la inocencia o culpabilidad del sospechoso de un crimen.

Utilizando el balancing test de Schmerber, la Corte valoró en el caso concreto los informes médicos que daban cuenta de las dificultades en descubrir el lugar exacto del proyectil, lo que podría implicar un peligro cierto de lesionar un músculo o nervio y que la intrusión corporal aumentaba el riesgo de infecciones. En razón de ello, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que la cirugía propuesta, resultaba violatoria del derecho a la integridad física y que la búsqueda resultaba irrazonable bajo la perspectiva de la Cuarta Enmienda.

- **Regulación Legal de la Ordenanza Procesal Penal Alemana**

El § 81a de la Ordenanza Procesal Penal establece: (1) Se puede ordenar en examen corporal del acusado para la constatación de hechos significativos

para el procedimiento. Con esta finalidad son admisibles, sin el consentimiento del acusado, las pruebas de análisis sanguíneos y otras intervenciones corporales, efectuadas por un médico según las reglas del arte médico con finalidades investigadoras, si no es de temer ningún daño para la salud del acusado. (2) Su disposición compete al juez. Si se pone en peligro el éxito de la investigación por demora, también a la fiscalía y a sus funcionarios auxiliares. (3) Los análisis sanguíneos o de otras células corporales extraídas del acusado sólo se pueden utilizar para finalidades del proceso penal subyacente a la extracción o de otro pendiente; deben ser anulados sin pérdida de tiempo tan pronto como ya no sean necesarios para el proceso”.

Esta norma es la base de la regulación que hace nuestro código procesal penal pero que sin embargo, como ante cualquier posición siempre existen diversas posiciones respecto a la validez de dichas medidas. Por ejemplo, Roxin estima que el §81a solamente obliga al imputado a tolerar pasivamente el examen y no le impone a cooperar también de modo activo en el examen corporal, concluyendo que la policía no puede forzar a nadie a soplar para someterlo así a un test de alcohol²⁰⁵.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán avaló la constitucionalidad del § 81a, condicionando la admisibilidad de la diligencia a la constatación del requisito de proporcionalidad, en función de la “gravedad de la inculpación, la intensidad de la sospecha, la probabilidad de la producción de un resultado y su fuerza cognoscitiva”; aspectos todos estos que también ya

²⁰⁵ ROXIN, Claus “*Derecho Procesal Penal*”, traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires. Editorial Del Puerto, 2000. p.290

vienen siendo avalados por nuestro ordenamiento jurídico con sendos pronunciamientos emitidos por nuestro Tribunal Constitucional.

- **Regulación de Intervenciones Corporales en España**

El Tribunal Constitucional Español establece claramente la exigencia de una debida motivación al momento de autorizar la realización de intervenciones corporales en determinadas personas, pues otorga el amparo contra resoluciones judiciales carente de la motivación necesaria que ordenen la realización de este tipo de medidas. Sin embargo, una vez que las decisiones se expiden de manera motivada y proporcionada, las intervenciones revisten legitimidad constitucional. En la sentencia STC 35/1996 de 11 de marzo, expresa que es ajustada a las exigencias constitucionales la realización coactiva de exámenes radiológicos con el fin de averiguar si un interno de un centro penitenciario portaba objetos peligrosos en el interior de su cuerpo, del mismo modo, el Tribunal Constitucional entiende que no es inhumano ni degradante la extracción de cabellos de forma coactiva ya que no implica un trato vejatorio (STC 57/1994), pues en dicha sentencia se establecía que: “No cabe entender que la extracción (coactiva) de cabellos de diferentes partes de la cabeza y del pelo de las axilas a realizar por el médico forense para su posterior análisis se oponga, ni por su finalidad ni por la manera de llevarlos a la práctica, un trato inhumano o degradante contrario al artículo 15º de la Constitución Española, graves calificativos que, según Doctrina reiterada de éste Tribunal hay que reservar para aquellos tratos que impliquen “padecimientos” físicos o psíquicos ilícitos o infligidos de modo vejatorio para quien lo sufre”.

También tenemos la sentencia N° 207-1996 del dieciséis de diciembre que establece que no toda extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos o sometimiento del mismo a radiaciones con fines de esclarecimiento probatorio, afecta la salud o la integridad corporal. Solo son relevantes aquellos que producen un malestar, dolor o sufrimiento o un riesgo o daño para la salud, aún mínimos.

Conforme se aprecia, el Tribunal Constitucional Español también ampara el uso de las intervenciones corporales incluso sin el consentimiento del imputado siempre y cuando se realice de una manera adecuada, motivada, razonada y proporcional, claro está, siempre en relación a cada caso en concreto.

- **Regulación de Intervenciones Corporales en Italia**

El código de procedimiento penal italiano de 1988, dispone en el artículo 244° que: “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.” Por su parte el artículo 245° establece que “antes de proceder a la inspección 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. 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”.

- **Regulación de Intervenciones Corporales en Portugal**

El código procesal penal portugués establece en su artículo 171° el examen de personas para inspeccionar los vestigios que hubiera podido dejar el delito y todos los indicios relativos al modo y lugar en que se cometió, añadiendo a continuación en el artículo 172°, que “si alguien pretende eximirse o impedir cualquier examen debido (...) podrá ser compelido por decisión de la autoridad judicial competente.

- **Regulación de Intervenciones Corporales en Ecuador**

El código de procedimiento penal ecuatoriano establece en su artículo 82° que “Para la obtención de muestras de fluidos corporales y componentes orgánicos de una persona, se precisa de su consentimiento expreso, o del requerimiento del Juez para que las proporcione, sin que pueda ser físicamente constreñida. Este requerimiento judicial procederá, a pedido del Fiscal, solamente si por la naturaleza y circunstancias de la infracción, tales elementos de prueba fueren indispensables para evitar la incriminación de un inocente o la impunidad del delito.”

- **Regulación de Intervenciones Corporales en Chile**

La regulación de las intervenciones corporales en Chile es muy parecida a la regulada en nuestro país. Su artículo 197° señala textualmente que si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado.

Si la persona que ha de ser objeto del examen, apercibida de sus derechos, consintiere en hacerlo, el Fiscal o la Policía ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al Juez las razones del rechazo. El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero.

- **Regulación de Intervenciones Corporales Colombia**

El Código de Procedimiento Penal de 2004 regula en su artículo 249° la obtención de muestras que involucran al imputado, aun sin su consentimiento, para cotejo de fluidos corporales, impresión dental y otros exámenes como el grafológico. Asimismo, en el artículo 247° otorga la posibilidad de ordenar inspecciones corporales cuando existan motivos para creer que en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación. Finalmente, en el artículo 248° regula los denominados registros personales aplicables sobre personas relacionadas con la investigación sobre las que se tengan motivos para creer que están en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física

Si bien es cierto, el primer artículo de los antes nombrados establece el criterio de obtener pruebas sin el consentimiento del imputado, sin embargo, en los dos últimos no se detalla si las pruebas pueden obtenerse sin el consentimiento del procesado, infiriendo que únicamente que su procedencia procede a voluntad del intervenido.

Como se advierte, al igual que en el Perú, estas medidas también han sido

objeto de examen de constitucionalidad por la Corte Constitucional Colombiana, quien, con algunas precisiones y condicionamientos las encontró ajustadas a los dictados constitucionales. Esto indica que en abstracto estas diligencias tienen aplicación en el desarrollo del proceso penal acusatorio colombiano y como es obvio siempre con un fin en común y legítimamente constitucional, como lo es, aproximarnos a la verdad real con un adecuado esclarecimiento de los hechos investigados.

Así las cosas, delimitando el problema planteado y sin perjuicio de los argumentos establecidos por nuestra legislación así como por la legislación y jurisprudencia comparada, concluimos en cuatro aspectos los fundamentos para justificar la regulación de las intervenciones corporales en nuestro código procesal penal, fundamentos estos que radican en el hecho de que las intervenciones corporales tienen como un fin inmediato asegurar los fines de la investigación, garantizar no solo los derechos de los imputados dentro de un proceso penal sino también de las víctimas al buscar satisfacción con la solución de su conflicto penal, y todo ello destinado a la aproximación de una verdad real que conllevaría a lograr una condena efectiva y generando en la sociedad una reducción de la percepción en la impunidad, fundamentalmente, en delitos de gravedad como homicidios, tráfico ilícito de drogas, violaciones sexuales, etc.

5.2.1. Fundamento sobre el aseguramiento de los fines de la investigación:

La regulación y procedencia de las intervenciones corporales, incluso sin que exista el consentimiento del investigado, tiene como fundamento inicial que con ello el ente persecutor del delito asegurará

su investigación y consecuentemente podrá destruir la presunción de inocencia con la que goza todo investigado, logrando la imposición de una sentencia condenatoria. No olvidemos que el código procesal penal de 2004 establece que la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula acusación o no y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Asimismo, tiene como finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa.

Es así que el Fiscal tiene reconocida la facultad para realizar una adecuada investigación y dentro de ello poder recabar diferentes elementos de convicción, siendo uno de ellos los resultados obtenidos como consecuencia de la realización de las intervenciones corporales, incluso sin el consentimiento del imputado.

Es por ello la necesidad de precisar si este acto de investigación, realizado con el no consentimiento del imputado, afecta derechos y garantías de rango constitucional o por el contrario se encuentra válidamente justificado.

El artículo 211° inciso 1° del código procesal penal señala: 1. “El Juez de la investigación preparatoria, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar un examen corporal del imputado para establecer hechos significativos de la investigación, siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Con esta finalidad, **aún sin el consentimiento del imputado**, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones

radiológicas, siempre efectuadas por un médico u otro profesional especializado. La diligencia está condicionada a que no se tema fundadamente un daño grave para la salud del imputado, para lo cual si resulta necesario se contará con un previo dictamen pericial”.

Esta norma tiene como inspiración al § 81(1) de la Ordenanza Procesal Penal Alemana que establece: “Se puede ordenar en examen corporal del acusado para la constatación de hechos significativos para el procedimiento. Con esta finalidad son admisibles, **sin el consentimiento del acusado**, las pruebas de análisis sanguíneos y otras intervenciones corporales, efectuadas por un médico según las reglas del arte médico con finalidades investigadoras, si no es de temer ningún daño para la salud del acusado”.

Esta expresión “**aún sin el consentimiento del imputado**”, ha sido interpretada positivamente por un sector de la doctrina que señala: “sólo en casos excepcionales, cuando la persona intervenida se rehúsa a que se le practiquen los exámenes correspondientes, podrá realizarse sin su consentimiento, es decir coactivamente”. Se señala además que esto se “sustenta en la falta de una actitud activa colaboración por parte del sujeto que es objeto de una intervención corporal; además, esto será así, siempre y cuando, no exista peligro para la salud²⁰⁶”. Sin embargo otro sector de la doctrina considera que “esta disposición es inconstitucional porque instrumentaliza al imputado (contrariando la norma de apertura constitucional que proclama que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad

²⁰⁶ PISFIL FLORES, Daniel Armando “*Las intervenciones Corporales en el Código Procesal Penal de 2004: Marco conceptual, naturaleza jurídica y criterios prácticos*” En: La Prueba en el Código Procesal Penal. REVILLA LLAZA, Percy Enrique (Coordinador) Lima. Editorial Gaceta Jurídica, 2004..437

y el Estado). Reclama además este sector que esta disposición “debe ser reformada lo más pronto posible²⁰⁷”.

En este sentido se afirma que al realizar la intervención corporal sin el consentimiento del imputado, se le está imponiendo la obligación de colaborar dentro del proceso con la obtención de prueba contra sí mismo, cuestión que reduce el contenido esencial del derecho a no inculparse²⁰⁸.

Ahora bien, está demás decir que el no consentimiento del imputado, per se, no vulnera derechos y principios fundamentales como la integridad física, presunción de inocencia, derecho a la salud o derecho de defensa en cuanto a la garantía de la no autoincriminación, pues dichas prácticas se encuentran justificadas constitucionalmente, en la medida de que su procedencia se realiza mediante una autorización debidamente motivada a cargo del Juez de investigación preparatoria adecuando los hechos al test del balancing o ponderación en donde deberá determinar las razones de la prevalencia de una medida coactiva frente al derecho fundamental sacrificado (proporcionalidad de los sacrificios)^{209/210}. Asimismo, al investigado no se le afecta el principio a la no autoincriminación debido a que se

²⁰⁷ ESPINOZA RAMOS, Benji. Ob. Cit.p.478.

²⁰⁸ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo en VÁSQUEZ GANOZA, Carlos Zoe “*Aplicación Coactiva de las medidas limitativas de derechos en el Código Procesal Penal de 2004*” en Actualidad Procesal Penal. Tomo 190. Lima. Gaceta Jurídica, 2009, p.153 nota 18

²⁰⁹ VÁSQUEZ GANOZA, Carlos Zoe Ob. Cit.p.153 nota 27.

²¹⁰ En la práctica se ha podido advertir que si bien es cierto en las resoluciones que autorizan la realización de determinadas intervenciones corporales se invocan principios de proporcionalidad y necesidad, no en todas se desarrollan dichos principios subsumiendo a cada caso concreto, pues su motivación está limitada únicamente a la invocación de determinados principios pero con una escasa motivación en la fundamentación y justificación de la adopción de estas medidas restrictivas de derechos. Lo mismo se puede decir de los requerimientos fiscales constituyendo a veces una suerte de plantilla de los conceptos o jurisprudencias paradigmáticas sin hallar el vínculo que las haga aplicables al caso en estudio. (Conclusión arribada en mérito al análisis realizados a resoluciones judiciales N° 149-2013, Huaraz; 253-2013, Huaraz; 937-2012, Huaraz; 1852-2012, Santa; y, 314-2012, Santa).

presume que él no ha realizado un hecho que lo auto incrimine sino que son los propios actos de investigación los que determinarían su participación en el hecho investigado.

Respecto al principio de no auto incriminación, el mismo se analiza en tres aristas. En primer lugar se lo ha identificado con el derecho a no prestar juramento al momento de prestar declaración; luego se lo ha identificado con el derecho a permanecer callado o derecho al silencio; y, finalmente, en un sentido más amplio, ha sido asociado al derecho del imputado a que su persona no sea utilizada como fuente de prueba incriminatoria en contra de sí misma, aspecto este último que tiene relación con la realización de las intervenciones sin el consentimiento del imputado pero que sin embargo dicho principio se ha visto relativizado ante una constante práctica de las intervenciones corporales que tiene como fin inmediato asegurar una adecuada investigación que sea el sustento de una sentencia condenatoria.

Debemos hacer una diferencia entre el derecho a guardar silencio y la realización del examen corporal, pues, mientras en el primero la declaración del procesado, puede tomarse incluso solo como una probabilidad de responsabilidad, en la medida que no basta su sola autoincriminación para la comprobación de su responsabilidad sino que debe ser corroborada con medios probatorios suficientes; en el segundo, las pruebas obtenidas mediante exámenes corporales, en muchos de los casos, determinan una certeza o alta probabilidad de responsabilidad, incluso mayor a un simple testimonio del

procesado²¹¹. Este razonamiento nos pretende explicar qué sería más perjudicial, el examen corporal sin consentimiento del imputado o el propio derecho a guardar silencio, pues la declaración debe corroborarse con otros elementos de prueba para enervar la presunción de inocencia, sin embargo en casi todos los casos el resultado de un examen corporal es por sí sólo determinante para determinar la suerte del imputado en el proceso. Empero, el fundamento de prescindir del consentimiento del imputado para la realización del examen corporal, se funda en la falta de una actividad activa de colaboración por parte del sujeto, que es objeto de una intervención corporal²¹². Es por ello que en la intervención corporal se habla que el imputado sin perder la cualidad de sujeto del proceso, adquiere al propio tiempo, la cualidad de instrumento probatorio, en tanto que de su propia corporiedad pretende extraerse elementos a los efectos de la actividad investigadora y de comprobación de delitos²¹³.

Asimismo, el hecho de que estas medidas se autoricen, incluso sin que el imputado preste su consentimiento, no significa que se encuentre justificado la utilización de la violencia irracional contra la persona que se niega constantemente a la intervención, sino que deben establecerse límites en su procedencia, pues de lo contrario muchos casos pueden cruzar el límite de la frontera y de esa forma se podría hasta configurar el delito de lesiones cuya gravedad se determinará en función a la cantidad de días de incapacidad que establezca el médico

²¹¹ En el mismo sentido, VÁSQUEZ GANOZA, Carlos Zoe Ob. Cit.p.153 nota 18 y 19.

²¹² QUISPE FARFÁN, Fany Soledad Ob. Cit.p.431.

²¹³ UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando “*Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos*” En: “*Nuevo Código Procesal Penal Comentado*” CLAROS GRANADOS, Alexander y CASTAÑEDA QUIROZ, Gonzalo (Coordinares) Lima. Instituto Ediciones Legales, 2012. p.704 nota 14

legista, en caso se evidencia que la fuerza utilizada no ha sido la razonablemente adecuada. Es decir, si bien es cierto la regulación de las intervenciones corporales en el código procesal penal no ha precisado los límites para su aplicación ante el no consentimiento del intervenido, creo que debe tenerse en consideración -para evitar arbitrariedades- los aspectos ya descritos precedentemente así como lo establecido en las reglas mínimas del proceso penal (Reglas de Mallorca 1990), la cual señala en su artículo vigésimo tercero inciso 1: “Toda intervención corporal está prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo y sólo cuando no exista otro medio **para descubrir el presunto delito**, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado. La intervención corporal deberá ser siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la "lex artis" y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona”.

Como se evidencia, es necesario determinar los límites al uso de la fuerza a utilizarse en la realización de intervenciones corporales sin consentimiento del imputado, pues no se trata de utilizar cualquier tipo de violencia para practicar la medida, pues esto sí podría configurar una afectación efectiva a los derechos fundamentales.

5.2.2. Fundamento sobre los derechos de las víctimas:

El agraviado o aquella persona que ha sufrido las consecuencias del delito, en un proceso penal, no intervienen en el mismo respecto a la

pretensión punitiva sino únicamente respecto a una pretensión civil, pues su intervención se realiza de manera excepcional ya que la titularidad del ejercicio de la acción penal publica le corresponde exclusivamente al Fiscal, es decir, el ciudadano afectado por el delito solo puede hacer valer su derecho pretendiendo únicamente la acción resarcitoria. Como lo sostiene el acuerdo plenario N° 5-2011/CJ-116, de fecha seis de diciembre de dos mil once, la acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea. Entonces, desde el momento que el agraviado ingresa al proceso penal, lo hace de una manera sui generis, es decir, excepcional, pero que sin embargo pese a ello el agraviado cuenta con derechos y facultades expresamente establecidas en el código procesal penal que lo convierten en un sujeto de derechos y con mayor razón si se encuentra constituido en actor civil, toda vez que lo que todo agraviado espera en un proceso penal es la condena de determinada persona ya que con conjuntamente se le impondrá el pago de una reparación civil ya que de no ser así y se absuelva al acusado, la reparación civil caerá por su propio peso. Ahora, si bien es cierto existe la posibilidad de poder imponer una reparación civil ante un sobreseimiento o absolución del acusado, ello constituiría un riesgo para el agraviado ya que en la práctica son muy pocos los casos que han culminado de esa forma.

En tal sentido, en base a estos argumentos no debemos limitarnos en afirmar –como erróneamente se hace- que el nuevo sistema de justicia penal es un código garantista únicamente para los procesados ya que

el garantismo procede tanto para procesados como también para los agraviados, pues la idea es armonizar las garantías y derechos fundamentales así como los criterios de eficacia y eficiencia en la investigación y persecución del delito, en pro del investigado así como del agraviado.

Asimismo, si comparamos las garantías del agraviado frente a las del imputado, es obvio que el agraviado goza con mayores garantías, derechos y facultades que las del propio investigado y eso lo podemos apreciar con las medidas restrictivas de derechos (prisión preventiva, comparecencia restrictiva), con aquellos actos de investigación donde puede verse vulnerado su derecho a la intimidad o la inviolabilidad de domicilio (allanamientos, video vigilancia, etc.) o con la realización de este tipo de medidas como son las intervenciones corporales. Como vemos, es el agraviado el que más garantía tiene en el proceso penal frente a las garantías del procesado. Y en merito a ello, es que una vez que el Fiscal realiza una adecuada investigación, conforme a los actos que se encuentra facultado para realizado, y luego de lograr una sentencia condenatoria o pretender una adecuada reparación civil, el agraviado sentirá satisfacción en la solución de su caso y le generara mayor confianza en el sistema de administración de justicia, siendo ello un fundamento para permitir y dar legitimidad a las intervenciones corporales aun sin el consentimiento del imputado.

5.2.3. Fundamento sobre la aproximación a la verdad real:

La finalidad de todo proceso penal es construir la verdad de lo que

realmente sucedió, es decir determinar exactamente la forma y circunstancias de cómo ocurrieron los hechos. Sin embargo, debemos entender que la verdad que se obtiene en un proceso penal no es una verdad absoluta, ni real, ni histórica, sino una verdad construida bajo ciertas formalidades. La denominada verdad material, real o histórica, como también se mencionó en nuestra realidad problemática, es imposible de alcanzarla, pues únicamente ha quedado en el pasado y jamás podrá ser alcanzada a plenitud, su búsqueda constituiría únicamente un ideal.

Nosotros creemos como lo refiere GUZMÁN que “resulta imposible la reproducción exacta del suceso que ha quedado en el pasado y por lo tanto, no podría aspirarse más que una reconstrucción mental del mismo, por ello no sería el hecho en sí lo que debe ser probado, pues de lo único que puede hablarse en términos de verdadero y falso es de enunciados²¹⁴.”

La verdad es absoluta, pero llegar a dicha verdad es bastante relativo. Por ello que en el proceso penal la verdad es muy difícil de construir, sin embargo, existen formas de alcanzarla (o por lo menos aproximarnos a ella) con los diferentes actos de investigación que el Fiscal está facultado para realizarlo, claro está, siempre con el respeto de las garantías que todo proceso exige. Siendo así, se van a presentar casos cuya aproximación para descubrir lo que verdaderamente ocurrió requieren de acciones donde literalmente pueden verse vulnerados derechos fundamentales como la integridad física o

²¹⁴ GUZMÁN, Nicolás “*La Verdad en el Proceso Penal*” Buenos Aires. Ediciones del Puerto, 2006. p.17.

principios ya analizados como la no autoincriminación, y con mayor razón ante la no existencia del consentimiento del imputado, pero que sin embargo, conforme a los argumentos que hasta ahora venimos exponiendo, dichas acciones se encuentran por demás justificadas. Siendo así, consideramos que al tener abierta la posibilidad de realizar intervenciones corporales sin el consentimiento del imputado, las mismas constituyen piezas fundamentales y en muchos casos la columna vertebral de una investigación, lo que permitirá aproximarnos a una verdad real luego del debate probatorio en la etapa de juzgamiento, verdad que el Juez tiene que tomarlo como válida en base a los medios probatorios ofrecidos, admitidos, actuados y valorados oportunamente, pues en palabras de FERRAJOLI, si una justicia penal completamente «con verdad» constituye una utopía, una justicia penal completamente «sin verdad» equivale a un sistema de arbitrariedad²¹⁵; argumento éste, que justifica aún más la posibilidad de realizar intervenciones corporales sin el consentimiento del investigado.

5.2.4. Fundamento la reducción de la percepción de impunidad:

Cumpliendo eficientemente los fines de la investigación, lograremos que las víctimas de delitos se vean satisfechas con la solución del conflicto penal, pues con ello nos aproximaremos a conocer la verdad de lo que verdaderamente ocurrió y así la sociedad podrá ir ganando una mejor percepción del sistema de Administración de Justicia, pues de lo contrario, de no permitir la realización de dichas intervenciones,

²¹⁵FERRAJOLI, Luigi “*Derecho y Razón*”. 2º Edición. Madrid. Editorial Trotta, 1995, p.45

las investigaciones no tendrían el éxito esperado y consecuentemente los casos culminarían con archivos y absoluciones de acusados, conllevando a que los agraviados y la sociedad civil desconfíen del sistema de justicia penal generando en ellos una percepción de impunidad. En tal sentido, el ente persecutor del delito tiene las herramientas necesarias para poder investigar hechos de relevancia penal puestos en su conocimiento, por lo que el éxito de una investigación muchas veces dependerá de la estrategia que realice el investigador, pues de lo contrario generaremos insatisfacción al justiciable y satisfacción al delincuente pues estos últimos estarían amparados en la deficiencias del sistema de justicia penal ya que considerarían que avala la impunidad. Con ello, los índices de percepción de impunidad se incrementarían.

5.2.5. Presupuestos procesales:

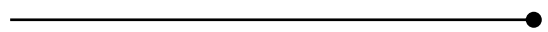
Conforme a lo hasta aquí explicado, mi hipótesis ha dado respuesta al problema, respecto a explicar cuáles son los fundamentos que legitiman o justifican la regulación de las intervenciones corporales sin el consentimiento del imputado. Sin embargo, he podido advertir a este nivel de mi investigación que los fundamentos antes descritos, son la base para justificar su regulación en nuestro código procesal penal, pero además estas medidas deben cumplir determinados presupuestos, sin las cuales dichas intervenciones - por más fundamentado que se haga de su regulación - no van a proceder. Siguiendo al Tribunal Constitucional Español, es necesario que este

tipo de medidas se emitan en base a los siguientes presupuestos: que **la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley (principio de legalidad)**, pues en nuestro ordenamiento jurídico lo encontramos regulado en el artículo 211º del código procesal penal; **que sea adoptada mediante resolución judicial (jurisdiccionalidad) especialmente motivada**, conforme así lo establece el artículo VI del título preliminar del código procesal penal; y, fundamentalmente que la medida se aplique en merito a un test de proporcionalidad, es decir, **que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo**, pues este último criterio también ha sido reconocido por nuestro propio Tribunal Constitucional. A ello se añade cumplir con todos los parámetros establecidos en la regulación que el mismo código ha prescrito para su actuación, como por ejemplo, que se realice ante delitos sancionados con pena privativa de libertad mayor de cuatro años²¹⁶, que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante²¹⁷.

²¹⁶ Aquí también existe un tema que podría ser materia de discusión en otra investigación ya que deben precisarse las razones de porque se exige como requisito para las intervenciones corporales, que los delitos se encuentren sancionados con pena privativa de libertad mayor a cuatro años si es que en la práctica también se realizan para delitos con penas mucho menores como por ejemplo los delitos de conducción de vehículo en estado de ebriedad cuya pena no supera los dos o tres años de pena privativa de libertad. Sin embargo, hay que precisar que por la particularidad de los casos de conducción, el legislador ha regulado la forma de actuación en un artículo específico, pero que pese a ello dicho artículo no hace mención a como se debe proceder ante la negativa del intervenido a dicha prueba, por lo que bajo dicho contexto, tendríamos que recurrir, a modo de pauta genérica, a lo establecido en el artículo 211 del código procesal penal.

²¹⁷ En el mismo sentido ver Sentencia del Tribunal Español 7/1994, fundamento jurídico 3º y STE 207/1996 del 16/12/1996.

VI. CONCLUSIONES



6. CONCLUSIONES

- 6.1.** La regulación de las intervenciones corporales, sin el consentimiento del imputado, regulado en el artículo 211° y artículo 212° del código procesal penal se encuentra justificado ya que con ello, lograremos cumplir con los fines del proceso penal, aproximándonos a una verdad real, satisfaciendo los intereses de las víctimas y consecuentemente generando una percepción de confianza en el sistema de administración de justicia penal.
- 6.2.** Una cosa son los fundamentos que legitiman o justifican la regulación de las intervenciones corporales, mientras que otra cosa muy distinta es los presupuestos procesales que deben presentarse ante la práctica de este tipo de intervenciones corporales.
- 6.3.** La realización de intervenciones corporales, sin el consentimiento del imputado, deben permitirse en consideración a presupuestos procesales regulados en el código procesal penal así como los criterios establecidos por nuestro tribunal constitucional como es el test de ponderación o test de balancing, ello debido a que por un lado se encuentra en juego el interés de la justicia penal para investigar y sancionar adecuadamente los delitos; y, por el otro, la tutela de derechos fundamentales de imputados y víctimas de delitos.
- 6.4.** El interés público por el esclarecimiento y sanción de los delitos hace necesario dotar a los órganos vinculados a la persecución penal de la posibilidad de recurrir a este tipo de medidas intrusivas.
- 6.5.** Los fundamentos que justifican la regulación de las intervenciones corporales, se basan en criterios doctrinarios y jurisprudenciales nacionales y extranjeros, pues de esa forma se ha venido estableciendo las directrices que deben ser cumplidos por el ente persecutor del delito para pretender la realización de est

tipo de intervenciones donde pueden verse afectados derechos y garantías de rango constitucional.

6.6. Del análisis de requerimientos fiscales y resoluciones judiciales, aún existe deficiencias de la motivación en la determinación del test de proporcionalidad al caso concreto, pues muchas veces se realiza una simple réplica de los considerandos ya establecidos por nuestro Tribunal Constitucional, es decir, en no todos los casos existe el análisis y su empleo al caso concreto, constituyendo a veces una suerte de plantilla de los conceptos o jurisprudencias paradigmáticas sin hallar el vínculo que las haga aplicables al caso en estudio.

6.7. Cuando la intervención corporal nace a iniciativa del interesado, estaremos ante una manifestación del derecho de defensa. Sin embargo, cuando proviene de la autoridad judicial, por negativa del afectado, estaremos ante actos de investigación propiamente dichos.

6.8. Ante casos de flagrancia delictiva y por un criterio de peligro en la demora, las intervenciones corporales pueden realizarse en forma inmediata sin autorización del juez, incluso sin el consentimiento del imputado, claro está, pidiendo posteriormente la confirmatoria respectiva ya que lo que respalda para no haber solicitado la autorización respectiva al Juez, es la flagrancia delictiva. En todos los demás casos, es necesario solicitar autorización judicial.

VII.RECOMENDACIONES —————●

7. RECOMENDACIONES

7.1 Incidir en la motivación de los requerimientos fiscales y resoluciones judiciales al requerir y autorizar exámenes corporales en razón de que la fundamentación y justificación de esta medida implica una garantía del debido proceso.

7.2 Los Fiscales deben precisar en sus requerimientos, la duración de la medida; mientras que los jueces deben precisar los límites al uso de la fuerza a utilizarse en la realización de intervenciones corporales sin consentimiento del imputado, pues no se trata de utilizar cualquier tipo de violencia para practicar la medida, ya que esto sí podría configurar una afectación efectiva a los derechos fundamentales.

7.3 Los Fiscales, ante cualquier intervención corporal, grave o leve (v.gr. casos de extracción de sangre en delitos de conducción en estado de ebriedad, tenencia de arma de fuego en estado de ebriedad, tráfico ilícito de drogas, etc.) deben solicitar obligatoriamente la respectiva autorización judicial y en caso se realice la intervención de forma inmediata por el peligro en la demora, deberán solicitar posteriormente su confirmatoria. Caso contrario, deben establecer algún otro criterio donde se justifique porque en la práctica, ante los ejemplos antes indicados, nunca se pide tal autorización o confirmatoria.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS —●

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. ALCHOURRÓN C.E. y BULYGIN E. (1991). "Análisis lógico y Derecho". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
2. ANGULO MORALES, Marco Antonio, "Introducción al derecho probatorio". Lima: Editorial Grijley
3. BAUMAN, Jurgen. (1986). "Derecho Procesal Penal: Conceptos fundamentales y principios procesales". Buenos Aires: Ediciones Depalma.
4. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. (1996). "La constitución de 1993, Análisis Comparado". Lima: Editorial ICS.
5. BINDER, Alberto. (2013). "Derecho Procesal Penal". (Tomo I). Buenos Aires: Editorial AD-HOC.
6. CACERES, Roberto E. y IPARRAGUIRE N., Ronald D. (2005). "Código Procesal Penal comentado". Lima: Jurista Editores.
7. CAFFERATA NORES, José I. (1998). "La prueba en el proceso penal". (3º.ed.). Buenos Aires: Ediciones Depalma.
8. CAFERATA NORES. (2000). "Proceso Penal y Derechos Humanos". Buenos Aires: Editores del Puerto.
9. CAFFERATA NORES, José y HAIRABEDIÁN, Maximiliano. (2008). "La prueba en el proceso penal". Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis.
10. CAMPOS CALDERON, J. FEDERICO. **La Garantía de Imparcialidad del Juez en el Proceso Penal Acusatorio: Consideraciones en torno a su pleno alcance en el sistema procesal costarricense.** 2011.
<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/La%20garant%C3%ADa%20de%20imparcialidad%20del%20juez%20en%20el%20proceso%20penal%20acu>

[satorio%20-%20Federico%20Campos.pdf](#)

11. CARNELUTTI, Francesco. (1982). “La prueba civil”. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
12. CAROCCA, PÉREZ, Alex. (2005). “Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal”. (3°.ed.). Chile: Editorial Lexis Nexis.
13. CAROCCA PÉREZ, Alex. (1998). “Garantía Constitucional de la Defensa Procesal”: Barcelona. Editorial Bosch.
14. CAROCCA PÉREZ, Alex. **Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso y de la Tutela Jurisdiccional Efectiva en España**. Revista Jurídica del Perú. Año XLVI, N° 2, Abril – Junio. Trujillo
15. GIMENO SENDRA, Vicente. (2004). “Derecho Procesal Penal”. Madrid: Editorial Colex.
16. CASTAÑO VALLEJO, Raúl “**Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad**”. Ed instituto de investigación jurídica de la UNAM.
17. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. (2005). “El nuevo Proceso Penal: Estudios Fundamentales”. Lima: Ed. Palestra.
18. CHAPPINI, Julio. (2000). “La Prueba de Confesión: suma de las reglas procesales”. Rosario: Editorial FAS.
19. CLARÍA OLMEDO, Jorge A. “Derecho Procesal Penal”. (Tomo II). Buenos Aires: Editores Rubinzal – Culzoni.
20. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (2002). “Teoría General de la Prueba Judicial”. Bogotá: Editorial Temis.
21. DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. (2010). “La Etapa Intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio”. Lima: ARA editores.
22. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. (1984). “Sistema de Derecho

- Civil". (5°.ed.). Madrid: Tecnos.
23. ENRIQUE PALACIO, Lino. "La Prueba en el proceso penal". Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
24. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (2005). "Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar" (Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica.
25. FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. (2005). "**Estudios Constitucionales**". Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca: Editorial Librotecnia.
26. FERRAJOLI, Luigi. (1995). "Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal". España: Editorial Trotta.
27. FRAPOLLI, María José. (1997). "Teoría de la Verdad en el siglo XX". Madrid: Editorial Tecnos.
28. GALVEZ VILLEGAS, RABANAL PALACIOS y CASTRO TRIGOSO. (2008). "El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos". Lima: Jurista Editores.
29. GARCIA CAVERO, Percy. (2010). "La Prueba Por Indicios en el Proceso Penal". (1°.ed.). Lima: Editorial Reforma.
30. GARCIA TOMA, Víctor. (2013). "Los Derechos Fundamentales". (2°. ed.). Arequipa, Perú: Editorial Adrus.
31. GUZMÁN, Nicolás. (2006). "La Verdad en el Proceso Penal". Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
32. HASSEMER, Winfried. (1984). "Fundamentos del Derecho Penal". Barcelona: Bosh Casa Editorial S.A.
33. HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. (2004). "Derecho Procesal Penal Chileno". (Tomo I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de

- Chile.
34. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. (2009). "El razonamiento en la resoluciones judiciales". Lima: Palestra Editores.
 35. LOPERA MESA, Gloria P. (2010). **Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales en: El Principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo**. Cuaderno de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 8. Lima: Palestra Editores.
 36. MACHADO SCHIAFFINO, Carlo. (1988). "El perito y la prueba". Buenos Aires: Editorial La Rocca.
 37. MAIER, Julio. (1989). "Derecho Procesal Penal Argentino". Buenos Aires: Hammurabi.
 38. MALDONADO V., Pedro Osman. (1989). "Prueba penales y Problemas Probatorios". (3°.ed.). Caracas: Ávila Arte SA.
 39. MANZINI, Vincenzo. (1962). "Tratado de Derecho Procesal Penal". (Tomo III). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
 40. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (1997). "La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal". Barcelona: José María Bosch Editor.
 41. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. **La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004**. www.incipp.org.pe
 42. MIXÁN MÁSS, Florencio. (1996). "Categorías y Actividad Probatoria en el Procedimiento Penal". Trujillo: BLG.
 43. MONTERO AROCA, Juan. (1997). "Principios del Proceso Penal". Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
 44. MOSSET ITURRASPE, Jorge. (2002). "El valor de la vida humana". (4°.ed.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

45. O'DONNELL, Daniel. (1988). "Protección internacional de los derechos humanos". Lima: Comisión Andina de Juristas.
46. ORÉ GUARDIA, Arsenio. (2011). "Principios del Proceso Penal". Lima: Editorial Reforma.
47. ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. (2006). "Los Derechos Humanos, su desarrollo y protección". Trujillo: Ediciones BLG.
48. PARRA QUIJANO, Jairo. (1984). "Tratado de la Prueba Judicial". (Tomo II). Bogotá: Librería Profesional.
49. PEÑA CABRERA, Freyre. (2005). **La búsqueda de pruebas y la restricción de derechos en el código procesal penal: marco de aplicación y presupuestos legitimantes**. Revista Actualidad Jurídica. Tomo 145. Lima: Gaceta jurídica.
50. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. (2009). "Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del caso y Técnicas de litigación oral". (Tomo I). Lima: Editorial Rodhas.
51. PISFIL FLORES, Daniel Armando "Las intervenciones Corporales en el Código Procesal Penal de 2004: Marco conceptual, naturaleza jurídica y criterios prácticos" en: La Prueba en el Código Procesal Penal 2004.
52. PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. (2004). **El derecho a la integridad personal en la doctrina y jurisprudencia del tribunal constitucional peruano**. Revista Dialogo con la jurisprudencia. N° 66. Lima: Gaceta Jurídica.
53. QUISPE LOZANO, Fany Soledad. (2005). **El Registro Personal y las Intervenciones Corporales en el Nuevo Proceso Penal**. Estudios Fundamentales. Lima.
54. REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2011). "El proceso penal aplicado, conforme al Código Procesal Penal de 2004". Lima: Grijley.

55. ROSAS YATACO, Jorge. (2003). “Manual de Derecho Procesal Penal”. Lima: Editorial Grigley.
56. RIVES SEVA, ANTONIO PABLO, “La prueba en el proceso penal, doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”. (3ºed.). Navarra: Editorial Aranzadi
57. RUBIO CORREA. Marcial. (1999). **Estudio de la constitución política de 1993**. (Tomo I). Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
58. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. (2006). “Manual de Derecho Procesal Penal”. Lima: IDEMSA.
59. SAN MARTÍN CASTRO, César. (1999). “Derecho Procesal Penal”. (Volumen II). Lima: Editorial Grijley.
60. SAN MARTIN CASTRO, CESAR. (2014). “Derecho Procesal Penal”, (3º. ed.). Lima, Perú: Editorial Grijley.
61. SENTÍS MELENDO, Santiago. (1965). **Introducción al Derecho Probatorio**. En: Estudios procesales en memoria de Carlos Viada. Instituto Español de Derecho Procesal. Madrid.
62. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. (1991). **Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**. Tomo XVI. Vol. 2º. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
63. TALAVERA ELGUERA, Pablo. (2009). “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal”. Lima: GTZ y AMAG.
64. TEJEDOR ALGAR, Fernando Herrero. **Intervenciones Corporales: Jurisprudencia Constitucional**.
https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:Jmgf9G9C7j8J:enj.org/portal/index.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26Itemid%3

D%26gid%3D1215+&hl=es&gl=pe&pid=bl&srcid=ADGEESh88y-wrAii4VBI0EGFaHN3K8JV01WyKne4l0GM2I2JSd9V-ZRLwjinMspMgr8P2hiaKdM7yq2BZh8HjZvm9MF5KoGr46AMP7XBKNHq9d
pNZQejyIm4V1rUGKsunb-7CLX7-
cWrV&sig=AHIEtbR4LVEyAOlh4_7VTFYNAtbT1C-Ozg; p. 1904.

65. TORO LUCENA, Óscar Augusto. (2010). **Intervenciones corporales y derechos fundamentales: límites.** Revista. Criterio jurídico garantista del Año 2 - No. 3 – Julio – Diciembre.
66. VÁSQUEZ GANOZA, Carlos Zoe. (2009). **Aplicación Coactiva de las medidas limitativas de derechos en el Código Procesal Penal de 2004.** Revista Actualidad Procesal Penal. Tomo 190. Lima: Gaceta Jurídica.
67. VELASCO NUÑEZ, Eloy. (1996). “Prueba obtenida ilícitamente”. Editorial Consejo General del Poder Judicial.
68. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos. (1962). “Curso de Derecho Procesal Penal”. (Volumen II). Madrid.
69. VIDAL FUEYO, Camino. (2005). **El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez.** Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Fundación Konrad – Adenauer.
70. WITTHAUS, Rodolfo E. (1991). “Prueba pericial”. Buenos Aires: Ed. Universidad.