

MODULO INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE FORMA

REFERENCIAS CITAS BIBLIOGRAFICAS.

Binder Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc, Bs. As., 2000; Incumplimiento de formas procesales, Ad-Oc, Bs. As., 2000

Maier Julio, Derecho Procesal Penal. Tomo I Fundamentos. Hammurabi, Bs. As., 1989.

Carrió Alejandro, Garantías Constitucionales en el proceso penal. Hammurabi, Bs.As., 2003.

Roxin Claus, Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Argentina, 2006.

Hairabedian Maximiliano, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, Ad-Hoc, 2002. Cuestiones prácticas sobre la investigación penal, Mediterránea, 2004. Novedades sobre la prueba judicial., Mediterránea, 2002

Otra consecuencia es que, así como el imputado puede negarse a declarar sin que su silencio produzca efecto alguno sobre el proceso, también podrá declarar cuantas veces quiera, porque es él quien domina la oportunidad y el contenido de la información que desea introducir en el proceso.

De estas afirmaciones no se debe deducir que el imputado no tiene la facultad de confesar. Si la tiene; pero esta facultad de confesar es personalísima, se funda exclusivamente en la voluntad del imputado y no puede ser inducida por el Estado de ningún modo.

El proceso penal no es un proceso que busque la confesión. No obstante, nuestros sistemas procesales, predominantemente inquisitivos sobre todo en la fase de instrucción no se rigen por este principio y siguen buscando la confesión como uno de los objetivos del proceso. Sin embargo, no puede haber de parte del Estado ningún tipo de mecanismo, argucia o presión tendiente a provocar la confesión del imputado.

Esto significa que no se pueden utilizar medios violentos, como veremos en un capítulo por venir, pero significa también que no se puede utilizar ningún mecanismo que menoscabe la voluntad del imputado. No se pueden emplear tampoco preguntas capciosas o sugestivas, ni amenazar al imputado con lo que le podría suceder en el caso de que no confiese. Éstos u otros procedimientos similares resultan atentatorios contra la garantía de que nadie puede ser obligado a declarar en su contra.

Esta garantía debe ser entendida del modo más amplio posible. Toda vez que existan dudas acerca de si el imputado ha sido presionado para declarar en contra de sí mismo, se debe entender que la declaración en cuestión no tiene validez.

Al mismo tiempo, los efectos de esta declaración se extienden también hacia los testigos. La garantía de no ser obligado a declarar contra uno mismo no surge del hecho de que una persona sea "formalmente imputada". Al contrario, toda vez que la información que alguien podría ingresar al proceso pueda causarle un perjuicio directo o lo pueda poner en riesgo de ser sometido a un proceso penal, la persona tiene derecho a negarse a declarar. Es decir, esta garantía no sólo cubre al imputado, sino también al testigo, ya que constituye un límite al deber de declarar la verdad.

Se discute también si esta garantía protege solamente los riesgos de un proceso penal —es decir, la posibilidad de que la declaración genere un peligro para la defensa dentro del mismo proceso, o de que el declarante sea sometido a proceso—, o si se debe entender en el sentido más amplio, comprendiendo a toda declaración que le pueda causar al declarante algún tipo de perjuicio —ya sea éste de índole penal o bien algún perjuicio relacionado con la reparación civil—. Creo que la interpretación más correcta es esta última, para darle al principio la mayor amplitud posible. Es decir, tanto el imputado como el testigo deben estar amparados por la garantía de no ser obligados a declarar contra sí mismos cuando la información que ingresarían al proceso penal genere un riesgo para su estrategia de defensa o el riesgo de ser sometido a proceso penal, o bien cuando le genere perjuicios en la defensa de su responsabilidad civil o lo someta al riesgo de una responsabilidad civil.

En aquellos delitos como los culposos, donde no existe una frontera clara entre la acción principal y la acción subsidiaria, la amplitud que se le otorgue a esta garantía de no declarar puede tener efectos prácticos muy importantes.

Otra discusión que se ha entablado en este campo se refiere a si el término "declaración" debe ser entendido en su sentido rigurosamente literal de "ingreso de información a través de una manifestación oral o escrita de alguien", o si se debe entender en un sentido más amplio. Por ejemplo: si se hace una consideración amplia del término "declaración", el imputado tampoco estaría obligado a prestarse a la realización de un acto del cual se pueda inferir fácilmente algo que le cause algún tipo de perjuicio, tanto en cuanto a su defensa penal como en cuanto a su responsabilidad civil.

Existen dudas respecto de aquellos actos en los cuales, según se dice, el imputado actúa como "objeto de prueba" y no como "sujeto de prueba". Por ejemplo: en el caso de un reconocimiento, o cuando es necesario extraerle al imputado una muestra de sangre, ¿es necesario el consentimiento del imputado o esos actos se deben realizar incluso en contra de su voluntad? ¿Se violaría o no, en este último caso, la garantía de que nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo?

Entiendo que la "línea divisoria" con relación a este problema pasa por el sujeto que ingresa la información. El impu-

tado está protegido por el derecho a no declarar contra sí mismo respecto de todo ingreso de información que él, como sujeto, pueda realizar. Nadie puede obligarlo a ingresar información que lo perjudica y, en consecuencia, él desee retener. Ahora bien: en el caso, por ejemplo, del reconocimiento de personas, la información no es ingresada por el propio imputado, sino por un testigo que, viendo al imputado, lo reconoce; en el caso de la extracción de sangre, la información no es ingresada por el imputado, sino por el perito que, por ejemplo, reconoce la cantidad de alcohol o un cierto patrón genético en la sangre del imputado. Este criterio, basado en quién es el sujeto que ingresa efectivamente la información, permite distinguir los casos en que el imputado está amparado por esta garantía de aquéllos en los que no lo está.

Existe otra discusión respecto de ciertos casos en los cuales el imputado debe ingresar información que lo perjudica, por razones de fuerza mayor. Esto se ha planteado, por ejemplo, en los casos en que la mujer que se ha hecho practicar un aborto, en razón de la infección que se le produce por la práctica casera del tal operación, debe obligatoriamente ingresar al hospital y manifestar lo que le ha ocurrido para que la puedan curar, caso contrario su vida se vería en peligro. Creo que también aquí el criterio debe ser amplio: toda vez que la voluntad del imputado se encuentre menoscabada y por cualquier razón no pueda decidir libremente acerca de la información que le conviene o no ingresar al proceso, sea que tal menoscabo provenga de un acto directo del Estado o que provenga de casos de fuerza mayor como el citado o, inclusive, que provenga de actos anteriores del propio imputado, debe regir en todos los casos la garantía de no declarar contra sí mismo. Lo que se está protegiendo es la absoluta libertad del imputado para discernir acerca de la información que ingresa al proceso penal.

Esta garantía rige en todas las etapas del proceso. Tanto en los actos iniciales como en el desarrollo de las etapas preparatorias, en las etapas intermedias y, por supuesto, adquiere su mayor relevancia en la etapa del juicio, que es donde se produce la actividad probatoria por excelencia.

Vemos pues, a partir del conjunto de problemas que giran alrededor de esta garantía, que su sentido constitucional es el de fortalecer la actividad defensiva del imputado y, a su

vez, el objetivo de evitar que el provocar la confesión se convierta en uno de los objetivos del proceso penal. Estas dos grandes finalidades estructuran muy claramente el espíritu del proceso penal, en especial en las etapas de investigación. La principal afirmación que surge de estas garantías y de las que veremos a continuación es que el fiscal debe tratar de probar los hechos sin buscar y sin provocar la colaboración del imputado ni su confesión.

Históricamente, venimos de muchos siglos a lo largo de los cuales el proceso penal ha buscado la confesión como uno de sus objetivos más firmes, aunque casi nunca declarado. Esa práctica constante, debe quedar claro, no es admitida por la Constitución, hasta tal punto que se ha establecido expresamente, como una manifestación de la inviolabilidad del derecho de defensa, este derecho a no ser obligado a brindar información que le cause perjuicio, en el sentido más amplio posible.

Las reglas de principio que ahora estudiaremos son las que cumplen la misión de estabilizar el sistema: evitar que la meta de averiguar la verdad lo desequilibre, al ser cumplida aun a costa del ser humano individual y de cierto ámbito de privacidad que le garantiza el Estado de Derecho.

La síntesis del funcionamiento de esta colisión de principios es obvia si se sigue la explicación general: la averiguación de la verdad, como base para la administración de justicia penal, constituye una meta general del procedimiento, pero ella cede, hasta tolerar la eventual ineficacia del procedimiento para alcanzarla, frente a ciertos resguardos para la seguridad individual que impiden arribar a la verdad por algunos caminos posibles, reñidos con el concepto del Estado de Derecho. Según se advierte, se trata de convertir un principio absoluto en uno relativo, pues reconoce principios superiores que, en ocasiones, hasta lo anulan, v. gr., cuando, en el caso, entran en conflicto o colisionan con aquél. Intentaremos, a continuación, fijar esos límites.

2. El imputado como órgano de prueba

Cabe esperar que la persona a quien se persigue penalmente sea una de aquéllas que más conoce sobre el acontecimiento que se investiga, objeto del procedimiento. En el procedimiento penal, se trata siempre de la imputación de un comportamiento humano, propio del imputado, acerca del cual nadie mejor que él conoce si la afirmación es cierta o incierta. Por lo demás, si la imputación es cierta, al menos parcialmente, él es el mejor medio de información con que se cuenta, y, si es errónea, nadie mejor que él para desbaratarla.

Y, sin embargo, no es posible *obligarlo a brindar información* sobre lo que conoce; dependemos de su voluntad, expresada libremente y

verdad procesal; a la par de ello, esta exageración ha contribuido a borrar ciertas características de la tarea del tribunal judicial, imprescindibles para sostener su *imparcialidad* (falta de interés en la decisión del caso) y su arribo a la decisión con la menor cantidad de prejuicios; por lo demás, esa exageración se vincula con el desprecio absoluto por el valor material de la voluntad de los protagonistas del caso. Tal exageración se vincula con un punto de partida ingenuo: los jueces, funcionarios estatales para administrar justicia, por alguna razón oculta, que desconocemos, son las personas más aptas, más idóneas y más objetivas (¡más justas!) para decidir el caso, al punto de que sus intervenciones materiales, al ofrecer o incorporar prueba *de oficio*, interrogar a los órganos de prueba o decidir cuestiones previas incidentalmente no revelan parcialidad alguna, ni siquiera cuando en la sentencia valoran esos elementos a favor de una u otra de las partes en conflicto.

sin coacción³⁴⁶. Ello es lo que expresa, muy claramente, la garantía que reza: "Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" (CN, 18) (*nemo tenetur se ipsum accusare*).

Ya la *Declaración de Virginia* (12/6/1876) mandaba que "nadie podrá ser obligado a dar testimonio contra sí mismo" (Sección 8).

Los pactos internacionales sobre derechos humanos han reconocido esta garantía. En particular, el *Pacto de San José de Costa Rica* (*Convención americana sobre derechos humanos*), art. 8, n° 2, g: "g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable"; el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 14, n° 3: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho... a las siguientes garantías mínimas:... g) no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable". Se debe también agregar la anatematización internacional de la tortura y los malos tratos, objeto de una convención específica, que también descalifica esos métodos de investigación. Todas estas convenciones no sólo fueron ratificadas por nuestro país sino que, además, hoy han sido incorporadas a la Constitución nacional (75, inc. 22), con ocasión de su reforma reciente (1994).

Las constituciones provinciales ratifican este principio: limitan su operatividad, casi siempre, al ámbito penal o al procedimiento penal, y la extienden, regularmente, al cónyuge y a ciertos parientes próximos: Catamarca, 29; Córdoba, 40; Corrientes, 11; Chaco, 17, III; Chubut, 27; Formosa, 17; Jujuy, 23; La Rioja, 26, II; Mendoza, 26; Neuquén, 35; Río Negro, 8, II; Salta, 28; San Juan, 17; Santa Cruz, 22; San Luis, 26; Santiago del Estero, 19.

En nuestro Derecho constitucional, la garantía, prevista en una cláusula amplísima y sin limitaciones, comienza su historia ya en el año 1813, en el *Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica-Literaria*, art. 201: "Ningún ciudadano será obligado a declarar contra sí propio o confesar un crimen, ni se lo notificará para que diga en juicio lo que llanamente no conteste"³⁴⁷. En ese mismo año, el *Proyecto de Constitución de carácter federal para las Provincias Unidas de América del Sud*, atribuido al diputado artiguista Felipe Santiago CARDOZO y a las instrucciones de la Banda Oriental, cuyos diputados no se incorporaron a la Asamblea del año XIII, porque sus diplomas fueron rechazados, decía (art. 48): "Nadie será compelido en un caso criminal a delatarse a sí mismo". El texto actual de la Constitución Nacional proviene directamente del *Proyecto de Constitución de ALBERDI* (1852), art. 19 —"Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"—, que acogió a la letra la *Constitución de la Confederación Argentina* (1/5/1853), art. 18, y pasó sin modificación (salvo de puntuación gramatical) a la *Constitución de la Nación Argentina* (23/9/1860). La reforma de 1994 mantuvo intacto el texto de esta regla. La Constitución de la República de Costa Rica prevé el principio (art. 36): "*Declaraciones en materia penal*. En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad".

³⁴⁶ Cf. ESTRADA, *Derecho constitucional*, 2ª ed., t. I, p. 153.

³⁴⁷ Cf. SAMPAY, *Las constituciones de la Argentina*, XI, ps. 177 y siguientes.

No han existido dudas acerca de las consecuencias de esta garantía para el imputado, dentro del procedimiento penal:

I. *Facultad del imputado de abstenerse de declarar* (CPP Nación, 296 y 298; CPP Córdoba, 259 y 261; CPP Mendoza, 296 y 298; CPP Santiago del Estero, 196; CPP La Rioja, 267; CPP Salta, 296 y 298; CPP La Pampa, 275 y 277; CPP Corrientes, 293 y 295; CPP Entre Ríos, 291 y 293; CPP Santa Fe, 319; CPP Tucumán, 259 y 261; CPP Costa Rica, 276 y 278).

II: *Voluntariedad* de la declaración del imputado, que no puede ser eliminada o menoscabada por medio alguno que la excluya (administración de psicofármacos [“sueros de la verdad”] o hipnosis). Los instrumentos que registran reacciones inconscientes o reflejos condicionados (“detectores de mentiras” o polígrafos) integran normalmente el catálogo de los métodos prohibidos para el interrogatorio: sin embargo, ellos no suprimen la voluntariedad del acto sino que afectan la libertad de decidir aquello que se informa.

III. *Libertad* de decisión del imputado durante su declaración que no puede ser coartada por ningún acto o situación de coacción, física o moral (tortura o tormento, amenaza, juramento, cansancio, pérdida de la serenidad, cargos o reconvenciones, respuestas instadas perentoriamente tendientes a obtener alguna confesión), por la promesa ilegítima de una ventaja o por el engaño (preguntas capciosas o sugestivas), salvo que la coacción esté prevista específicamente en la ley (por ej., privación de libertad preventiva, CN, 18) y tal ley sea válida constitucionalmente (CPP Nación, 296 y 299; CPP Córdoba, 259, 262, párr. IV, y 263; CPP Mendoza, 296, 299, párr. IV, y 300; CPP Santiago del Estero, 198 y 199; CPP La Rioja, 269 y 270; CPP Salta, 296, 299, párr. IV, y 300; CPP La Pampa, 275 y 278; CPP Corrientes, 293, 296 y 297; CPP Entre Ríos, 291, 294 y 295; CPP Jujuy, 220 a 224; CPP Santa Fe, 319, párrs. II y III y 321; CPP Tucumán, 259, 262, párr. III, y 263; CPP Costa Rica, 276, 279, párr. IV, y 280³⁴⁸).

Sólo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de estas reglas, puede ser valorada ampliamente por los jueces para fundar sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si a la vez respeta las

³⁴⁸ La OPP de la RFA, § 136a, reglamenta minuciosamente los *métodos prohibidos del interrogatorio*.

demás reglas de garantía que la rigen (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación³⁴⁹). Observado el fenómeno desde el punto de vista negativo se debe concluir en que la declaración del imputado prestada sin atender a estas reglas no puede ser utilizada para fundar una decisión que lo perjudique y sólo es aprovechable en tanto lo beneficie. La consecuencia expresada no depende de la voluntad del imputado, ni de su protesta ante el vicio, pues, por tratarse de una garantía constitucional y de un defecto relativo a la participación del imputado en el procedimiento (CPP Nación, 167, inc. 3, y 168, II; CPP Córdoba, 185, inc. 3, y 186, II; CPP Mendoza, 173; CPP Santiago del Estero, 117; CPP La Rioja, 173 y 176; CPP Salta, 173; CPP La Pampa, 160; CPP Corrientes, 171; CPP Entre Ríos, 171; CPP Jujuy, 136; CPP Santa Fe, 164; CPP Tucumán, 185, inc. 3, y 186, II; CPP Costa Rica, 145, III, y 146, II) debe ser advertida, aun de oficio; se trata, por ello, de motivos absolutos de casación de la sentencia (vicio no convalidable), que, por otra parte, aparecen en toda su plenitud con su pronunciamiento, pues, o bien contribuyen a fundar la sentencia de condena, o bien resaltan la indefensión personal (oportunidad para que el imputado sea oído).

Si, a pesar del vicio (por ej., coacción para que declare), el acto, objetivamente, favorece al imputado (por ej., confiesa haber matado a la víctima, pero aclara que su comportamiento obedeció a una reacción frente a la agresión, proporcionando los elementos de prueba necesarios para reconstruir ese hecho: testigos) y, como consecuencia, la decisión es favorable a él (absolución) la valoración en ese sentido es inobjetable, cualquiera que sea la consecuencia jurídica aplicable a quien utilizó el medio prohibido para obligarlo a declarar o para que lo haga en un sentido determinado. En verdad, sólo basta la decisión favorable, pues ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador. Análogamente se debe decidir cuando, precisamente por el defec-

³⁴⁹ No se debe confundir esta afirmación con la posibilidad de valorar en la sentencia una confesión no prestada durante el debate, pero incorporada en él por la lectura de la declaración prestada durante la instrucción. Acerca de este problema, que no pretendo tratar en este momento, sólo diré que el acta de una declaración anterior del imputado, que se incorpora al debate por su lectura en virtud de la contradicción con la declaración que presta el imputado durante el debate, sólo sirve al objetivo de exigirle explicaciones y, en su caso, de valorar en la sentencia la declaración prestada en el debate, nunca para ser citada, directamente, como fundamento de la condena. Otra virtud de la validez de la declaración prestada durante la instrucción está representada por la cadena de elementos de prueba válidos que se hallaron en virtud de esa declaración, correcta jurídicamente.

to, el juez no valora el acto perjudicial en la decisión, siempre que el imputado haya tenido, prácticamente, la oportunidad de ser oído — por ej., durante el debate—, que presupone el derecho de abstenerse, la voluntad de declarar y la libertad de decisión durante el acto³⁵⁰.

La discusión ha girado alrededor de las formas prácticas que posibilitan cerciorarse acerca del resguardo de las exigencias mencionadas o, con otras palabras, que prevén la mejor manera para asegurar el funcionamiento efectivo de la garantía. Se trata de temas recurrentes entre nosotros: ¿puede la policía tomar declaración al imputado?, y, si puede llevar a cabo ese acto, ¿con qué exigencias y presupuestos?; en su caso, ¿qué valor tiene o cómo debe ser valorada esa declaración si es desfavorable para el imputado (eventual confesión)?; y, si fuera otro el caso, ¿se puede introducir esa declaración al procedimiento a través del testimonio de los policías que intervinieron? La historia zigzagueante de las respuestas a estos interrogantes fue objeto de un áspero debate, que aún perdura, en la provincia de Córdoba, cuyo tribunal de casación afirmó o negó las preguntas cíclicamente, tomando así posición sobre la necesidad de extremar los recaudos formales para garantizar la libertad de decisión del imputado durante su declaración³⁵¹. La Corte Suprema de la Nación también ha vacilado; a pesar de que, conforme a los arts. 316 y 321 del CPCrim. nacional (1889), sólo reconocía valor de *confesión* a la prestada ante una autoridad judicial (*Fallos CSN*, t. 168, p. 52; t. 185, p. 75), pero permitía la incorporación al procedimiento de la prestada ante las au-

³⁵⁰ La frase pretende aclarar el equívoco en que incurren normalmente los jueces cuando retroceden a períodos ya cumplidos del procedimiento, so pretexto de la invalidez de algún acto, en especial, cuando deciden que la declaración indagatoria de la instrucción, por lesionar las reglas antes citadas, no puede ser valorada. Allí los jueces del debate, por citar un ejemplo, deben dictar sentencia sin valorar la declaración inválida, si, como es natural, le han dado oportunidad al imputado de declarar durante el debate.

³⁵¹ Las bases de esa discusión en NÚÑEZ, *CPP Córdoba anotado*, art. 190, nota n° 7, ps. 167 y ss.; art. 243, nota n° 2, ps. 215 y ss., y art. 390, nota n° 5, ps. 350 y ss., principal sostenedor como autor y como juez de la tesis que no admite la facultad policial de recibir declaración al imputado, ni tolera que ella se incorpore al debate, bien por su lectura, bien a través del testimonio de los agentes policiales que instruyeron el caso; cf. también sus propios artículos sobre el tema, que allí cita y, en especial, la jurisprudencia del tribunal de casación cordobés que menciona exhaustivamente. La polémica tuvo también fuero académico: el Instituto de Derecho Procesal Penal, que por ese entonces dirigía Alfredo VÉLEZ MARICONDE, programó una reunión sobre *Asistencia del defensor a la declaración indagatoria* (11/6/1963), cuyo relator fue Fernando DE LA RÚA: allí se confrontaron ambas tesis, incluso de la mano de la jurisprudencia contradictoria ("Cuadernos de los Institutos", Córdoba [Arg.], 1963, n° 75, ps. 169 y ss.). No es aventurado pensar que el CPP Córdoba (1970), 190, inc. 8, orientó la solución legislativa en el sentido de facultar a la policía a recibir la declaración del imputado, como resultado político de aquella polémica: Alfredo VÉLEZ MARICONDE, proyectista del CPP Córdoba (1939), y uno de los principales intervinientes en esa polémica, fue también quien proyectó las reformas de 1970, y, sin embargo, como lo demuestra NÚÑEZ, en la obra aquí citada, la reforma tampoco terminó esa polémica, ni la minoró.

toridades policiales y su valoración como indicio o presunción (*Fallos CSN*, cits., y t. 210, p. 671; t. 211, p. 1400; t. 213, p. 417); a ello se sumaba el apego de la Corte por trabajar sobre la base regulativa del CPCrim. nacional (1889) —en materia de garantías constitucionales!—, realidad que provocaba una adhesión al formalismo del sistema de prueba legal: detrás de una confesión, judicial, policial o, incluso, privada, no existe más que el reconocimiento del hecho y de la participación del imputado en él, razón por la cual no existe diferencia alguna cuando se la trata como tal o como indicio o presunción; en todo caso se la utiliza para fundar una condena. Nunca una variación del nombre con el cual se conoce a un instituto puede significar una variación de su contenido; a la inversa, institutos que ostentan el mismo nombre pueden mentar, en contextos diversos, distintas realidades.

Sin embargo, honesto es reconocer que, en la historia moderna de la jurisprudencia argentina, en la causa "Francomano Alberto Daniel s/inf. ley 2.840; recurso de hecho", la Corte Suprema dictó una sentencia trascendente el 19 de noviembre de 1987, cuyo efecto docente debió ser similar al célebre caso de la Corte Suprema de los EE.UU., "Miranda v. Arizona", citado expresamente en la sentencia de nuestra Corte³⁵². Allí nuestra Corte expresó que la confesión de la acusada ante funcionarios policiales, no verificada posteriormente en el procedimiento judicial por las vías que según él corresponde, carece de todo valor probatorio, inclusive a título de un indicio, conforme a la CN, 18, pues de él deriva la necesidad de asegurar por medios prácticos el derecho a no autoincriminarse. El voto de dos de los jueces de la Corte, Enrique S. PETRACCHI y Jorge A. BACQUÉ, va aún más allá, pues indica —*obiter dictum* o al efecto docente— la necesidad de la presencia del defensor en la declaración del imputado o, al menos, la prueba fehaciente por parte de la acusación de la voluntad libre del imputado de prestarla según su contenido, en ausencia del defensor, cuando esos extremos han sido negados durante el juicio por el imputado.

Para nosotros, desde el punto de vista práctico, la exigencia decisiva para asegurar que el acto de la declaración del imputado se lleva a cabo según las condiciones estudiadas, reside en la presencia del defensor y en la posibilidad de que él pueda conferenciar previamente con su defendido³⁵³, al menos antes de la declaración sobre el hecho. Ello ocurrirá así, ordinariamente, cuando el imputado se halle en libertad, razón por la cual la ley debe prestar atención especial al caso contrario, para exigir un tratamiento análogo.

Se discute también acerca de la utilización de ciertos medios científicos (psicofármacos, "sueros de la verdad", hipnosis, "detector de mentiras"), medios que anulan la voluntad o, al menos, la libertad de decisión (ver *supra*, D, 2, d). Luis JIMÉNEZ DE

³⁵² Cf. el fallo en "Doctrina Penal", 1988, ps. 128 y ss., con nota de HENDLER, *La declaración del inculpaado y un famoso precedente de los tribunales estadounidenses*, ps. 123 y ss., donde también puede observarse el contenido y las consecuencias del famoso fallo "Miranda". Cf. CARRIÓ, A. D., *Otra vez el tema de las confesiones policiales: ¿llegó Miranda a nuestro país?*

³⁵³ El CPP Córdoba, 258, y el CPP Tucumán, 258, erigen a la presencia del defensor en la declaración del imputado en condición necesaria para la validez del acto: mejor el CPP Tucumán, que claramente observa que esa declaración "carecerá de eficacia probatoria" en contra del imputado, al remitir a la regla de exclusión (art. 194); el CPP Nación, 197, I, prevé la entrevista previa a la declaración entre defensor y defendido.

ASÚA³⁵⁴ ha presentado el problema con su característica erudición; referida su exposición, sobre todo, al *narcoanálisis*, pero comprensiva, también, de otros medios análogos, se destaca en su obra todas las meditaciones y discusiones que el problema suscitó, inclusive de la mano de los escasos ejemplos prácticos de aplicación judicial, debatidos públicamente, entre ellos, el caso que sucedió en nuestro país ("Saldívar, Lisandro", Buenos Aires, 1949) y que provocó pronunciamientos públicos. La gran mayoría de los dictámenes de médicos y juristas es de opinión contraria a la aplicación de estos métodos en el proceso penal, sobre todo cuando se trata de la investigación del hecho y de su autor o partícipe en él, por vía de la revelación del imputado o de testigos (narcoanálisis en contraposición a narcodiagnóstico). Ejemplo de ello, entre nosotros, el propio JIMÉNEZ DE ASÚA³⁵⁵, el más reciente trabajo de Jorge Raúl POVIÑA³⁵⁶ y las reacciones que provocó el caso antes citado³⁵⁷. Torna aun más interesante el problema el hecho de que esta opinión general se extiende también al caso de que el imputado *consienta* la aplicación del método libremente y, más allá aún, al caso en el cual él mismo pide su aplicación (así en nuestro caso "Saldívar"), precisamente para demostrar su inocencia en supuestos excepcionales, en los cuales toda la prueba posible apunta hacia él y no hay otro modo de desvirtuarla.

Empero, como apunta bien JIMÉNEZ DE ASÚA, las opiniones vertidas sobre el tema, si bien valiosas, ordinariamente no han argumentado eficientemente, por cierta confusión de categorías, proveniente de no clasificar correctamente los diferentes casos de aplicación de estos métodos. Un ejemplo grueso de ello está representado por la advertencia de que el rechazo se produce, unas veces por ineficacia del método, desde el punto de vista de la ciencia empírica (biológica y psicológica) y, otras, porque el método mismo, aun suponiéndolo eficaz, implica ejercicio de la coacción, inadmisibles en el procedimiento penal (lesión a la dignidad humana), o, en ocasiones, por ambos argumentos a la vez. Un ejemplo más sofisticado de la confusión, pero igualmente importante, es aquel que, erróneamente, trata el problema en forma genérica, identificando los casos en los cuales el método se utiliza para la *diagnosis* del perito (por ej., hipnosis o narcodiagnosis para indagar sobre una posible alteración mental que demuestre la inimputabilidad o una grave disminución de la capacidad de culpabilidad) con aquellos en los cuales sólo se trata de que el imputado transmita lo que conoce (hipnosis o narcoanálisis para la declaración judicial); allí se confunde al imputado como órgano de prueba y como objeto probatorio, o, dicho de otra manera, se confunde al sujeto (procesal) de derechos y facultades con el imputado como objeto de investigación. Desde este punto de vista, cuando se problematiza acerca de la relevancia que adquiere el método para el principio jurídico que estudiamos, lo primero que debemos colocar a un costado es la efectividad del método para lograr el fin propuesto, tarea propia del experto científico, pues es claro que, si el método es calificado como ineficaz para afirmar, con algún grado de certeza, la verdad de una proposición, el medio

³⁵⁴ *Tratado de Derecho penal*, t. IV, n° 1462 y ss., ps. 693 y siguientes.

³⁵⁵ *Tratado de Derecho penal*, t. IV, p. 715.

³⁵⁶ *Las confesiones penales avoluntarias e involuntarias ante el Derecho constitucional*.

³⁵⁷ Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, ps. 707 y ss.; POVIÑA, *Las confesiones penales avoluntarias e involuntarias ante el Derecho constitucional*, p. 672.

de prueba es inútil y, por tanto, inadmisibles. De tal manera, suponiendo, como presupuesto, que estos métodos sean eficaces o, por lo menos, que futuros descubrimientos o nuevas técnicas científicas los tornen eficaces —a ellos o a otros métodos³⁵⁸—, la primera cuestión consiste en deslindar su uso para diagnosticar (admitido, como en la práctica científica usual), de su utilización como forma de obtener del imputado —análogamente, de cualquier órgano de prueba— una versión sobre lo sucedido o sobre aquello que conoce. En un ordenamiento jurídico liberal como el nuestro, presidido por el principio estudiado, no parece existir la menor duda para afirmar que, en principio, todos éstos son *medios prohibidos para el interrogatorio* de cualquier órgano de prueba, inclusive el imputado. La única pregunta posible reside en si, *con el consentimiento* de la persona a quien se aplica, es admisible, en consideración al principio, permitir su aplicación.

Aquí JIMÉNEZ DE ASÚA, quien rechaza su aplicación aun en esta hipótesis, no ha sido consecuente. Si, como lo postula, dejamos de lado prejuicios (mala práctica) y “maliciosas interpretaciones” y “procedemos con absoluta lealtad”, observaremos que el principio protege a la persona en tanto proporciona datos que operan *en su contra* en el procedimiento. De tal manera, aun aplicado el método de manera inadmisibles (por ej., sin su consentimiento), si el resultado es un dato que lo favorece (por ej., quien sufre amnesia indica dos testigos que saben que no ha tomado parte en el hecho), el elemento de prueba que de allí surge no sólo puede, sino que debe ser valorado para su beneficio. De otra forma no sólo se atentaría contra la letra del principio —*contra sí mismo*—, sino que, antes bien, se haría caso omiso de su razón de ser: las garantías no pueden ser utilizadas en perjuicio del imputado. Bruscamente, cuando se trata de analizar el caso del uso consentido del narcoanálisis por quien sufre su aplicación, *en su beneficio*³⁵⁹, el autor citado varía el sentido de su exposición, argumentando ahora alrededor de la ineficacia del método para obtener respuestas seguras, desde el punto de vista científico, y de las manipulaciones prácticas a las que podría dar lugar su aplicación. Ello resulta raro en él que, con mayor conocimiento del que dispongo, ha defendido estos métodos como efectivos desde el punto de vista médico.

El meollo del problema fue bien resuelto por el socialista español, que él parafrasea para rechazar su opinión (el abogado exiliado Miguel PEYDRO), quien, con razón, aprobó la legitimidad del uso “cuando con fines nobles y por métodos perfectamente correctos y controlados con honestidad se trata de hacer un bien...”, como “cuando se trata de impedir la condena del inocente, la comisión de irreparables errores judiciales...”. He aquí situado el único punto que interesa debatir: suponiendo la eficacia del método para alcanzar la verdad, si el imputado pide su aplicación expresamente, como único modo de defenderse de una imputación cuyos signos exteriores no puede contrarrestar de otro modo, ¿se aprobará esta manera de proceder o será rechazada? Supóngase un amnésico encontrado al lado de un cadáver, objeto claro de un homicidio. El mismo JIMÉNEZ DE ASÚA relata un caso de revisión de

³⁵⁸ Ej.: en la época que esta discusión se suscitó no se conocía el método genético para determinar la ascendencia o descendencia de una persona con una probabilidad que, jurídicamente, representa la certeza; hoy, en cambio, esos métodos son conocidos y determinantes de la investigación sobre la filiación natural.

³⁵⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, ps. 714 y siguientes.

una sentencia condenatoria debido a la aplicación de uno de estos métodos al interrogatorio de la condenada³⁶⁰.

El punto de conflicto, entonces, se ubica, precisamente, en el *consentimiento* del imputado —quizás en su pedido expreso— para utilizar un método con base científica, ordinariamente permitido y utilizado por la práctica científica para lograr fines valiosos. Nuestra solución, sintéticamente expuesta, admite la utilización de estos métodos, siempre que lo requiera el propio imputado, con información suficiente sobre sus derechos y asistencia técnica previa obligatoria (deliberación con su defensor), y que el método sea autorizado científicamente y ordinariamente utilizado en el tráfico social (permitido), en casos extremos, en los cuales resulte prácticamente imposible obtener la información por otro medio; el acto, sujeto a autorización judicial, debe perseguir como único fin tornar viable la defensa del imputado (la demostración de su inocencia o de una circunstancia favorable a él), que se frustraría de evitarse la aplicación de esa técnica, y, por ello, sólo consiente como resultado una valoración única *a favor del imputado*, prescindiendo de la que le sea desfavorable. Todo ello implica una regulación procesal minuciosa y complicada, sobre todo para impedir que la información desfavorable llegue al juez que debe valorar el acto en una decisión e influya psicológicamente en él. Por eso postulamos, como en el caso de la apertura de correspondencia o en su similar de la interceptación de comunicaciones, la valoración previa del juez que autorizó la medida, quien decidirá acerca de si la información obtenida ingresa al procedimiento o se prescinde de ella (en este caso, consignando sólo que no se obtuvo resultado alguno) y no intervendrá más en el procedimiento o no integrará el tribunal llamado a decidir sobre el caso. De todos modos, como se trata de la utilización de métodos técnicos o científicos y, por ende, de la interpretación de sus resultados, el acto se debe calificar como una peritación y no reúne las características de la declaración del imputado (falta de conciencia, de voluntad o utilización de su inconsciente)³⁶¹. Mejor aún se regularía la incorporación de los resultados de la peritación al procedimiento si, obtenidos esos resultados, son presentados al imputado y su defensor, quienes deciden acerca de su incorporación y, en caso de decisión negativa, el perito consignara que no fueron obtenidos resultados valiosos, sin alusión a la decisión defensiva.

Cabe advertir que el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (ahora incorporado a la CN, 75, inc. 22), art. 7, no prohíbe recurrir a estos medios si se cuenta con el consentimiento libre del interesado: "... nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos". La regla cobra importancia porque su contenido principal se refiere a la prohibición de la tortura y los tratos crueles o degradantes.

Las dudas sobre la aplicabilidad de la regla de garantía que prohíbe la coacción para obligar a declarar contra sí mismo aparecen, pre-

³⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, p. 705.

³⁶¹ Un resumen de la discusión del problema en la dogmática alemana —tradicionalmente adversa a la incorporación del método, aún con consentimiento del imputado— en FRISTER, *Der Lügendetektor - Zulässiger Sachbeweis oder unzulässige Vernehmungsmethode?*, n° 2, ps. 303 y siguientes.

cisamente, fuera del procedimiento penal, cuando se trata de extender su operatividad a situaciones que no implican la persecución penal ya promovida o el peligro de verse perseguido penalmente. Las dudas han surgido, cuando, por ejemplo, se trata de la declaración de una parte en un procedimiento distinto del penal —civil, comercial, laboral, contencioso-administrativo—, de la declaración de alguien que no ha sido imputado, que es preguntado en un procedimiento penal o distinto del penal sobre un aspecto que compromete su posible persecución penal, o, también, cuando, sin correr el riesgo referente a una persecución penal, sí lo corre respecto de otro interés que se ve perjudicado o se puede ver perjudicado³⁶².

La Corte Suprema siempre ha dicho que “la garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra sí mismo sólo rige en materia penal” (*Fallos CSN*, t. 238, p. 416; t. 240, p. 416; t. 253, p. 493; t. 259, p. 287). El principio sentado, sin embargo, no significa aclarar que sólo rige en el procedimiento penal —aunque, teniendo a la vista los hechos de los casos resueltos, ésta parece una deducción correcta—, ni aclara todos los casos posibles: de nuestra enunciación anterior se desprende que una persona, llamada a declarar en un procedimiento distinto del penal, obligada o no obligada a decir verdad, puede autoincriminarse o, al menos, dar pie, con sus afirmaciones, a una persecución penal; por lo demás, en el mismo procedimiento penal, una persona que no ha sido imputada, llamada, por ejemplo, a declarar como testigo o a informar como perito, puede también arriesgar su propia persecución penal. Obsérvese la solución de nuestra Corte Suprema, en *Fallos CSN*, t. 227, p. 63, que declara incompatible con la máxima de la defensa en juicio el hecho de recibirle declaración testimonial al imputado.

Piénsese, por ejemplo, en un testigo que, para decir verdad acerca de lo que se le pregunta debe confesar un adulterio —cuando el adulterio era un delito penal—, ya sea lla-

³⁶² Los autores no parecen intuir las clases diferentes de casos generales que interesan a la regla o están vinculados con ella. Cf. CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, t. I, n° 190, p. 260, quien admite la limitación a la “materia penal”, pero indica que “no rige solamente con respecto al imputado, aun cuando aquí tenga su mayor campo de aplicación; se extiende a cualquier persona que sea llamada a declarar en materia penal, como en determinados casos podrían ser los testigos o peritos”. PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. IV, n° 452, p. 507, nota n° 41, toma a su cargo el problema al referirse a la absolucón de posiciones en el procedimiento civil, repitiendo la doctrina de la Corte Suprema que más adelante citamos, pero limita exageradamente el principio al dar la razón de ella: “... pues dicha garantía sólo tiende a proteger al imputado en el proceso penal”; por ello, nada imagina cuando, más adelante, examina la posibilidad de abstenerse de declarar en otros órganos de prueba (n° 473, b, p. 594). Han advertido claramente las distintas clases de casos en relación a la garantía, aun excluidas la figura del imputado y el hecho del procedimiento penal, los autores de Derecho penal, al tratar el delito de falso testimonio: Cf. SPOLANSKY, *Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, falso testimonio y culpabilidad*; SPINKA, *La exención de declarar contra sí mismo y la capacidad para ser testigo*. Por lo demás, éste no parece ser un problema particular de nuestro Derecho, pues se discute en otros órdenes jurídicos sobre el alcance del principio; como ejemplo, cf. DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, p. 1.

mado en un procedimiento civil (por ej., divorcio por adulterio), o en un procedimiento penal (el testigo, amante de la esposa de la víctima, preguntado por lo que sucedió en la casa del matrimonio).

El caso común de la llamada *absolución de posiciones* o *prueba de confesión* en un proceso civil, conflictivo aparentemente con este principio, en tanto se tiene por confeso de las posiciones presentadas a quien no las absolvió, por incomparecencia o por abstenerse de responder, ha sido mal entendido y mal clasificado en este contexto. En verdad, la *absolución de posiciones* representa una audiencia obligatoria para las partes de un proceso de Derecho privado (en el que son discutidos intereses regidos por el principio de la autonomía de la voluntad y, por tanto, disponibles para las partes), con fines de autocomposición del pleito; el acto sirve al fin de designar aquellos hechos verdaderamente controvertidos y aquellos que no lo son y que, por tanto, deben quedar fuera de la discusión, salvo irracionalidad o prueba en contrario. Entendido así, el acto pierde el carácter de medio de prueba, y se comprende la obligación de concurrir y absolver cada posición como carga impuesta a quien demanda o a quien es demandado. Así se comprende también por qué esa regulación no es compatible con el proceso penal, y menos aún referida al imputado (como, textualmente, lo decía el CPCrim. nacional [1889], 470), pues los intereses que ventilados en ese proceso no son, regularmente, disponibles (el imputado no puede autocondenarse o determinar su propio castigo por aceptación, total o parcial, de la imputación).

Según se ha podido observar, nadie discute que el ámbito principal de operatividad del principio es el procedimiento penal y, específicamente, la declaración del imputado en él. De allí que se designe al imputado —aunque, si se observa bien, incorrectamente— como sujeto incoercible del proceso penal³⁶³. Sin embargo, se ha visto también, conforme a la multiplicidad de situaciones posibles, que una correcta inteligencia del principio no puede limitar su aplicación al ámbito de un procedimiento penal ya promovido, ni a la situación procesal de haber sido indicado en él como partícipe en el hecho punible objeto del procedimiento.

³⁶³ Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, n° 302 y ss., ps. 497 y ss. En verdad, sobre el imputado se puede ejercer, legítimamente, las medidas de coerción que permiten la ley y la Constitución (art. 18) —v. gr., las privativas de libertad—, pero ninguna de esas medidas puede tener como finalidad el obligarlo a declarar, ni, por tanto, se puede utilizar con ese sentido (cf. DE LA RÚA, *Proceso y justicia*, § 17, VI, 2, ps. 265 y siguiente). De allí que la incomunicación, que admiten las leyes procesales, no se pueda fundar en la necesidad de obtener una versión verídica por parte del imputado; cf. al respecto, Constitución de Neuquén, art. 35, cuyo texto expresa a la letra esta idea. Cf. la opinión de ODERIGO, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., 1973, ps. 473 y s., quien, al parecer, admite a la *originalidad* de la versión que proporciona el imputado como uno de los fines de la incomunicación. Claro es que, llegados a este punto —la incomunicación no puede servir para obtener información verídica del imputado— la pregunta política se transforma: ¿tiene sentido permitir la incomunicación?

Se debe aclarar, por fin, que la garantía sólo ampara a una persona como sujeto u órgano de prueba, esto es, como quien, con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. No la ampara, en cambio, cuando ella misma es objeto de prueba, esto es, cuando es objeto investigado, como cuando, por ejemplo, se extrae una muestra de sangre o de piel, o se lo somete a un reconocimiento por otra persona³⁶⁴, actos que no consisten en proporcionar información por el relato de hechos, circunstancias o acontecimientos, y para los cuales no es necesario el consentimiento de la persona afectada, que puede ser forzada, en principio, al examen. Las limitaciones de la fuerza a emplear, para tornar posible el examen, emergen de otros principios (prohibición de poner en peligro la vida o la salud) o de la misma naturaleza del acto (imposibilidad de obtener un texto escrito del imputado con fines de cotejo en una peritación, sin su participación voluntaria).

3. Supresión de los tormentos

La tortura o el tormento fueron, durante el reinado de la Inquisición, métodos habituales y legítimos de indagación y prueba en el procedimiento penal³⁶⁵. Nuestra Constitución, siempre respetuosa de su origen ideológico-político³⁶⁶, declara que “quedan abolidos para siempre... toda especie de tormento” (art. 18). Con ello ha querido eliminar absolutamente, de manera específica, este método de investigación, otrora aplicado no sólo al imputado sino también a otros órganos de prueba —incluso a niños³⁶⁷—, que consiste en coaccionar psíquicamente a una persona, mediante la amenaza de sufrimientos físicos o su sufrimiento efectivo, para que revele lo que supuestamente conoce. La tortura o el tormento no fueron exclusivamente métodos auxiliares para la investigación de la verdad, sino también penas y formas generales de vencer la voluntad de una persona para lograr que

³⁶⁴ Fallos CSN, t. 255, p. 18, con cita de la jurisprudencia y doctrina de los EE.UU. de América, en el mismo sentido.

³⁶⁵ Cf. TARRÍO-HUARTE PETITE, *Torturas, detenciones y apremios ilegales*, cap. I, 4, ps. 13 y ss.; DE LA RÚA, *Un fallo sobre la confesión y la tortura*, I y II, ps. 225 y siguientes.

³⁶⁶ Cf. por todos los iluministas, BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XVI, “Della Tortura”, en *Opere*, ps. 62 y ss. (versión castellana de Tomás y Valiente, *De los delitos y de las penas*, XII, “De la tortura”, p. 95).

³⁶⁷ El acto tercero de *Fuente Ovejuna*, de LOPE DE VEGA, a partir de la escena X, constituye un buen ejemplo de la época; ver, en ps. 165 y ss., el tormento aplicado a niños y a mujeres.

culpables..." (inc. 8º) y "... Usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad..." (inc. 9º).

Quizás también no por casualidad, en esos casos las preguntas que la policía le dirija a los imputados para constatar su identidad, deben estar precedidas de la lectura de una serie de derechos, con algunas semejanzas a las célebres advertencias de "MIRANDA".

En suma, lo que postulo es lo siguiente. Cuando la policía ha detenido a un individuo, cualquier manifestación incriminatoria de éste posterior a la detención, para ser constitucionalmente válida, debería ser sometida a un *test* mucho más exigente que el de la mera ausencia de coacción.

Para ser coherentes con las normas procesales en vigencia y la rica historia acerca de los abusos a que condujo darle a la policía amplias facultades de interrogación, sólo aceptaríamos como válidos los dichos incriminatorios de un detenido bajo la órbita policial a condición de que:

1. Este haya sido suficientemente alertado por la policía de que goza del derecho constitucional de no contestar ninguna pregunta a la policía, ni siquiera las destinadas a constatar su identidad.
2. El imputado sepa que será llevado inmediatamente ante el juez para que preste allí la declaración que desee, previo a lo cual podrá entrevistarse con un abogado.
3. La policía no transforme su derecho a indagar acerca de la identidad del detenido en un verdadero interrogatorio sobre los hechos motivo de la detención.
4. Quede a cargo del Estado la demostración de que todos estos principios han sido observados, para poder "utilizar" en contra del imputado cualquier dicho que lo incrimine vertido durante su detención policial, sea que esa utilización esté dada por la confesión misma del imputado, o por los dichos del policía que la escuchó.

Una interpretación tal sería a mi entender consistente con el propósito que subyace a las últimas reformas procesales en la materia, y que es el de humanizar aspectos críticos del enjuiciamiento penal y

— § 43 —

Inspecciones corporales y otras medidas de "utilización" del imputado

Conectada con la garantía en examen existen una serie de cuestiones sobre las que no hay hasta la fecha mayor elaboración jurisprudencial. Ellas tienen que ver con las facultades policiales o judiciales para "utilizar" el cuerpo del imputado con el objeto de avanzar en una investigación u obtener a partir de allí evidencias. Por ejemplo, la obtención de huellas dactiloscópicas, un mechón de su pelo o la extracción de sangre. La cuestión, en cambio, ha recibido atención por parte de la doctrina⁷¹.

a — Los casos relevantes**1 — Extracción de sangre para dosaje alcohólico**

En el caso "ARANGUREN"⁷², se sentó el criterio de que la extracción de sangre a los efectos del dosaje de alcohol constituye un medio de investigación lícito, que puede ser cumplido aun contra la voluntad del imputado. El Tribunal actuante hizo notar que *el procesado está sujeto a la revisión corporal, de modo no sólo pasivo sino también activo*, agregando que esa revisión puede ser hecha *aun en contra de su voluntad cuando el examen médico, realizado por persona idónea no conlleva un peligro para su persona*.

2 — Administración de enema

Una cuestión de características más dramáticas se planteó en el caso "ALVAREZ"⁷³. El procesado Alvarez fue detenido en un hotel cén-

⁷¹ Un muy completo análisis de la cuestión, con variadas menciones de Derecho estadounidense y alemán puede verse en el trabajo de García - Rojas, *Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad*, en "Doctrina Penal", 1991, ene.-jun., año 14, n° 53/54, p. 183. Ver igualmente el trabajo de Gullco, *¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?*, en "Doctrina Penal", 1989, p. 117.

⁷² Resuelto por la Cámara Criminal y Correccional por su Sala I, JA, 1992-III-23.

⁷³ Resuelto por la Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Capital, por su Sala I, LL, 1989-B-512, con comentario de Claudia López y Adrián Tenca.

trico inmediatamente luego de su arribo desde Ezeiza, tras su viaje desde Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. De allí fue trasladado a un hospital por personal policial, junto con un testigo y un médico legista. En el hospital le sacaron una placa radiográfica que, al parecer, reveló la existencia en sus intestinos de numerosas cápsulas que luego se determinó contenían 600 gramos de clorhidrato de cocaína.

Según el relato de los hechos contenido en el voto del doctor Hender, durante su permanencia en el hospital, Alvarez fue sometido a tratos altamente vejatorios. Así, fue sentado en un inodoro e instado por los funcionarios policiales a evacuar sus intestinos. Luego de largo rato el imputado aceptó se le suministrara un enema, firmando un acta en la cual se decía que ese consentimiento se prestaba "por nerviosismo". El enfermero que le aplicó el enema refirió a su vez que Alvarez hacía esfuerzos para evitar la evacuación. Finalmente ésta se produjo, pudiéndose así recuperar las sustancias en cuestión.

Durante el proceso la defensa planteó la nulidad del procedimiento que culminó con la obtención de las sustancias incriminatorias. Entre otras cosas, sostuvo que la policía debió haber advertido al procesado acerca de la naturaleza incriminatoria de la prueba que de él se obtendría. Alvarez fue condenado por contrabando de estupefacientes a una pena de prisión. Su apelación llegó a la Cámara. En fallo dividido la Cámara confirmó. El vocal preopinante sostuvo que no era necesaria ninguna advertencia previa al procesado, puesto que con su voluntad "sólo se anticipó lo que la naturaleza cumpliría de todas maneras, y que en todos los casos daría como inexorable resultado la expulsión de las cápsulas en cuestión". En base a ello entendió que no existía violación al principio constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo.

Esta garantía, argumentó, se basa en la invalidación de cualquier medio coercitivo que venza la voluntad del individuo de mantener silencio, pero en el caso *la voluntad del procesado ... no podría evitar en modo alguno que tarde o temprano la naturaleza culmine evacuando el contenido de su cavidad intestinal, pues dicho proceso no se encuentra dirigido por el ser humano, e inexorablemente ocurrirá en algún momento más allá de la propia voluntad.*

Luego de sentar este principio, el voto que comento analizó la validez de las requisas corporales, cuando éstas se cumplen con orden judicial. Dijo así que *el acto que se adelantó o anticipó se encuentra*

dentro de la esfera de intimidad (protegida) ... en el art. 19 de la Constitución, y que la inviolabilidad del derecho a la intimidad sólo puede ser renunciada libremente por el interesado. Por tal circunstancia estimo que ninguna orden judicial puede disponer la requisita del cuerpo humano, ... por ejemplo ordenando la colocación compulsiva de un enema, cuando el consentimiento del interesado no autorice semejante avance sobre su intimidad.

Yendo ya a la solución del caso, se entendió que el procesado había efectivamente prestado su consentimiento "sin formular reparo alguno", y de esa manera "voluntariamente autorizó y renunció a su esfera de intimidad".

El voto precedente abre varios interrogantes. Obviamente, resulta muy difícil compartir la conclusión de que éste fue un caso de consentimiento prestado libremente. Los hechos, creo, son reveladores de que ese "consentimiento" se obtuvo de manera totalmente forzada por la situación.

Pero al margen de ello, no queda claro si lo que se está sosteniendo es que en materia de inspecciones corporales una autorización judicial para efectuarla jamás podrá suplir el consentimiento del imputado, o si ese principio es sólo aplicable a casos extremos como el presente. Vale decir, una cosa es afirmar que una medida de tanta intromisión en la intimidad como es la colocación de un enema sólo procede con autorización del interesado, sin que esa autorización pueda ser suplida por orden judicial. Otra, de consecuencias más vastas, es decir que las inspecciones corporales *en general* requieren de dicha autorización como único e ineludible recaudo para su legalidad. Con este último criterio medidas menos vejatorias —y más frecuentes— como extracción de sangre u obtención de un mechón de pelo, podrían considerarse como comprendidas por la referida limitación. El lenguaje utilizado en el fallo, a mi entender, no permite concluir cuál de las dos interpretaciones es la que se ha querido consagrar.

También ofrece dudas el principio de que la garantía contra la autoincriminación no juega en casos en que se trata tan solo de adelantar un proceso fisiológico que la naturaleza misma se encargará de cumplir. Lo mismo podría decirse de la extracción de orina o de la obtención de un mechón de pelo, ya que orinar o perder gradualmente al menos parte del cabello son hechos que la naturaleza se encargará de que ocurran tarde o temprano.

La cuestión no es, a mi entender, si esos hechos han o no de ocurrir alguna vez, sino si es constitucionalmente admisible “forzar” a un individuo a que los mismos tengan lugar *en el momento en que la policía o un juez lo desean*.

El voto en disidencia del doctor Hendler ofrece una distinta perspectiva para despejar algunos de estos interrogantes. Por lo pronto, el citado camarista descartó que se estuviese ante un caso de consentimiento válido. Citó al respecto la doctrina del caso “RAYFORD”⁷⁴, en el sentido de que el consentimiento debe ser prestado “de manera que no queden dudas acerca de la plena libertad del individuo”. Con este criterio, parece claro que la manera en que Alvarez prestó su consentimiento ofreció unas cuantas dudas al respecto. Así, este voto hizo notar que todo el procedimiento fue cumplido sin la debida comunicación al juez de la causa, y que Alvarez había estado durante todo el lapso de la actuación policial privado de su libertad y sin asistencia legal, lo que permitía hablar de una “situación coactiva”. Luego se analizó la cuestión de que una orden judicial para una requisita corporal pueda suplir la falta de autorización del imputado. El doctor Hendler entendió que esa orden sería válida, a condición de que la requisita corporal de que se trate no tenga connotaciones “particularmente humillantes” y se efectúe con suficiente “resguardo del pudor individual”, recaudos a su entender ausentes en este caso.

Por último, con cita de precedentes de la Corte Suprema estadounidense, se habló de “la razonabilidad de las sospechas de los funcionarios puesto que, precisamente, el resguardo personal que entra en juego exige una cuidadosa ponderación de las autorizaciones para practicar esa especie de requisas corporales”.

Todas estas consideraciones llevaron al doctor Hendler a concluir que *no pueden entenderse satisfechos los requisitos del debido proceso legal que consagra el art. 18 de la Constitución*.

3 — Extracción de sangre para estudio genético y de histocompatibilidad

Una de las tantas consecuencias negativas del método empleado por las Fuerzas Armadas en la lucha contra la subversión, fue la apa-

⁷⁴ CSJN-Fallos, 308:733.

rición de procesos donde debió investigarse si menores de edad aparentemente adoptados, no eran en verdad víctimas de una apropiación y posterior supresión de estado civil, por tratarse de niños nacidos de padres en cautiverio. En el marco de esos procesos algunos jueces optaron por disponer exámenes de sangre para la realización de estudios genéticos y de histocompatibilidad, tanto respecto del menor como de sus supuestos padres. Estos últimos se negaron a cumplirlo, invocando derechos constitucionales a la privacidad e intimidad, e incluso la garantía contra la autoincriminación.

El caso "*H.G.S. YOTRO*", resuelto en definitiva por la Corte⁷⁵, es ilustrativo de este dificultoso problema. Allí la decisión del juez de ordenar la extracción de sangre del menor y de sus padres fue objeto de apelación por estos últimos. La Corte se pronunció en favor de la validez de la medida, con utilización de los siguientes fundamentos.

Por lo pronto, el Alto Tribunal descartó que se estuviese transgrediendo la garantía contra la autoincriminación contemplada en el art. 18 de la Const. Nacional. Con cita del caso "*CINÇOTTA*"⁷⁶, que como vimos se refirió a la cuestión del reconocimiento en rueda de presos, dijo que: *... desde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos—como el de autos—en que la evidencia es de índole material (ver considerando 9°).*

Analizando ya las otras impugnaciones de los apelantes, la Corte hizo notar que el estudio ordenado guardaba relación directa con el objeto procesal de la causa, siendo el mismo conducente para el esclarecimiento del hecho investigado, y no excedía los límites del proceso en el que fue dispuesto.

También hizo notar que el magistrado había dispuesto previamente el llamado a declaración indagatoria de los padres del menor, por sospecharse que habían recibido a este último contra el pago de una suma de dinero. Estas circunstancias, señaló la Corte, permiti-

⁷⁵ CSJN-Fallos, 318:2518; LL, 1996-B-434, ED, 158-443.

⁷⁶ CSJN-Fallos, 255:18.

tían distinguir este caso del precedente caso "MULLER"⁷⁷, citado por los recurrentes. En "MULLER", a raíz de actuaciones iniciadas por el delito de abandono de un menor, en las que sus padres adoptivos resultaron sobreesidos, se había pretendido de todas maneras efectuar un análisis de sangre del menor, ante manifestaciones de una persona que decía ser su abuelo genético. La Corte indicó entonces que los hechos del presente caso eran diferentes, pues aquí la negativa de los padres se dirigía a *obstaculizar una investigación criminal en la que ellos resultan imputados y el menor víctima*. En base a ello rechazó el agravio referente al derecho a disponer del propio cuerpo, en relación con la zona de reserva e intimidad. Por último, el Tribunal indicó que la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, realizada por los medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, no constituía una práctica humillante o degradante, y ocasionaba una perturbación ínfima en relación con los intereses superiores en juego⁷⁸.

b — Criterios y distinciones

En el caso "ARANGUREN" ya examinado se hace referencia a una cuestión sobre la que también han llamado la atención los doctrinarios⁷⁹. Se ha intentado así hacer una distinción entre los casos en que se pretende convertir al imputado en "un sujeto activo de prueba" (obligarlo a que declare, o a que haga un cuerpo de escritura), de aquéllos en que a aquél se le reclama un comportamiento "pasivo", ya sea para extraerle sangre, huellas dactilares, etcétera.

En esta interpretación, la garantía contra la autoincriminación funcionaría en el primer supuesto —imputado como "sujeto activo"—, pero no en el segundo⁸⁰.

⁷⁷ CSJN-Fallos, 313:1113.

⁷⁸ En el caso registrado en ED, 182-113 (1999) el Juzgado de Transición n° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata entendió que no cabía forzar a un imputado a hacerse un estudio de histocompatibilidad, sino tan solo valorar su negativa como una presunción en su contra.

⁷⁹ Ver el trabajo de García - Rojas, *Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad*, en "Doctrina Penal", 1991, ene.-jun., año 14, n° 53/54, p. 183 y la recopilación de criterios jurisprudenciales allí efectuada.

⁸⁰ Idem, nota anterior.

A mi juicio, estamos ante una distinción trabajosa. ¿En qué categoría está, por ejemplo, el requerimiento de que el imputado se coloque junto a otros individuos para un reconocimiento en rueda de presos? ¿No se le pide allí acaso que se pare de determinada manera, para poder posibilitar su comparación con otros? Y para extraer sangre o tomar huellas dactilares, ¿no necesitamos al menos del imputado un mínimo de colaboración? Al mismo tiempo, ¿cuál es la diferencia entre pedirle al imputado que haga un cuerpo de escritura, y requerirle que integre una rueda de presos o permita se le extraigan huellas?

Paralelamente, es claro que es muy importante distinguir entre lo que cae bajo la órbita de la garantía contra la autoincriminación y lo que no. Así, mientras que en el primer caso es notoriamente ilegítimo forzar a un imputado para que escriba un texto determinado, parece mayoritaria la opinión de que es lícito extraerle sangre para un dosaje de alcohol o tomarle huellas digitales, aun contra su voluntad.

Por último, es también claro que en el caso de la garantía contra la autoincriminación, la negativa del imputado a declarar no cede por más que un policía o un juez tengan razones muy fundadas para pensar que el imputado conoce un dato de utilidad para la investigación. En cambio, cuando existen motivos fundados para una extracción de sangre —por ejemplo, en el caso de un conductor de automóviles ebrio—, o para cotejar las huellas del imputado con las halladas en la escena del crimen, ese grado de sospecha sí podrá servir para vencer cualquier negativa de éste a prestarse a la medida en cuestión.

c — Posibles soluciones

a) Un punto de partida sería limitar el alcance de la garantía contra la auto-incriminación a las “comunicaciones” del imputado⁸¹, de manera de dejar fuera los supuestos de las requisas corporales, e incluso la exigencia de prestarse a un reconocimiento en rueda de presos, o de permitir en ciertos casos la extracción de sangre. Ese fue por lo demás el criterio adoptado por nuestra Corte en los casos “CINCO-TTA” y “H.G.S.” examinados previamente.

⁸¹ Según mencioné anteriormente, este es el criterio prevaleciente en los Estados Unidos. Cfr. el caso “SCHMERBER V. CALIFORNIA”, 384 US 757 (1966).

La intimación al imputado para que presente documentación que lo compromete o para que realice un cuerpo de escritura, atento al carácter "comunicativo" de ese tipo de evidencia, podría ser considerada en cambio como comprendida dentro de la garantía contra la autoincriminación⁸². La garantía así delimitada tendría como natural correlato el de impedir que cualquier decisión judicial pueda vencer la negativa del imputado. Quien se niegue a declarar cuenta con un privilegio *absoluto* en ese sentido, y cualquier forma de coacción dirigida a obtener una declaración en contra de los deseos de aquél, es violatoria de la Constitución. Al mismo tiempo, tampoco interesa cuál es el grado de sospechas o pruebas en contra del imputado. La policía o el juez de la causa no pueden escudarse en supuestos indicios de culpabilidad, para intentar arrancar una declaración a quien no acepta hablar de manera voluntaria.

b) En una misma categoría podría colocarse la exigencia de que el imputado intervenga en la reconstrucción de un hecho, donde se le pide que se comporte de determinada manera. La razón de esta categorización es que una eventual negativa del imputado a prestarse a esa reconstrucción, no puede ser vencida sino es a costa de someterlo a groseros vejámenes.

Así, es ciertamente posible pensar que la garantía del debido proceso se opone a que un individuo sea forzado a "actuar" en una reconstrucción en la que se pretende tenerlo como protagonista.

Ya sea que fundamentemos esa garantía del debido proceso en la genérica fórmula de la defensa en juicio del art. 18 de la Constitución, o en los derechos no enumerados a que se refiere su art. 33, no parece mal que se intente dar pleno rango constitucional a un derecho cuyo desconocimiento aparecería como altamente lesivo de la dignidad humana. En suma, un imputado que se niega a intervenir en la reconstrucción de un hecho, goza de una inmunidad absoluta en

⁸² Por supuesto nada impide que el juez de la causa incaute de manera compulsiva la documentación deseada. Igualmente en los Estados Unidos, el criterio es que el imputado puede rehusarse a suministrar pruebas o documentación que lo comprometan, sobre la base de que obligarlo a entregar dichas pruebas equivaldría tanto como a compelerlo a declarar contra sí mismo. Ver así los casos "*BOYD V. UNITED STATES*", 116 US 616 (1886) y "*UNITED STATES V. DIONISIO*", 410 US 1 (1973).

el caso de que haya manifestado su deseo de no prestarse a tal acto de procedimiento.

El reconocimiento en rueda de presos, en cambio, no se presenta como un ataque a la dignidad del individuo de tanta entidad como el de una reconstrucción. De allí que es posible pensar a ese acto procesal como "obligatorio" para el imputado, sea que éste lo consienta o no. Con todo, es claro que para el imputado que se "niega" a intervenir en un reconocimiento, lo sensato sería poder compelerlo mediante un mecanismo civilizado, tal como penarlo por considerarlo incurso en una obstrucción de justicia. A ese fin, sería menester crear por ley una figura penal que cubra esa hipótesis. No conozco casos judiciales originados en la negativa de un imputado a participar en una rueda de presos. Debe reconocerse que en ausencia de una legislación específica, ellos plantearían una cuestión constitucional de difícil resolución.

c) Por último, el problema de las requisas corporales, extracciones de sangre y demás, debe ser resuelto, según el criterio sugerido por Luis M. García y Ricardo Rojas en el trabajo mencionado *supra*⁸³, en función de un criterio de razonabilidad. Lo central es entender que estamos ante medidas que proceden sólo en casos en que se tengan sospechas fundadas de que corresponde llevarlas a cabo en el caso concreto y respecto de una persona concreta. Vale decir, la policía no puede andar extrayendo sangre a cualquiera y porque sí, ni tomar huellas dactilares de manera indiscriminada.

Como lo indicó la Corte en el precedente "*H., G.S.*", es necesario que en el caso concreto se tengan razones para pensar que un determinado imputado está conectado con un delito, y que la inspección corporal de que se trate ayudará al esclarecimiento de ese delito. Y cuanto más intrusiva en la privacidad del imputado sea la requisita corporal en cuestión, parecerá sensato exigir un mayor grado de certeza que si estamos ante procedimientos simples como el de la mera obtención de las huellas del imputado.

⁸³ García - Rojas, *Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad*, en "Doctrina Penal", 1991, ene.-jun., año 14, n° 53/54, p. 183.

Una vez superados esos requerimientos, es también preciso que la medida en cuestión aparezca como necesaria y no reemplazable por una menos intrusiva para la dignidad y privacidad del individuo. En el dramático ejemplo del enema del caso "ALVAREZ", es posible que la aplicación de un vomitivo hubiera podido cumplir idénticos fines, sin necesidad de recurrir a algo tan extremo.

Por último, en casos en que se trate de extracciones de sangre u otros procedimientos que requieren de mínimos conocimientos médicos, es claro que su validez dependerá de que intervenga personal capacitado a tal efecto. Tal como ocurre con los casos analizados más arriba, estas exigencias hallarían su fundamento en la garantía del "debido proceso".

— § 44 —

Autoincriminación y secreto profesional

Al resolver el caso "ZAMABRANA DAZA"⁸⁴, la Corte Suprema tuvo oportunidad de examinar una cuestión compleja, pronunciándose en definitiva a favor de un criterio restrictivo en cuanto al alcance de la garantía en examen.

Una mujer había concurrido a un hospital público a hacerse atender, pues sentía fuertes dolores en el estómago. En presencia de una médica del hospital que la asistió, expulsó por vía bucal cuatro bombitas de latex conteniendo cápsulas de cocaína. Sometida a raíz de ello a un proceso de desintoxicación, terminó expulsando cantidades adicionales de cápsulas de cocaína⁸⁵. Sintiendo que tenía obligación de denunciar el hecho, la médica dio aviso a la policía, a quien entregó las primeras cápsulas de cocaína obtenidas. En su indagatoria la imputada reconoció haber ingerido en Bolivia las cápsulas en cues-

⁸⁴ LL, 1999-B-164.

⁸⁵ El fallo no aclara si para la expulsión de las cápsulas de cocaína (44 en total) fue necesario administrarle a la imputada un vomitivo. Tampoco queda claro en qué medida consintió ella el procedimiento que se habría utilizado para ayudarla a la expulsión, aun cuando sí es indudable que su concurrencia al hospital para atenderse fue totalmente voluntaria. Al menos en esto último, los hechos de este caso difieren del dramático caso de "JUANITO ALVAREZ" analizado previamente en el texto.

ción a pedido de otra persona, por encontrarse ella en dificultades económicas. En su descargo, dijo que creía que las mismas contenían oro y no cocaína. Fue condenada a una pena de prisión por el delito de transporte de estupefacientes.

Por vía de apelación la Cámara Federal de la Capital, por su Sala I, declaró la nulidad de todo lo actuado y dispuso la absolución de la imputada. Consideró así que la médica que la atendió había transgredido el secreto profesional que amparaba a aquélla, y que la calidad de funcionaria pública de la médica no la relevaba de su obligación de guardar dicho secreto. Entendió asimismo que se había vulnerado la garantía constitucional contra la autoincriminación, la cual, en lenguaje de la Cámara, *presupone que aquel que asumió voluntariamente la posibilidad de ser penado, a pesar de ello, no esté obligado a denunciarse, de modo que el haber cometido un delito no sólo no reduce el valor de la garantía, sino que es, precisamente, lo que le otorga sentido.*

El caso llegó a la Corte por recurso extraordinario interpuesto por el fiscal, quien tachó a la resolución apelada de "arbitraria". Como vimos ya en otros supuestos⁸⁶, algunos miembros del Alto Tribunal (jueces Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez), entendieron que —además de la arbitrariedad denunciada por el fiscal— la jurisdicción de la Corte estaba habilitada por vincularse el caso con *la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*. Este criterio implica a mi juicio un grave error.

Tal como lo hizo notar el juez Boggiano en su voto concurrente, ninguna cláusula de la citada Convención resulta de real relevancia para resolver la cuestión. En todo caso, no tengo dudas de que nuestros compromisos internacionales en la represión del tráfico de estupefacientes no nos impiden interpretar el art. 18 de la Constitución de la manera en que lo había hecho la Cámara de Apelaciones.

Pronunciándose sobre el fondo del recurso, una ajustada mayoría de votos —los cuatro indicados más arriba con la suma del voto del ministro Boggiano—, entendió que se había hecho una *interpreta-*

⁸⁶ Ver en el Capítulo II, § 3, f, el desarrollo en torno al caso "VILLEGAS" y las críticas allí sugeridas.

de la decisión de fondo) y si en la actualidad es capaz procesalmente (de lo contrario, existiría un impedimento procesal). En cambio, el § 81 no otorga derecho alguno para comprobar la credibilidad del imputado (Celle StrV 87, 518).

2. El examen en un establecimiento, para proteger al imputado, está vinculado a *cinco presupuestos especiales y limitativos*:

a) El examen también puede ser ordenado, por cierto, en el procedimiento preliminar, pero aun en ese caso no decide sobre ello la fiscalía o el juez de la investigación, sino el tribunal que sería competente para la apertura del procedimiento principal (§ 81, III).

b) Si el imputado todavía no tiene defensor; antes de disponer la internación se le debe nombrar un defensor de oficio (§ 140, I, n° 6, que excede la facultad concedida en el § 141, III, 1).

c) El tribunal puede ordenar la internación sólo después de escuchar a un perito (§ 81, I, 1), quien no puede fundar su dictamen exclusivamente en el estudio del expediente, sino que, de ordinario, debe examinar personalmente al imputado (discutido; cf. en el sentido aquí defendido Karlsruhe NJW 73, 573; StrV 84, 369). Únicamente si el imputado no está preparado para la presentación ante el perito, en caso de que existan otros indicios suficientes, se puede renunciar a la audiencia personal; también son aplicables al caso, eventualmente, la citación previa y la conducción forzada judiciales (§ 133) (Celle NSTz 89, 242; Düsseldorf StrV 93, 571).

d) El auto de internación puede ser impugnado con la queja inmediata que, en contraposición con la regulación general del § 307, tiene efecto suspensivo (§ 81, IV).

e) La internación en el establecimiento no puede superar, en total, las seis semanas (§ 81, V), esto es, también puede ser ordenada repetidas veces dentro de ese límite temporal, bajo determinadas circunstancias, en el mismo procedimiento.

3. Otras limitaciones resultan del principio de proporcionalidad. Cuando, p. ej., sólo es de esperar una pena insignificante, no resulta aplicable una internación (§ 81, II, 2). Pero el principio de proporcionalidad rige también más allá del texto de la ley, de modo tal que no resulta admisible la internación cuando es suficiente un examen ambulatorio (Düsseldorf StrV 93, 571). La internación debe ser siempre imprescindible, en el sentido de que sin ella no se puede apreciar la capacidad procesal (BVerfG StrV 95, 617).

II. Examen corporal

1. El *examen corporal* del imputado (§ 81a) puede ser ordenado para la determinación de hechos que tengan importancia para el procedimiento (p. ej., contenido de alcohol en la sangre) y consiste en examinar el cuerpo mismo del imputado. De ese modo, se diferencia del *registro corporal*, en el que se buscan objetos en la superficie corporal o en las cavidades u orificios corporales naturales. Dentro del concepto de examen corporal están comprendidas también las intervenciones corporales como la extracción de una prueba de sangre para determinar el contenido de alcohol en la sangre, y la punción lumbar, entre otras (cf. § 81a, I, 2; en parte discrepa EB. SCHMIDT, anexo I, § 81a, núm. marg. 4). No obstante, el § 81a solamente obliga al imputado a tolerar pasivamente el examen, y no le impone cooperar también de modo activo en el examen corporal. Por consiguiente, la policía no puede forzar a nadie a soplar para someterlo así

C/1505
Bpoxim

a un test de alcohol (sobre la utilización de aparatos electrónicos para medir el contenido de alcohol a través de la respiración, GEPPERT, 1992). Según Frankfurt StrV 96, 651, también el suministro coercitivo de vomitivos, a través del cual se pretende hallar cocaína que ha sido tragada, atenta contra el principio de la pasividad; ello no es correcto, pues no se puede considerar al vómito como acción activa (WEßLAU, StrV 97, 341; ROGALL, NStZ 98, 66). Pero, de todos modos, en el caso de métodos que ponen en peligro la salud, se trata de una lesión a los arts. 1, I, y 2, I, GG, que conduce a una prohibición de valoración probatoria (Frankfurt, *loc. cit.*).

El análisis genético (análisis de ADN) realizado con motivo de una extracción de células corporales, que hasta ahora había sido considerado comprendido por el § 81a¹, ha sido regulado en los §§ 81e/g. De acuerdo con ellos, el material obtenido a través de las medidas de los §§ 81a, I, y 81c, sólo puede ser sometido a análisis genético-moleculares en virtud de una orden judicial escrita en la que se indique el perito al que se le encarga el análisis. Según el § 81g, también se puede realizar un análisis de ADN a un sospechoso de la comisión de un hecho grave, o a un condenado por alguno de esos hechos, con el fin de identificarlo en procedimientos penales futuros. Los análisis en las células corporales y las averiguaciones así realizadas sólo pueden referirse a cuestiones del origen o a los hechos, a si los elementos indiciarios provienen del imputado o de la víctima. Con ello, está excluida cualquier otra investigación de informaciones genéticas. Las muestras de identificación de ADN pueden ser almacenadas en la Oficina criminal federal.

El procedimiento del análisis de ADN se basa en la circunstancia de que toda la información genética de una persona está determinada en una molécula de cada célula. Por ello, a través de una comparación de rastros de sangre o de espermatozoides con la estructura molecular formal del sospechoso (con las "impresiones digitales genéticas"), dado el caso, es posible sacar conclusiones sobre su autoría. No se debe ver allí una lesión a los arts. 1 y 2, GG, en tanto la investigación sólo tiene por objeto las muestras formales de la molécula, esto es, no se trata de la decodificación del contenido de las informaciones almacenadas en los genes sobre las cualidades hereditarias del imputado (BVerfG NStZ 96, 45; discrepa en parte RAINER KELLER, NJW 89, 2289). Por el contrario, la falta de realización de un análisis de ADN para probar la culpabilidad del autor conduce a la anulación de la sentencia por violación de la obligación de esclarecimiento judicial del § 244, II (BGH NStZ 91, 399). Sin embargo, el análisis de ADN contiene tan sólo una afirmación estadística, que no torna innecesaria la apreciación de todas las circunstancias probatorias; en suma, sólo tiene importancia indiciaria (BGHSt 38, 320, con comentario de VOGT, StrV 93, 175 y v. HIPPEL, JR 93, 124; BGH NStZ 94, 554); ello rige, especialmente, para el análisis PCR, menos confiable y que debe ser diferenciado del clásico "procedimiento de obtención de huellas dactilares" (sobre esto ROLF KELLER, JZ 93, 103).

Sobre la realización de un análisis genético a personas no imputadas, a través de un examen en serie, cf. *infra* B, II, 4.

¹ BGHSt 37, 157; LG Heilbronn NStZ 90, 353, con comentario crítico de GÖSSEL, JR 91, 31; LG Berlin NJW 89, 787; LG Darmstadt NJW 89, 2338.

Bibliografía: Burr, Das DNA-Profil im Strafverfahren, tesis doctoral, Bonn, 1995; Hother, Die DNA-Analyse, 1995; Taschke/Breidenstein (comps.), Die Genomanalyse im Strafverfahren, 1995; U. Wagner, Das genetische "Fingerabdruckverfahren" etc., 1996; Ritter, Genomanalyse und Strafverfolgung, tesis doctoral, Tübingen, 1997.

2. El examen corporal es ordenado, por lo general, por el juez y, en caso de peligro en la demora, también por la fiscalía y sus funcionarios auxiliares (§ 81a, II). Un funcionario de policía, que no está incluido como funcionario auxiliar, no está autorizado para ello, sino que, en caso necesario, debe procurar la orden de un funcionario competente. En ese caso, tampoco tiene derecho a detener provisionalmente al imputado cuando éste se niega a acompañarlo a la comisaría. Es que el peligro de entorpecimiento, necesario para ello, presupondría la obligación del imputado de posibilitar la intervención corporal, la que, sin embargo, sólo nace con la orden dictada por una persona competente según el § 81a, II. Tampoco está fundado el peligro de fuga a través de la mera negativa de acompañarlo al médico (discutido, como aquí *Kl/M*, § 81a, núm. marg. 29; discrepa SCHLÜCHTER, núm. marg. 261.1).

3. El derecho a realizar un examen corporal contiene, a la vez, la facultad de conducir al imputado a la comisaría con el fin de someterlo a un examen médico o de internarlo en un hospital (discutido, pero resulta de una comparación del § 81a con el § 81c, VI, 2). Sin embargo, conforme al § 51, I, 1, StGB, la restricción de la libertad que ello comporta no puede ser computada en una pena posterior (WALDSCHMIDT, NJW 79, 1920).

4. a) Las intervenciones corporales sin consentimiento del imputado están permitidas únicamente cuando no sea de temer un perjuicio para su salud (§ 81a, I, 2). Más allá de ello, toda intervención en la integridad corporal debe guardar una relación razonable con la gravedad del hecho y con el grado de sospecha sobre su comisión (principio de proporcionalidad!), de modo tal que hasta los exámenes cerebrales sin riesgo sólo son justificables cuando se trata de imputaciones graves (cf. BVerfGE 16, 194; 17, 108; KUHLMANN, NJW 76, 350). Pero también los meros exámenes corporales pueden atentar contra el principio de proporcionalidad cuando lesionan la dignidad humana (cf. § 136a; sobre el problema de exámenes falométricos cf. LG Hannover NJW 77, 1110, con comentario de JESSNITZER). Para el examen a mujeres ver § 81d.

b) Una intervención corporal admisible, conforme a estos principios, solamente puede ser practicada por un médico (§ 81a, I, 2), aspecto que, en la práctica, es importante, ante todo, para la extracción de pruebas de sangre (sobre el valor probatorio del resultado de un examen obtenido de forma ilícita ver *supra* § 24, D, IV, 1, c, aa). El médico actúa, en esta ocasión, como perito; por ello, para sus obligaciones y derechos rigen las reglas generales de los §§ 75 y ss. (cf. *supra* § 27, sobre todo B, III).

5. En caso de que el examen corporal sea ordenado por la fiscalía o por un funcionario auxiliar, el afectado puede solicitar contra ello, análogamente al § 98, II, 2, una decisión judicial (ver *supra* § 29, D, I, 2 y 3; II, 2 y 3), con lo cual, sin embargo, no pueden ser bloqueadas las medidas que necesitan urgencia (p. ej., las pruebas de sangre). Contra la orden de un examen dictada por el juez de la investigación procede la queja (simple: § 304). Si, en cambio, el mismo tribunal que conoce en la causa ha decidido la realización del examen, sólo existe la posibilidad de una queja cuando la medida contiene una intervención considerable en la libertad o integridad corporal (§ 305, 1ª frase, por una parte, y § 305, 2ª frase, en aplicación análoga, por la otra; cf. Celle y Hamm, NJW 71, 256, 1903); si se trata de un mero examen de la capacidad procesal, en general, no se consideran reunidos los presupuestos de la queja.

III. Medidas de identificación

A veces, para determinar la identidad del imputado es necesario realizar medidas (p. ej., toma de fotografías o de huellas digitales) que sirven para identificarlo (con mayores detalles GEERDS, 1986). No obstante, estas medidas deben ser proporcionales y no están permitidas cuando la identidad se puede averiguar fácilmente de otro modo (AG Hamburg StrV 85, 364).

a) Las medidas que, conforme al § 81b, sirven para la identificación, deben ser atribuidas, o bien a la *persecución penal* represiva, si ellas son realizadas (al menos también) para los fines de un procedimiento penal pendiente, o bien a la actividad *policial de prevención*, si recaen sobre el imputado sólo con ocasión del procedimiento penal (únicamente "para los fines del servicio de identificación"). En el primer caso, las medidas tomadas son actos procesales (en un sentido amplio); en el último caso, se trata de actos administrativos (de otra opinión KRAMER, 1992).

Por motivos *procesales-penales*, las medidas señaladas en el § 81b son necesarias, p. ej., para probar la autoría se debe acudir a las impresiones digitales. Para el *servicio de identificación* policial de prevención existe necesidad cuando, según la personalidad del imputado y la especie del hecho que se le imputa, se debe contar con la posibilidad de que, tarde o temprano, deberá ser buscado también por otro hecho punible.

b) Para la *protección jurídica* contra las medidas del § 81b, análogamente a lo explicado *supra* § 29, D, I, 3, se debe diferenciar: si ellas son llevadas a cabo para la realización de un procedimiento penal concreto, en aplicación análoga del § 98, II, 2, se puede acudir al juez de la investigación (discutido; cf. *supra* § 29, D, I, 3, con mayores detalles). Por el contrario, si ellas sirven al mero servicio de identificación preventivo-policial, procede la vía jurídica administrativa de conformidad con los §§ 40 y ss., VwGO (BVerwGE 47, 255, 264).

c) Una vez terminado el procedimiento penal, el interesado tiene derecho a la *destrucción* de la documentación, cuando el procedimiento penal ha demostrado su inocencia o cuando, por otros motivos, se puede descartar que, en el futuro, el cometerá hechos punibles, para cuyo esclarecimiento podrían ser útiles los documentos (BVerwGE 11, 182; 26, 169; BVerwG DÖV 73, 752). Actualmente, el VG Frankfurt (StrV 87, 336) sostiene, incluso, que después del fallo sobre "censo de la población" (BVerfGE 65, 1) la conservación de documentos que sirven a la identificación es absolutamente inadmisibles, debido a la falta de fundamento legal. Contra la conservación de los documentos se debe recurrir, nuevamente, a la vía jurídica administrativa, pues se trata de una medida exclusivamente preventivo-policial (BVerfGE 16, 89, 94; BVerwGE 11, 182). El BVerwG (JZ 91, 471) sostiene que los conocimientos relacionados con las personas no son documentos que sirvan a la identificación en el sentido del § 81b; antes bien, su conservación para la utilización posterior se basa, según este tribunal, en las reglas generales de la función policial y es compatible con el derecho a la autodeterminación informativa.

d) Como en el caso del § 81a (cf. *supra* § II, 3), también en los supuestos del § 81b está autorizada la coacción directa para llevar a cabo medidas que sirven a la identificación.

Por ello, también es admisible (y, además, legitimado por el § 58, II) una confrontación forzosa con el objeto del reconocimiento (en contra GRÜNWALD, JZ 81, 423; a favor GEPPERT, Jura 89, 276), así como el cambio forzoso del peinado y de la barba de un imputado con el fin de determinar su identidad (cf. BVerfGE 47, 239; enérgicamente en contra GRÜNWALD, 1985, y FEZER, 6/19); tampoco es una intervención desproporcionada la grabación en vídeo de la confrontación (BVerfG NSTZ 83, 84); además, el registro de la declaración del acusado en una cinta magnetofónica, efectuada con su consentimiento, puede ser utilizada para una comparación de voces (BGH StrV 85, 297). También está permitido hacer una comparación de fotografías del imputado que lo muestren en el mismo estado que presentaba durante la comisión

Novedades sobre la prueba judicial

MAXIMILIANO HAIRABEDIÁN

*Inspecciones aéreas de la propiedad privada
con fines de investigación*

Prueba ilícita obtenida de buena fe

Problemas prácticos del uso de la fuerza en la prueba

*Atraso de la ley procesal en materia de
identificación de cadáveres*

Reconocimiento e identificación de la voz

La reconstrucción virtual del hecho

Reconocimiento y recorrido fotográfico

*Mercosur: valoración de documentos e informes
en portugués*

La grabación como prueba en el proceso penal

Jurisprudencia española sobre la intervención telefónica

MARIANO ARBONÉS

La prueba biogenética de identidad



editorial
Mediterránea

Prólogo del Dr. Jorge Montero

HAIRABEDIÁN - ARBONÉS

Novedades sobre la prueba judicial

PROBLEMAS PRÁCTICOS DEL USO DE LA FUERZA EN LA PRUEBA

Sumario: I. Identificación dactiloscópica. II. Reconocimiento en rueda de personas. III. Fotografía. IV. Extracción de muestras corporales. V. Traslado de testigos.

Como protección del fin procesal de averiguación de la verdad, las leyes en forma expresa autorizan en muchos casos a utilizar la fuerza (v.gr. traslado compulsivo de un testigo) o la coacción (v.gr. citación bajo apercibimiento) para asegurar el diligenciamiento de ciertas medidas probatorias. En otras hipótesis se prohíben tales situaciones (v.gr. para que confiese el imputado).

En un tercer grupo de casos la legislación nada dice sobre el derecho u obligación de ciertas personas a participar de actos procesales. Estas lagunas normativas son llenadas principalmente por los criterios que fijan la doctrina y la jurisprudencia.

En esta línea, uno de los parámetros más importantes para determinar si un imputado puede negarse a participar en una prueba, es la distinción entre objeto y órgano de la prueba. Ello está relacionado a la garantía constitucional de no ser obligado a declarar en contra de uno mismo, la cual abarca el derecho a no producir prueba perjudicial involuntariamente.

De acuerdo al parámetro señalado, doctrina y jurisprudencia establecen cuándo un imputado puede ser obligado a participar en una prueba y cuándo no.

Si la prueba lo va a tener como órgano, porque será quien va a producir la evidencia con su actividad (v.gr.

confesar, hacer cuerpo de escritura, participar en la reconstrucción de un hecho), se considera que no está obligado a realizarla, porque implicaría una violación a la cláusula contra la autoincriminación. En cambio, si en la medida el imputado va a ser un objeto de la prueba se sostiene que no puede negarse a participar porque no está en juego la garantía constitucional aludida. Ello se configura cuando sobre el perseguido penal, otro sujeto es el que va a producir la prueba, sin que se requiera alguna actividad del acusado, sino sólo que la tolere pasivamente (v.gr. estar en la rueda de reconocimientos, ser inspeccionado médicamente o fotografiado). Como consecuencia de la conclusión expuesta, para practicar tales diligencias, cuando el imputado las resista, deberá realizárselas compulsivamente. Ello permite sostener que los medios de coerción no son taxativos, ya que, por ejemplo, la sujeción no es una medida de regulación expresa.

En definitiva, la introducción realizada demuestra que en una importante gama de medidas de investigación, ya sea por disposición expresa o implícita de la ley, se puede hacer uso de la fuerza pública para garantizar su cumplimiento. Pero ocurre que muchas veces no se tratan los problemas específicos que pueden plantearse cuando se intenta llevar a la práctica un acto forzosamente, lo cual generalmente es fácil proclamarlo, pero complicado realizarlo. Un repaso a ciertos casos será útil para ilustrar sobre la cuestión.

I. IDENTIFICACIÓN DACTILOSCÓPICA

La legislación establece que el perseguido penal debe ser identificado por sus datos personales o "generales del

imputado" y por sus impresiones digitales¹ (art. 81² CPP, art. 74 CPPN, y ley 22.117).

El ordenamiento prevé que el acusado no quiera dar sus datos personales, en cuyo caso no puede obligársele a que lo haga, por lo cual se estipula alternativamente que se consigan por testigos u otros medios.

No ocurre lo mismo con la individualización dactiloscópica, ya que la ley no protege la negativa del imputado. En base a la distinción entre objeto y órgano de prueba, no puede negarse a que se practique el acto porque actúa como sujeto pasivo de la medida (objeto de la prueba), ya que sobre él otra persona idónea va a practicarla, requiriéndose sólo que la tolere³.

Pero en la práctica puede no resultar sencillo resolver una situación en la cual el imputado se niega a ser

¹ La dactiloscopia es una medida de identificación segura, aprovechando que el dibujo papilar es inmutable y perenne, se configura entre los cien y los doscientos días de gestación, en el sexto mes de embarazo presenta gran nitidez y persiste en los cadáveres en avanzado estado de descomposición (PALAFOX, «La necroidentificación y el entorno del cadáver», Rev. Catalana de Seguridad Pública, N° 3, Barcelona, diciembre de 1998, p. 84; VÉLEZ MARICONDE, *La situación jurídica del imputado*, Plantíe, Bs. As., 1944, p. 26 y *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Lerner, Cba., 1969, t. II, ps. 360 y 361; NÚÑEZ, *Código Procesal Penal de Córdoba, anotado y comentado*, Lerner, Cba., 1986, p. 78; VELA ARAMBARRI, M. "Dactiloscopia", Estudios de Policía Científica, Dirección General de Policía, Madrid, 1982).

² La ley cordobesa, a diferencia de la nacional, también impone que se lo identifique por fotografías.

³ En igual sentido, ÁBALOS, W., *Código Procesal Penal de la Nación*, Juríd. Cuyo, Mendoza, 1994, t. I, p. 206. HUERTAS, MARTÍN observa que, actualmente en España, dicha posición ya no plantea problemas (*El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 408).

fichado. Frente a la mera negativa, a ciertos sujetos puede disuadirse para que cambien su actitud. Para ello es útil la explicación de que no tiene derecho a asumir tal conducta y, en consecuencia, que puede perjudicar su situación procesal, ya sea porque el retraso en averiguar sus antecedentes va a demorar la recuperación de su libertad o porque su renuencia puede ser tomada como un entorpecimiento de la investigación, siendo ésta una causal de procedencia de la prisión preventiva o como una resistencia o desobediencia a la autoridad. Pero cuando estas vías no prosperan y sobre todo si la persona a identificar se resiste con fuerza física, en tales condiciones es muy difícil llevar a cabo el acto, por motivos técnicos y legales.

En primer lugar, para poder tomar huellas dactiloscópicas que sean útiles, es necesario que los dedos se encuentren relajados y sigan el movimiento que le imprime el técnico o perito, algo complicado en una situación de forcejeos, en la cual el imputado que se resiste sea sujetado por varias personas.

Debe tenerse en cuenta al respecto que las oficinas técnicas encargadas del sistema dactiloscópico son muy exigentes en cuanto a la calidad de las fichas que les son remitidas⁴.

En segundo término, la alternativa de emplear una agresión de magnitud contra el sujeto que se resiste, contraría evidentemente el principio de proporcionalidad que debe orientar toda medida coercitiva, dado en la razonabilidad⁵ entre medio-fin.

⁴ Defectos como exceso o escasez de entintado, falta de lavado de las manos anterior o mal trabajo del fichado, son causas frecuentes de observación en los trámites identificatorios.

⁵ En igual sentido, ÁBALOS, ob. y p. cits..

Además, en este supuesto se vulnerarían otras garantías constitucionales, como el respeto a la dignidad humana, el derecho a la integridad física, a no ser torturado o sometido a tratos crueles, inhumanos, etcétera⁶. En esta línea, la legislación escocesa, si bien faculta a la policía a emplear la fuerza contra la negativa del imputado a dejarse fichar, la supedita a que sea razonable⁷.

Una alternativa para situaciones de resistencia puede constituir la administración de sedantes suaves, siempre y cuando no signifiquen ningún riesgo para la salud⁸ y sean aplicados por personal de la salud idóneo o bajo su dirección. El suministro puede ser disimulado (v.gr. en la bebida del detenido) o directo (v.gr. sujetado).

En definitiva, las soluciones para casos de negativa, pueden ser la disuasión o la sujeción (con un mal resultado en la calidad de las impresiones si el individuo persiste en la resistencia física) o la sedación.

II. RECONOCIMIENTO EN RUEDA DE PERSONAS

Cuando un imputado se niega a integrar la rueda de personas estipulada para el reconocimiento en persona, es de difícil implementación práctica hacerlo participar compulsivamente. Las leyes requieren que las personas

⁶ Como ejemplo, piénsese en el caso de que para quebrar la resistencia del imputado a ser fichado, se le propina una golpiza.

⁷ Confr. ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, p. 423.

⁸ Por ejemplo, no puede aplicarse una anestesia general o una droga a la cual el paciente registra antecedentes de reacciones adversas.

que estén presentes en el cuadro sean semejantes, lo que implica que la rueda sea relativamente homogénea.

Las alteraciones evidentemente notorias que se verifiquen sobre el perseguido penal afectan la regularidad del acto porque constituyen circunstancias que orientan el señalamiento. Basta con imaginarse una rueda de cuatro personas, en la cual tres permanecen quietas y tranquilas, en tanto que otra se encuentra alterada sostenida por dos policías.

Tal situación, obviamente desfavorable también al imputado, puede ser utilizada como un argumento disuasorio a la negativa del sujeto pasivo. No obstante, de llevarse a cabo el acto en las condiciones señaladas, si bien no es una causal de nulidad, afecta notablemente la eficacia conviccional de su resultado.

Asimismo, doctrinas española e italiana⁹ se han pronunciado en contra de practicarlo mediante engaño porque implicaría privar al imputado del control del acto u obligar a la defensa que sea parte de tal maquinación, opciones ambas contrarias al sistema jurídico.

Una alternativa para este tipo de inconvenientes es practicar un reconocimiento fotográfico. Si bien los códi-

⁹ Confr. HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo...*, ps. 275 y ss.; FERRUA, *Sulla legittimità...*, ps. 653 y 654. Como alternativa disuasoria se ha sugerido la amenaza de sanción penal a la negativa, que podría configurar el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, según el caso, e inclusive que pueda ser utilizada como un indicio de culpabilidad en contra del imputado, al no ser órgano de prueba y no estar amparado por la garantía de no ser obligado a autoincriminarse (confr. HUERTAS MARTÍN, ob. cit., ps. 275, 278 y 279).

Doctrina costarricense ha dicho que vulnera el principio de dignidad humana un reconocimiento hecho en Alemania con el imputado encadenado y la cabeza levantada de los cabellos (ver LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso Penal...*, p. 503).

gos procesales establecen causales estrictas de procedencia de esta modalidad por imágenes (art. 253 CPP; art. 274 CPPN), entre las cuales no se encuentra el caso de negativa del imputado a integrar la rueda de personas, la jurisprudencia viene aceptando la posibilidad propuesta¹⁰.

Otra situación distinta que puede generar el uso de la fuerza en relación a los reconocimientos en rueda de personas está dada cuando el prevenido se haya cambiado rasgos fisonómicos para confundir al testigo que deba participar en el acto. La práctica da cuenta que estos casos suceden con cierta frecuencia, para lo cual hay dos caminos: arbitrar los medios para volver la fisonomía al estado anterior¹¹ o no hacer el reconocimiento en rueda de personas y realizarlo fotográficamente¹².

Ahora bien, en caso de que se elija la primera opción, el cambio verificado en la persona del que va a ser sometido a reconocimiento tiene que ser susceptible de modificación de forma fácil y rápida. Por ejemplo, si la transformación consiste en dejarse barba se la puede afeitar, si se colocó lentes de contactos de color distinto al de sus ojos, se le pueden extraer¹³.

¹⁰ CNCrim. y Correc., Sala 3ª, 24/5/88, JA, 1988-III-32; CCrim. y Correc., San Nicolás, 5/5/94 en "G., C.R."; y Azul, 15/3/95. También la doctrina española (confr. PICATOSTE BOBILLO, cit. por HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo...*, p. 278).

¹¹ TSJCba., causa "Kohler", 11/8/76.

¹² Si bien el anterior ordenamiento procesal no contemplaba esta causal, jurisprudencia y doctrina la venían admitiendo (CAFFERATA NORES, *Reconocimiento en rueda de personas*, p. 65; Juzg. Instr. 8ª, Diario Jurídico N° 276/83 cit. por CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, p. 125, nota 26).

¹³ La situación ocurrió en 1999 en una causa tramitada ante la Fiscalía del Distrito VI Turno 3 de Córdoba. En esa oportunidad, con la asistencia de un médico forense se le sacaron al imputado los lentes y se secuestraron.

En cambio, sería contrario al principio de proporcionalidad intentar volver a su estado un rostro que ha sido modificado con cirugía plástica o resultaría perjudicial para el reconocimiento esperar a que una persona engorde notoriamente.

III. FOTOGRAFÍA

Una de las formas de individualizar a los imputados es mediante fotografías, generalmente tomadas cuando ingresan aprehendidos o detenidos. El Código Procesal Penal de Córdoba, a diferencia del nacional, cuando dispone los medios de identificación del perseguido penal establece el fotográfico (art. 81). Más allá de las previsiones legales, el método descrito es ampliamente utilizado¹⁴ y los sujetos sobre quienes recae la medida están obligados a tolerarla porque son objeto de prueba.

Ahora bien, cuando una persona se niega a ser fotografiada, hay distintas vías sencillas de solucionarlo. Teniendo en cuenta que la toma de la imagen no requiere contacto físico con el sujeto y que es de casi instantánea ejecución, la sujeción del individuo puede resultar relativamente fácil para lograr diligenciar el acto, sin consecuencias para la integridad física del sometido.

En este sentido, la jurisprudencia europea ha sostenido que en virtud del principio de proporcionalidad, la

¹⁴ Práctica de antigua data, ya que a comienzos del siglo pasado ya se utilizaban las fotografías "signaléticas" que sobre una misma placa captaban una imagen de frente y otra de perfil (LOCARD, *Manual de técnica policíaca*, Barcelona, 1935, p. 386, cit. por CAFFERATA NORES, *Reconocimiento de personas*, Lerner, Cba., 2ª ed., 1980, p. 64).

coacción empleada debe ser mínima y en la medida de lo necesario¹⁵.

Además, las técnicas de revelado e impresión de las fotografías permiten eliminar el fondo, por ejemplo, para evitar que aparezca en la imagen la persona sujeta por empleados policiales.

Una alternativa interesante al uso de la fuerza es la posibilidad de obtener las tomas intempestivamente, sin previo aviso, teniendo en cuenta las características de la fotografía apuntadas precedentemente.

IV. EXTRACCIÓN DE MUESTRAS CORPORALES

La mayoría de la doctrina¹⁶ y la jurisprudencia¹⁷ sostiene que el imputado no puede negarse a extracciones de sangre u otras muestras corporales, y algunas legislaciones también prevén esta posición. Ello lleva implícito el uso de la fuerza cuando el sujeto pasivo resista la realización de la medida¹⁸.

¹⁵ STEDH, 28/10/84 en "Murray", cit. por QUERALT, JOAN J., *Introducción a la policía judicial*, Bosch, 3ª ed., p. 161.

¹⁶ CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, ps. 17 y 159, donde el autor menciona posturas en contra; MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, t. Ib, p. 444, citando doctrina y jurisprudencia norteamericanas. En contra, CARRERA entiende que toda extracción compulsiva de partes sólidas o líquidas del cuerpo constituye un avance sobre el derecho absoluto a la integridad física ("La prueba pericial y la inviolabilidad de la persona", SJ N° 847, p. 13).

¹⁷ CSJN, 255:18; TSJCba. (SJ N° 847) y Sent. N° 20 del 22/3/01 en "Oliva".

¹⁸ Confr. ETXEBERRIA GURIDI, ob. cit., p. 408, mencionando en igual sentido jurisprudencia y legislación alemana, noruega y holandesa. La misma

Debe señalarse asimismo que el derecho judicial en muchos casos ha exigido un grado de sospecha que justifique la medida¹⁹ y que siempre debe tener vigencia el principio de proporcionalidad, en relación al grado de lesión e invasión corporal de las injerencias²⁰, la gravedad del delito investigado, la necesidad del acto a practicar y el uso de la fuerza mínima indispensable para la ejecución²¹.

Algunas legislaciones europeas, como en Gran Bretaña, distinguen muestras íntimas de no íntimas y establecen que la extracción de las primeras sólo puede hacerse con el consentimiento de la persona²². Asimismo, en España suele distinguirse entre injerencias graves y leves²³.

obra puede consultarse sobre las corrientes y legislaciones europeas que ostentan una posición contraria. También HUERTAS MARTÍN, ob. cit., ps. 402 y ss..

¹⁹ Confr. C.Acus.Cba. en "Oliva", resuelta posteriormente en casación por el TSJCba., Sent. N° 20 del 22/3/01; Tribunal Constitucional Federal Alemán (BverfG), Sent. del 10/6/63.

²⁰ En este aspecto el Tribunal Constitucional Federal ha considerado la extracción de líquido cefalorraquídeo, con una aguja de gran longitud, como una injerencia extremadamente grave (ver ETXEBERRIA GURIDI, ob. cit., p. 411).

²¹ Por eso se ha dicho que "en ningún caso puede constituir en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante" (MAGALDI PATERNOSTRO, MARÍA J., "Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española", p. 127, en *La prueba en el proceso penal*, Consejo Gral. del Poder Judicial, Madrid, 2000).

²² ETXEBERRIA GURIDI, ob. cit., p. 418. Aclara el autor que la clasificación de muestras íntimas y no íntimas ha ido variando. Por ejemplo, en 1994 se dejó de considerar muestra íntima a la saliva.

²³ Confr. MAGALDI, ob. cit., p. 118.

Ahora bien, para analizar los problemas prácticos que plantean este tipo de injerencias corporales, debe tenerse en cuenta qué elemento del cuerpo es el que intenta obtenerse mediante el uso de la fuerza.

Cuando se trata de extracción de sangre, hacerlo por la fuerza, sobre todo cuando el sujeto pasivo emplea una considerable resistencia física para evitarlo, no es tarea fácil y además constituye un riesgo para la salud del individuo, no sólo por el uso de las agujas, sino también por la posibilidad cierta de que la fuerza para reducirlo derive en lesiones.

Basta con imaginarse la situación que significa sujetar a un adulto, en estado nervioso, para inmovilizarle absolutamente el cuerpo durante el tiempo que dure la práctica médico legal. A ello debe sumársele que en los establecimientos forenses, por lo general no existen aparatos especiales de sujeción como los que puede haber en otra clase de instituciones (v.gr. las psiquiátricas).

Al igual que como se señaló respecto a la identificación dactiloscópica, otra posibilidad es la administración de sedantes suaves, siempre y cuando no signifiquen ningún riesgo para la salud²⁴ y sean aplicados por médicos o bajo su dirección, suministro que puede ser disimulado (v.gr. en la bebida del detenido). Sin embargo, aun esta alternativa puede presentar inconvenientes, como por ejemplo, la posibilidad de reacciones adversas a la droga administrada, intolerancia o sensibilidad hacia ella.

Por todas estas razones, cuando sea posible se puede sustituir la extracción de sangre por otra muestra de

²⁴ Por ejemplo, no puede aplicarse una anestesia general o una droga a la cual el paciente registra antecedentes de reacciones adversas.

más simple obtención. Frecuentemente el material hematológico se requiere para practicar pericias de ADN. Hay casos en que este tipo de estudios se puede realizar con otras partes del organismo, como por ejemplo los cabellos²⁵, que pueden resultar más fácil de sacar por la fuerza que la sangre. Esta solución está receptada en la legislación holandesa y su reglamentación, estableciendo la participación de un médico²⁶.

Hay otros fluidos corporales que pueden reemplazar a la sangre para análisis genéticos, cuya obtención en condiciones normales no constituye riesgo alguno para quien debe soportarla, como ocurre con la saliva.

Sin embargo, de intentar adquirirla por la fuerza resulta inconveniente, toda vez que implica "la facultad de la policía para inmovilizar la cabeza del individuo, lo que previamente habría de suponer siempre la paralización total del cuerpo, después abrir por la fuerza sus labios y proceder al frótis del área intermedia entre sus encías y sus labios interiores hasta la obtención de material celular suficiente para generar una huella de ADN.

²⁵ Que debe conservar su raíz, porque allí se encuentran las células vivas que pueden posibilitar las tareas de identificación genética. Aunque pueda resultar chocante hablar de arrancar pelos, lo cierto es que resulta una medida inofensiva para la salud toda vez que unos pocos cabellos (p. ej. 10) pueden servir para los análisis. Sobre el particular destaca Jaime que en virtud del principio de "necesidad" imperante en la materia, siempre debe optarse por la extracción menos cruenta, invasiva y peligrosa. El autor cita como ejemplo que se debe priorizar la extracción de sangre sobre la de líquido cefalorraquídeo ("Actos de prueba invasivos y derechos fundamentales").

²⁶ Confr. ETXEBERRIA GURIDI, ob. cit., p. 420. Señala el autor (p. 427) que la legislación canadiense prevé la extracción compulsiva de cabellos, saliva y sangre. Es importante observar el orden que sigue la norma aludida.

Si el afectado por la medida opone resistencia física a la práctica de la misma, es de suponer que serán necesarios varios oficiales de policía para llevar a cabo satisfactoriamente la medida, *la posibilidad de violencia y de lesiones resulta innegable*²⁷.

Sobre la cuestión bajo tratamiento, han existido serios cuestionamientos de agrupaciones médicas. De acuerdo a lo desarrollado por ETXEBERRIA GURIDI²⁸ en su excelente trabajo citado, la British Medical Association ha propuesto sustituir la coacción oficial para la obtención de muestras, por un régimen de sanciones y consecuencias negativas para el sujeto que se niegue a soportar la medida. Para esta entidad, "el uso de la fuerza por un médico para la extracción de una muestra en interés de la justicia resulta incompatible con este principio y es totalmente contrario a la ética médica".

V. TRASLADO DE TESTIGOS

Si una persona ha sido legalmente citada como testigo y siendo notificada de manera fehaciente²⁹ no comparece, sin que medie impedimento legítimo comunicado

²⁷ GELOWITZ, menc. por ETXEBERRIA GURIDI, ob. cit., p. 421.

²⁸ Ob. cit., ps. 424 a 426.

²⁹ La citación diligenciada por la policía con la notificación que establece la ley es la manera corrientemente utilizada. Los restantes medios fehacientes de anoticiamiento pueden ser telegrama colacionado, radiograma, inclusive mediante comunicación telefónica directa con el interesado, como establecen algunas legislaciones (conf. CLEMENTE, JOSÉ LUIS, *Código Procesal Penal, comentado - anotado*, Lerner, Córdoba, 1998, ps. 110 y 111, t. II).