



CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA
ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL "DR. ARTURO ZELEDÓN CASTRILLO"

CURSO
EL CONTROL DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y DE PRUEBA
EN EL NUEVO PROCESO PENAL
MÓDULO II

NOMBRE DEL MATERIAL:
INTERVENCIONES CORPORALES Y PRUEBA CIENTÍFICA
1ª. Ed., SAN SALVADOR. EL SALVADOR

TEMA:
CONCEPTO Y CONSTITUCIONALIDAD DE LAS
INTERVENCIONES CORPORALES

Autores: Inés C. Iglesias Canle
y, Samuel Aliven Lizama, ,

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y CONSTITUCIONALIDAD DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

1. Introducción

El día 20 de abril de 199R entró en vigencia el CPP aprobado por D.L. No. 904 de 4 de diciembre de 1996, publicado en el D.O. No. 11, T 334, de 20 de enero de 1997. Este cuerpo legal contenía una disposición inédita en la historia del sistema penal salvadoreño: el Art 167 CPP.

El Art. 167 CPP prescribía que si en el curso de una investigación ya iniciada el fiscal estimaba necesario realizar una "inspección en el cuerpo del imputado" por presumir la existencia de elementos o indicios de prueba, debía solicitar la correspondiente autorización judicial.

Sin embargo, el Art, 167 CPP fue reformado mediante D. L No. 487 del 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. No. 144, T 352 del 31 de julio de 2001, que constituye su texto actual. Esta reforma resulta novedosa desde varias perspectivas.

En primer lugar, porque amplió el número de diligencias que pueden recaer sobre el cuerpo del imputado. Ya no sólo puede ser objeto de una "inspección en el cuerpo" como prescribía el texto anterior del Art. 167 CPP sino también de extracciones de muestras sanguíneas u otros fluidos corporales, ponerse o quitarse ropa. Asimismo, con la expresión "otros medios de prueba útiles", parece indicarse que la enumeración de las medidas que tienen por destinatario al imputado es ejemplificativa.

En segundo lugar, introduce la cláusula "aún sin el consentimiento del imputado" con lo cual se abre la posibilidad de ejecución coactiva de las intervenciones corporales, incrementándose el nivel de injerencia en la esfera de los derechos fundamentales de la persona. Finalmente, y quizá éste sea el aspecto de mayor trascendencia, la reforma del Art. 167 CPP adolece de algunas omisiones y deficiencias que podrían engendrar problemas de con situacionalidad y de legalidad. Con la reforma del Art. 167 CPP' se ha pasado, pues, de la regulación de la "inspección en el cuerpo del imputado" a la previsión legal de diferentes medidas de "intervención corporal".

El cambio normativo operado mediante la reforma del Art. 167 CPP, no sólo afecta al *nomen iuris* de la disposición, sino que va al fondo del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal.

A pesar de la trascendencia de la reforma del Art. 167 CPP el tema de las intervenciones corporales no ha tenido la atención legal, científica y jurisprudencial que el mismo amerita. Todo lo contrario sucede en otros países, en los cuales el tema de intervenciones corporales ha tenido un desarrollo y tratamiento inigualable tanto en la doctrina como en la legislación y jurisprudencia. Así, por ejemplo, la Ordenanza Procesal Penal alemana, en los parágrafos 81. a y ss. cuenta Con una regulación específica sobre la materia. El CPP italiano trata de las intervenciones corporales en los Arts. 244, 245, 247 Y 249. También la legislación británica cuenta con una regulación en la Police and Criminal Evidence. Act de 1984 sección 62 a 65, modificada en 1994 por la Criminal Justice and Public Order Act. Asimismo, debido a lo sensible de la temática, la mayoría de tribunales constitucionales ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular.

2. Concepto y definición

El primer aspecto que amerita una labor de clarificación respecto al tema que nos ocupa es el referido al concepto y definición de las intervenciones corporales.

El Art. 167 CPP previo a la reforma ya referida aludía a "inspección corporal" en el cuerpo del imputado. Con la reforma legislativa se pasó a referirse a las diversas diligencias que el mismo posibilita con el nombre de "inspección y pericias corporales".

Sin embargo, la doctrina científica alude a las mismas en mayor medida con el nombre de intervenciones corporales, denominación que si bien presenta una diferencia con la escogitada legalmente tiene un carácter genérico que es susceptible de abarcar la gran variedad de medidas a que alude la ley procesal penal y que da la idea de una intromisión en la esfera corporal de la persona por parte del Estado en el desarrollo de la investigación penal. Es por ello que las medidas de intervención corporal configuran auténticas medidas que afectan o restringen derechos fundamentales de las personas en la búsqueda de la verdad procesal.

En el desarrollo del presente trabajo, y aunque aquí no entremos en especificidades conceptuales y definiciones, en la categoría de "intervenciones corporales" incluimos una gama de medidas heterogéneas que afectan al imputado o a terceras personas en el marco de la investigación penal tal como se derivan del texto de la ley. De esta manera optamos, más que por brindar una definición, por enumerar las medidas que consideramos que quedan comprendidas en el concepto de intervenciones corporales del Art. 167 CPP.¹

Entre ellas tenemos: las inspecciones corporales (únicas previstas por el texto anterior la reforma del Art. 167 CPP); los registros corporales que desborden los límites de la requisa personal, es decir, que vayan más allá de una Simple palpación externa de la persona; las medidas de intervención en los orificios naturales del cuerpo (boca, ano y vagina); las medidas que afectan (grave o levemente) la integridad física de la persona tales como extracciones de muestras de sangre, saliva, tejidos, orina, cabellos, unas, extracciones de objetos del interior del cuerpo, etc.; las medidas que exponen a la persona a radiaciones tales como rayos X, TAC, resonancia magnéticas etc.; las pericias psicológicas; y, finalmente, las actividades tendientes a ponerse o quitarse ropa prescritas en el Art 167 CPP. .

Quedan excluidas de la categoría de "intervenciones corporales": la requisa personal del Art. 178 CPP ya que, al consistir en una mera palpación externa, no constituye intervención corporal; el reconocimiento de personas previsto en los Arts. 211 y ss. CPP; y, la toma de huellas dactilares y de fotografías etc.

3. Derechos fundamentales afectados

Las intervenciones corporales implican la afectación de una gama de derechos de la persona sobre la cual recaen. Algunos de ellos resultan afectados, con mayor o menor intensidad, atendiendo a diversas circunstancias.

a) El derecho a la integridad física.

El derecho fundamental que principalmente resulta afectado con las intervenciones corporales es la integridad física tutelado por el Art. 2 Cn. Las intervenciones corporales, ya sea que recaigan sobre el imputado o en sujetos distintos, implicarán la afectación de la integridad física de la persona.

Las medidas que significan una afectación admisible del derecho a la integridad física son las extracciones de sangre que posibilita el Art, 167CPP. Estas medidas, por insignificantes que parezcan, deben ser adoptadas con sujeción al principio de proporcionalidad, ya que atendiendo a las condiciones físicas del destinatario en unos casos podría representar una intromisión injustificada.

La afectación de la integridad física, según prescribe el Art. 167 CfP, tiene como límite la salud de la persona. El juez está en el deber de velar porque la medida de intervención corporal no lesione o ponga en peligro la salud del destinatario. Cuando la medida a aplicar implique un riesgo serio de afectar la salud o de producir consecuencias irreversibles sobre el cuerpo de la persona, no es posible proceder a la práctica de la misma. Es por ello que la realización de medidas como la arteriografía, neumoencefalogramas y otras que por el riesgo de lesión a la salud, deben estar prohibidas.

Por otro lado, deben quedar excluidas "las medidas de intervención corporal que entrañen, además de un riesgo para la integridad física de la persona, una vulneración de la dignidad humana y la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes establecida en el Art.5.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, como serían los exámenes ginecológicos compulsivos, Asimismo, deben excluirse las medidas policiales de consistentes en practicar de "nudos seguidos de flexiones con la finalidad de lograr la expulsión de objetos escondidos en las cavidades naturales del cuerpo.

b) El derecho a la intimidad personal y corporal.

El Art, 2 Cn., garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar ya la propia imagen.

¹ Para una distinción conceptual entre inspección corporal registros corporales e intervenciones corporales véase: Montero Aroca, Juan y otros: "Derecho Jurisdiccional. 111. Proceso Penal". 10ª. Edición. Tirant lo blanch. Valencia, 2001 p. 201-202; Asencio Mellado, José María: "Derecho Procesal Penal". Tirant lo blanch. Valencia. 1998. p. 168; Magaldi Paternostro, Mana José: Doctrina Constitucional Sobre Intervenciones Corporales en el Proceso Penal y el Derecho Fundamental a la Integridad Física y Moral Consagrado en el artº 15 de la Constitución Española en: La Prueba en el Proceso. Penal. Manuales de Formación Continuada \ 12. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000 p. 116-120; Rojas, Ricardo M. Y García, LUIS M.: Las inspecciones Corporales en el Proceso. Penal. Un Punto de Tensión entre la Libertad Individual y el Interés en la Averiguación de la Verdad" en: Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 14, Nos. 53/54. Depalma. Buenos Aires. 1991. p. 204; Moner Muñoz, Eduardo: "Las Intervenciones Corporales" en: España. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. La Restricción de Los Derechos Fundamentales de la Persona en el Proceso Penal. Mateu Cromo. 1993. p.167; Moras Mom. Jorge R.: Manual de Derecho Procesal Penal. 5ª. Edición. Abeledo Perrot Buenos Aires. p.199; López Ortega, Juan José: "La Protección de la Intimidad en la Investigación Penal" en: Revista Justicia de Paz No. 8. San Salvador: Corte Suprema de Justicia- Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz. Año IV. Vol. 1. Enero- Abril 2001 p.7 Etxeberria Guridi, José Francisco: "Las Intervenciones Corporales: Su Práctica y Valoración Como Prueba en el Proceso Penal, Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales". Trivium. Colección Estudios Procesales Penales. Madrid 1999. p. 3 1-65; Etxeberria Guridi, José Francisco: "La Intervención Médica en la "Diligencias Procesales de Investigación" en: Internamientos involuntarios Intervenciones Corporales ~ Tratamientos Sanitarios Obligatorios. Estudios de Derecho Judicial Nº. 26. Edición conjunta del Ministerio de Sanidad y Consume y el Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000. p. 123-131. Rebollo Delgado Lucrecio: "El Derecho Fundamental a la Intimidad" Dykinson. 2000. p. 176.

De la anterior triada de derechos el que reviste importancia, a efecto de estimar cuales son los derechos afectados por una intervención corporal, es el derecho a la intimidad personal.

El derecho a la intimidad personal, según expone REBOLLO DELGADO., debe ser distinguido del genérico derecho a la intimidad, ya que "el derecho a la intimidad hace referencia un ámbito genérico que incluye personas, lugares, datos, etc. por el contrario la dad personal está referida de forma concreta al individuo, un espacio psíquico y físico relativo a la persona individualmente considerada. De esta forma, el derecho a la intimidades un amplio conjunto de facultades referido a esferas determinadas de la vida del individuo al que el ordenamiento jurídico le confiere protección. Por el contrario el derecho a la intimidad personal tiene un referente más concreto, la persona"²

El autor antes citado se encarga de señalar que la intimidad personal no refiere al individuo en forma aislada de su entorno social, fundamentando la distinción entre los dos derechos en la radicación en el sujeto y no en el ámbito, límites o contenidos de los mismos, ya que estos pueden ser idénticos en los dos casos. Así mismo, haciendo una interpretación del Art. 18 Constitución española, señala que no hubiera sido desacertado el reconocimiento de un derecho a la intimidad a secas, sin adjetivos, aunque reconoce que la formula utilizada no es incoherente ya que reconoce en primer lugar el derecho a la intimidad en su sentido nuclear" y con posterioridad "otros contenidos". En el primer aspecto incluye la intimidad personal y familiar y, en el segundo, la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones.

Consideramos que la interpretación anterior es trasladable al Art. 2 Cn., salvadoreña, el cual fue adaptado de su similar española, con la diferencia de matiz en que la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones está prevista en disposiciones jurídico-constitucionales diversas en los Arts. 20 y 24 en.

Ahora bien, de las expresiones del derecho a la intimidad personal, la intimidad corporal o pudor constituye tan sólo una de sus manifestaciones. REBOLLO DELGADO, cuya exposición compartimos, ha señalado que las intervenciones corporales constituyen el ámbito más estrechamente relacionado con la intimidad personal y concluye que el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es identificable con una realidad física concreta Como es el cuerpo, pues ello conduciría a delimitar la intimidad por partes o zonas del cuerpo, lo que haría incurrir en una casuística que en todo caso no tiene encuadre constitucional. Así mismo, señala que la protección constitucional refiere a un concepto cultural, que se delimita socialmente en el recato y en el pudor personal, independientemente de las partes del cuerpo en que se realizan las indagaciones, y también de los instrumentos o procedimientos en ella utilizados. En definitiva un espacio físico, concretado en el cuerpo y otro psíquico, donde el individuo tiene plena capacidad de disposición y control, lo que la Constitución garantiza.³

Finalmente, consideramos que el derecho a la intimidad personal reconocido en el Art. 2 Cn., aunque aparece en la dicción literal de la Constitución sin referencia expresa a la posibilidad de su limitación, puede ser restringido mediante las intervenciones corporales. El Art. 2 Cn., no puede interpretarse con carácter absoluto, siendo posible la limitación del mismo cuando otros bienes o derechos constitucionales lo exijan, como sería el caso de actuación del *ius puniendi* del Estado.

c) El derecho a la libertad.

El derecho a la libertad se encuentra reconocido como un derecho fundamental en el Art. 2 Cn.

Para determinar si el derecho a la libertad de la persona reconocido por el Art. 2 Cn., resulta afectado, es necesario diferenciar entre los sistemas que admiten la utilización de la vis física y aquellos en los cuales la ejecución de las intervenciones corporales dependen de la voluntad del destinatario.

La realización de intervenciones corporales, en los sistemas que admiten el empleo de la coacción física como el caso del Art. 167 CPP, con los problemas que de ello se derivan y que luego se abordarán, implicará necesariamente una limitación del derecho a la libertad reconocido por la Constitución.

En los sistemas en los cuales las intervenciones corporales dependen de la voluntad del destinatario, aunque .en menor medida, también es posible estimar la concurrencia de hipótesis en que el derecho a la libertad resulte afectado, como sería el caso de una persona que se encuentra en libertad y la cual es requerida luego de ordenada la intervención corporal a efecto que se presente para la ejecución de la medida.

La anterior hipótesis permite diferenciar, por un lado, los requisitos y presupuestos que justifican las privaciones de libertad; y,

²Rebollo Delgado. Op.cit. p. 172

³Ibid. cf. p.172-177

por otro los requisitos y presupuestos que permiten la autorización de una intervención corporal. El juez, a la hora de valorar la autorización de las medidas de intervención corporal, tendrá que tomar en consideración la necesidad o no de privar de libertad a una persona a efecto de posibilitar la ejecución de la medida.

En todo caso, independiente del sistema acogido por el derecho positivo, la realización de las medidas de intervención corporal supondrán una limitación del derecho a la libertad de la persona reconocido por la Constitución.

d) El derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia aparece reconocida por el Art.12 inc. 1 Cn. En el Art. 14. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Art. 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos aparece reconocida como un derecho del imputado. Asimismo el Art. 12 Cn establece el derecho fundamental a no ser obligado a declarar, estableciendo que la persona que recurra a tales métodos incurrirá en responsabilidad penal.

En estrecha relación con el derecho fundamental a no ser obligado a declarar se encuentra dos derechos fundamentales como son el derecho a no autoincriminarse y el derecho a no confesarse culpable, los cuales tienen explícito reconocimiento normativo en el Art. 14. 3 letra "g" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Art. 8.2 letra "g" de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyos antecedentes en el constitucionalismo contemporáneo se remontan a las constituciones europeas, con desarrollo reciente en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25/ 02/1995.

A diferencia del Art. 12 Cn. que no prevé expresamente los derechos a no autoincriminarse y a no confesarse culpable, los instrumentos de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos los reconocen expresamente. Sin embargo, estimamos que el Art. 12 Cn. debe interpretarse, en el sentido de comprender el derecho a no autoincriminarse y el derecho a no declararse culpable, ya que lo que la Constitución pretende funcionalizar es la libertad de la persona imputada proscribiendo toda forma de amenaza, coacción o forma de afectar la libre voluntad de la misma en relación a la imputación que se le formula.

Establecido lo anterior cabe cuestionarse si las intervenciones corporales afectan los derechos a la presunción de inocencia, el derecho a no declarar y el derecho a no declarar contra sí mismo.

Aunque cualquier respuesta al asunto resulte discutible, lo cierto es que cuando lo que se demanda del imputado es un comportamiento pasivo de tolerar la medida de intervención corporal, es decir, cuando actúa como objeto de prueba y no como órgano de prueba, no puede entenderse que haya vulneración del derecho a no autoincriminarse.

Finalmente, es necesario señalar que en algunas medidas consideradas *ex lege* intervenciones corporales como las diligencias consistentes en quitarse o ponerse ropa" a que se refiere el Art. 167 CPP la distinción entre colaboración pasiva y comportamiento activo resulta relativizada y la posibilidad de entender la vulneración del derecho a no autoincriminarse puede resultar más que discutible.

4. Constitucionalidad. El principio de legalidad

Los derechos fundamentales de la persona se configuran como el marco normativo básico, que posibilita el disfrute de la libertad en el escenario de la sociedad. El desarrollo de la persona humana y de su dignidad solo es posible en la medida en que se garantiza el goce de su libertad. Sin embargo, la libertad individual no tiene carácter irrestricto ya que la misma debe ser puesta en conexión con el disfrute de los derechos de los demás.

A partir de esta perspectiva y dada la trascendencia de los derechos fundamentales para la convivencia social, éstos "se limitan cuando sea necesario hacerlo, no de forma arbitraria, sino a través de una ley y siempre que lo justifique la protección. y realización de derechos, bienes, valores o intereses igualmente protegidos a nivel constitucional..."⁴

⁴ Catoira, Ana Aba: "La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español". Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. p.77. La limitación de los derechos fundamentales por ley, y; entre ellos, el derecho a la intimidad, es una idea ampliamente desarrollada. También lo es la exigencia de previsión legal de las medidas de intervención corporal. Al respecto puede verse Benda, Ernesto y otros: "Manual de Derecho Constitucional". 2ª. Edición. Marcial Pons. 2001. p. 109-110; Pérez Tremps, Pablo: "Teoría General de los Derechos Fundamentales" en: Revista Justicia de Paz. San Salvador: Corte Suprema de Justicia- Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz. Año 11. Vol. 11. Mayo-Agosto, 1999. p. 149-150 Y 160-162; López Guerra, Luis: "Introducción al Derecho Constitucional". Tirant lo Blanch. Valencia, 1994. p. 119; Ferreira Rubio, Delia Matilde: "El Derecho a la Intimidad". Editorial Universidad. Buenos Aires, 1982. p. 183; Herrero Tejedor, Fernando: "Honore Intimidad y Propia Imagen". 2ª. Edición. Colex. Enero. 1994. p. 66; Concepción Rodríguez, José LUIS: Honor, Intimidad e Imagen. Un Análisis Jurisprudencial de la L.O. 1/1982". 1ª. Edición. Bosch. Barcelona, 1996. p. 85; López Ortega, Juan José: "Prueba y Proceso Equitativo. Aspectos Actuales de la Jurisprudencia Europea" en: Cuadernos de Derecho Judicial. La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993. p. 268; Morenilla Rodríguez, José María: "El Derecho al Respeto de la Esfera Privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" en: Cuadernos de Derecho Judicial. Op. cit. p. 323; Ramos Rubio, Carlos: "La Prueba Ilícita y su Reflejo en la Jurisprudencia en la Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada 12 Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000.p 58, De LLera

La anterior afirmación también ha sido aceptada por la jurisprudencia constitucional salvadoreña. La Sala de lo Constitucional, distinguiendo entre regulación y limitación, ha señalado que la limitación de los derechos fundamentales debe realizarse en virtud de una ley formal. Así, modificando el precedente de la sentencia de la inc. 4-94, señala que "resulta más adecuado interpretar el Art. 246 me, 1º Cn. en el sentido que únicamente se podrá limitar derechos fundamentales - establecer impedimentos o restricciones para su ejercicio - por ley en sentido formal, pero que la regulación de derechos que comprende titularidad: condiciones de ejercicio, manifestaciones y alcances del derecho, así como sus garantías, puede hacerse por cualquier norma de carácter general, impersonal y abstracta, siempre y cuando se emita por los órganos estatales o entes públicos con potestad normativa reconocida por la Constitución, y que no se vulnere la prohibición establecida en el mismo Art. 246 inc. 10 Cn., es decir, que no se altere el núcleo de los principios y derechos constitucionales"⁵

Las intervenciones corporales, como medidas que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales en el marco de la investigación penal, deben estar previstas expresamente por la ley. Aún se podría agregar que cuando los derechos fundamentales afectados son varios como en el caso de las intervenciones corporales, con mucha más razón se justifica que la exigencia de legalidad deba ser más estricta. En tal sentido "en relación con el principio de legalidad en el proceso penal, más que hablar del principio *"nullum crimen, nulla poena sine lege"*, ha de hablarse del principio *nulla coactio sine lege"*. La ley procesal debe tipificar tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos"⁶

Sin embargo, a diferencia de otras medidas restrictivas de derechos fundamentales como el registro y la requisita personal, que tienen específica cobertura constitucional en los Arts. 19 y 20 Cn., las intervenciones corporales carecen de una previsión constitucional expresa.

Sobre el particular, refiriéndose a la restricción de derechos fundamentales en ausencia de previsión constitucional específica, señala ETXEBERRIA GURIDI que "los derechos fundamentales no están sometidos únicamente a los límites que de manera expresa les imponen las normas constitucionales que los reconocen. Fuera de los supuestos en que la constitución habilite al legislador para limitar un derecho fundamental, es decir, cuando no exista reserva legal expresa, la limitación de los derechos fundamentales será también posible. Con esto se quiere decir que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no son absolutos o ilimitables, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional reiteradamente"⁷

La ausencia de una norma constitucional expresa referida a las intervenciones corporales no significa, en manera alguna, que las mismas carecen de legitimidad constitucional.

En el Derecho salvadoreño, la legitimidad constitucional de las intervenciones corporales ha sido sostenida por el Dr. CASADO PÉREZ quien entiende que las mismas encuentran "su inmediata justificación constitucional en la prevención del delito o en la investigación del mismo, siendo el art.19 de la Constitución un reflejo de dicha dicotomía, al establecer que la finalidad de las intervenciones corporales es la de prevenir o averiguar delitos o faltas". Añade además que "al término "registro" que utiliza el art. 19 Cn., debemos darle una amplísima significación y hacerlo equivalente a inspección corporal, que a su vez comprende eventuales acciones de búsqueda corporal, aún en las partes más íntimas del cuerpo humano, y de utilización de éste como objeto de investigación y medio de prueba de carácter pericial]. El principio de interpretación conforme a la necesidad de apurar todas las opciones interpretativas posibles nos lleva a esa exégesis en absoluto forzada del arto 19 de la Constitución de la República..."⁸

Estimamos que la constitucionalidad de las intervenciones corporales no puede ser derivada del A11. 19 Cn., ya que al prescribirse que sólo podrá practicarse el registro o la pesquisa de la persona para prevenir o averiguar delito o faltas, está refiriéndose únicamente a las

Suárez-Barcelona, Emilio: "Derecho Procesal Penal". Manual Para Criminólogos y Policías. 2. Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1997. p. 253; De Urbano Castrillo, Eduardo y Torres Morato Miguel Ángel: "La Prueba ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial". 2ª .. Edición. Aranzadi. Navarra, 2000.p. 94; Ferrer Amigo, Gonzalo: "Incidencia Constitucional de Las Intervenciones Corporales" en: España. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. La Restricción de Los Derechos Fundamentales de la Persona en el Proceso Penal. Mateu Cromo, 1993. p. 407; López Barja de Quiroga, Jacobo: "Instituciones de Derecho Procesal Penal" 1ª. Edición. Ediciones Jurídicas Cuyo. p. 322; Magaldi Paternostro. Op. CII. p.137-141.

⁵ Sentencia de Inconstitucionalidad Ref. 2-92 de 26 de julio de 1999. En la sentencia de inconstitucionalidad Ref. 4-94, precedente modificado por la presente sentencia el término "regulación" era utilizado con el sentido de limitación o restricción. re merito de esta sentencia radican en establecer, por primera vez, la distinción entre regulación y limitación. Además, siguiendo a Robert Alexy distingue entre "restricción directamente constitucional" y "restricción indirectamente constitucional". Sobre esa terminología véase: Alexy, Robert: "Teoría de los Derechos Fundamentales". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. p. 276-286. La Jurisprudencia constitucional sobre reserva de leyes abundante. Para un análisis de la evolución sobre el tema pueden verse las sentencias de inconstitucionalidad Ref. 3-85 de 26 de julio de 1989, Ref. 17-95 de 4 de febrero de 1995 Ref. 4-94 de 13 de junio de 1995, Ref. 8-97/15-97 de 23 de marzo de 2001, Ref. 22-97 de 27 de marzo de 2001 y Ref. 3-99 de 21 de junio de 2002

⁶ González-Cuellar Serrano, Nicolás: Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal. Colex. Madrid, 1990. p. 77.

⁷ Etxeberría Guridi. Las Intervenciones Corporales... Op. cit. p. 96.

⁸ Casado Pérez, José María: "La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño". 1ª Edición. Lis. San Salvador, El Salvador. 2000. p.213. La teorización que el Dr. Casado Pérez realiza en la obra citada (año 2000), habida cuenta que la reforma del Art. 167 CPP entró en vigencia en agosto de 2001, sólo es posible entenderla referida a una sola de las modalidades de intervención corporal: la inspección corporal.

diligencias de registro domiciliario y a la requisa de la persona, medidas que no son coincidentes con las intervenciones corporales. La interpretación extensiva que hace Casado Pérez del Art. 19 Cn., pese a la formulación claramente restrictiva del precepto, y al hecho de estar referido a medidas que limitan derechos fundamentales, no se aviene con el principio pro libertate como criterio rector de la interpretación de los derechos fundamentales.

Consideramos que cuando el Art. 19 en se refiere a "registro" debe entenderse referido a registro domiciliario del Art. 20 en y no a registro de la persona. Y cuando se refiere a "pesquisa de la persona" debe entenderse referido al instituto de la requisa personal del Art. 178 CPP. El Art. 19 Cn., adolece de ambigüedad sintáctica ya que es posible entender que los términos "registro" y "pesquisa" son sinónimos o expresan términos diversos. Sin embargo, estimamos que la conjunción "o" no es copulativa sino disyuntiva, pues está referida a dos formas de afectar la intimidad personal y familiar con régimen jurídico diverso: el registro domiciliario y la requisa personal. De lo anterior dan cuenta los antecedentes históricos normativos del Art. 19 Cn., en los cuales el término "registro" siempre se ha referido al registro domiciliario. Asimismo, el término "pesquisa de la persona" ha sido referido al instituto de la requisa personal.⁹

La constitucionalidad de las intervenciones corporales sólo es posible construirla a partir de la idea de límites de los derechos fundamentales. Para ello, es necesario indicar que los derechos fundamentales, tal como aparecen configurados en el texto constitucional aparecen con referencias indicativas claras de la posibilidad de su limitación:

Ahora bien, que las intervenciones corporales no estén justificadas desde la óptica del Art. 19 Cn no significa que las mismas sean inconstitucionales. Las intervenciones corporales afectan de modo principal, aunque no único, el derecho a la integridad física tutelado por el Art. 2 Cn. Esta disposición, si bien está formulada sin referencia alguna a la posibilidad de limitación, no puede entenderse que otorga carácter absoluto al derecho a la integridad física, siendo posible la limitación del mismo cuando otros bienes o derechos constitucionales lo demanden. Por otro lado, de la misma configuración normativa de los derechos fundamentales en el texto constitucional se puede inferir, expresamente en unas ocasiones e implícitamente en otras, que los mismos permiten su restricción.¹⁰

Apreciamos que, si bien desde el punto de vista constitucional, la norma habilitadora de las intervenciones corporales prevista en el Art. 167 CPP tiene su fundamento en la potestad del legislador para limitar los derechos fundamentales, la misma se manifiesta claramente insuficiente frente a determinados supuestos de aplicación como en los casos de intervenciones corporales de sujetos pasivos distintos del imputado. En otros casos, la aplicación literal de la norma puede conducir a verdaderas infracciones constitucionales como sería el caso de la realización de un test falométrico al amparo de la posibilidad legal de extracción de "otros fluidos corporales", medida que debe estar proscrita por su conculcación de la dignidad humana. Esto último, desde luego, comportaría aplicarlos efectos que determina el Art. 15 CPP para los casos de auténtica prueba prohibida.

Es por ello que "la naturaleza misma de las intervenciones corporales exige una detallada y precisa regulación en lo relativo a los límites y garantías tanto de su ordenación como de su ejecución. En qué casos y en qué circunstancias puede ser ordenada la diligencia, ante qué infracciones penales puede resultar justificada la intervención (o si por el contrario la gravedad de la misma resulta indiferente), la necesaria intervención de un médico o facultativo similar, la proscripción de determinados métodos que atenten gravemente contra la dignidad humana o que constituyan un serio peligro contra la salud de investigado, la posibilidad o no de la ejecución coactiva de la diligencia, etc."¹¹

La exigencia anterior, habida cuenta la heterogeneidad de medidas de intervención corporal y los derechos fundamentales implicados, demanda trascender la escueta regulación prevista en el Art. 167 CPP y precisar legalmente una serie de hipótesis no previstas expresamente.

CAPÍTULO II PRESUPUESTOS

⁹ El Art. 19 Cn tiene como antecedentes histórico-normativos el Art. 165 in. 1 Cn de 1962; Art. 165 inc. 1 Cn de 1950; Art. 21 inc. 1 Cn de 1945; Art. 381inc. 1 en de 1939; Art. 21 inc. 1 Cn de 1886; Art. 20 Cn de 1883; Art. 24 Cn de 1880; Art. 28 inc. 1 Cn de 1872; Art. 110 Cn de 1871; Art. 83 Cn de 1864; Art. 77 en de 1841, y Art. 66 Cn de 1824.

¹⁰ De otra idea son López Barja de Quiroga y Rodríguez Ramos quienes, en la fuerte crítica de la sentencia No. 37/89 de 15 de febrero del Tribunal Constitucional español, señalan que "se afirma en primer lugar que la intimidad no es un derecho absoluto, afirmación que sin matices es categóricamente incorrecta. La intimidad es una realidad (o, si se prefiere, un valor culturalmente dominado) amplia y, por ello comprensiva de muy diversos aspectos y ramificaciones, algunas de ellas de carácter absoluto, dentro de cada orden cultural. Existen derechos absolutos frente al Estado: por ejemplo, el derecho al proceso debido; el Estado no puede aplicar su ius puniendi si no es con sujeción a determinadas normas, que en un aspecto conforman el derecho al proceso debido que es oponible con "carácter absoluto" frente al Estado. Negar tal aserto es bajar soluciones maquiavélicas o conceptos de Estado, por suerte superados, e incompatibles con un estado social y democrático de Derecho. López Barja de Quiroga, Jacobo y Rodríguez Ramos, Luis: "La Intimidad Corporal Devaluada" en: Poder Judicial. Revista del Consejo General del Poder Judicial de España. 2ª. Época, número 14, junio 1989, p. 125-126

¹¹ Etxebarria Guridi. Las Intervenciones Corporales... Op, cit. p. 132. La exigencia de previsión legal respecto de otras medidas restrictivas de derechos fundamentales puede verse en Assalit Vives, José María: "Las Intervenciones Postales" en: La Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada 12. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2000. p. 216; Uria Martínez, Joan Francesc: "Intervenciones Telefónicas. Aproximación al Estado de la Cuestión" en: La Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada 12. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000. p. 250; Barrientos Pacho, Jesús María: "Entrada y registro en Domicilio Particular" en: La Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada 12. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2000. p. 308-309; Montero Aroca, Juan: "La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas en el Proceso Penal. Un estudio jurisprudencial". Tiran lo blanch. Valencia. 1999. p. 58-78

1. Presupuestos subjetivos

1.1. Autorización de la medida

En relación a los sujetos activos de las intervenciones corporales conviene distinguir entre el sujeto competente para ordenar la intervención corporal y el sujeto competente para practicarla. El primer aspecto atañe a la reserva jurisdiccional y el segundo, relacionado a la ejecución de la medida previamente autorizada, está referido a la reserva médica.

La Constitución, al no referirse expresamente a las medidas de: intervención corporal, lógicamente no hace mención alguna del sujeto competente para autorizarla. Tratándose del registro domiciliario, medida con la que tiene en común la restricción de un derecho fundamentación: Art. 20 Cn., exige como requisito del ingreso domiciliario el "mandato judicial".

Sin embargo, aunque la Constitución no lo demande así la exigencia de que los derechos fundamentales se limitan por ley y mediante una autorización jurisdiccional puede inferirse de la misma formulación lingüística de "los derechos fundamentales en el texto constitucional y de la configuración del Estado como Estado Constitucional y Democrático de Derecho

Adicional a lo anterior, el Art. 167 CPP prescribe que para realizar una intervención corporal, el fiscal "solicitará autorización al juez para realizarla". La exigencia de autorización judicial para proceder a la realización de una intervención corporal es ineludible y, aunque el Art. 167 CPP no lo expresara, el requisito sería una exigencia reclamada desde la misma Constitución. Prescindir de esta exigencia sería una violación directa de los derechos fundamentales del imputado en la investigación penal que, por tratarse de un supuesto de prueba prohibida, aparejaría la exclusión probatoria del Art. 15 CPP.

El requisito de jurisdiccionalidad de la intervención corporal, al estar expresamente reclamado en el Art. 167 CPP, no resulta problemático dada la claridad con que la exigencia se plantea.

Sin embargo, los problemas se plantean cuando en la realización de los "actos urgentes" a cargo de la FGR y la policía, la exigencia se mantiene o la misma necesidad de urgencia hace ceder el requisito de jurisdiccionalidad. Al análisis de este aspecto dedicamos las siguientes consideraciones.

El CPP en diferentes disposiciones indica que, por lo general los actos de suma o extrema urgencia están a cargo de: la policía. También la FGR puede estar presente o tornar a su cargo los actos de suma o extrema urgencia. Precisamente por el riesgo de pérdida del elemento de prueba es que, tradicionalmente, no se exige el control judicial en este tipo de actos. Así lo corroboran los Arts. 163, 164, 165, 166, 239 inc. 1, 241 N.º 3 y 244 CPP.

Lo anterior podría llevar a creer que, tratándose de actos urgentes, tanto la FGR como la policía tienen competencia para ordenar intervenciones corporales sin que medie autorización judicial.

La interpretación anterior ha sido acogida en algunos casos por la FGR y condujo, en el un caso sentenciado por el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, a la práctica de un Examen Toxicológico del imputado sin autorización judicial. El tribunal de referencia, con total acierto, realizó la exclusión probatoria señalando que "la pericia antes señalada constituye una intervención corporal, la cual dada su entidad afectativa de Derechos fundamentales en la persona que se realiza, debe ser efectuada con observancia de las garantías que el legislador señala para dicho acto, puesto que de lo contrario se está conculcando Derechos esenciales que no son disponibles ni limitables por cualquier autoridad, sino únicamente la jurisdiccional, bajo supuestos de absoluta necesidad, es decir, siempre observando el principio de Proporcionalidad que únicamente puede observar aquella autoridad que tiene independencia del ente investigador"¹²

La interpretación en virtud de la cual la FGR y la policía tendrían competencia para ordenar intervenciones corporales, y que estaría abonada principalmente por el Art. 241 No. 3 CPP, debe sin embargo ser sometida a revisión.

La FGR, por mandato del Art. 193. 3 Cn., debe dirigir la investigación del delito "en la forma que determine la ley". La vinculación, pues, de la FGR al principio de legalidad, en la investigación del delito, es una exigencia constitucional ineludible.

El sometimiento a la ley por parte de la FGR viene reforzado, en el proceso penal, como la exigencia de "estricto cumplimiento de

¹² Sentencia de 27 de marzo de 2001 pronunciada por el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador en la causa Ref. 26-01-3a

la ley" del Art. 84 CPP. La FGR en la realización de los actos de investigación penal tiene una vinculación plena y de sujeción estricta a las exigencias de la ley procesal penal. Debe realizar los actos que preceptivamente le impone el CPP.

Creemos que la FGR carece de facultad legal de ordenar una intervención corporal aunque de actos urgentes se trate. En primer lugar, por tratarse de una medida restrictiva de derechos fundamentales que debe estar especificada en la ley, no le ha sido otorgada la facultad legal para realizarla en los actos urgentes. En segundo lugar, porque tratándose de actos definitivos e irreproducibles (y las intervenciones corporales lo son por exigencia expresa del Art. 167 CPP), el Art. 238 inc. 2 CPP parte final, siguiendo el criterio de "Juez más próximo", prescribe que si el fiscal "estima necesaria la practica de un acto conforme a lo previsto para los definitivos e irreproducibles o necesita una autorización judicial, la requerirá en seguida al Juez de Paz competente; en caso de urgencia, al más próximo. En tercer lugar, el Art. 84 me. 2 CPP contiene la exigencia de que los fiscales "En todo caso actuarán bajo el control jurisdiccional". Esta exigencia demanda que aún tratándose de actos urgentes la FGR debe someterse al control previo del juez.¹³

La exigencia de control judicial, reclamada por el Art. 84 inc. 2 CPP para la actuación de la FGR, conduce a excluir el supuesto de actuación independiente con ulterior ratificación judicial. Si el Art. 238CPP inc. 2 parte final, flexibilizando la regla de juez competente" por la regla de. Juez próximo exige que aún en los actos urgentes la FGR solicite autorización judicial, queda eliminada toda posibilidad de actuación sin previa autorización judicial aunque se realicen a reserva de someter el acto ejecutado al control posterior. Este supuesto, habida cuenta las formas de comunicación electrónica que posibilitan los Arts. 142 en relación al Art. 137 CPP u otras formas de colaboración interinstitucional, resulta claramente contrario a la ley.

Si la FGR carece de facultades legales para proceder a la realización de intervenciones corporales sin autorización judicial con mucha más razón la policía. En primer lugar porque la policía, por mandato de los Arts. 159 .inc, 3 y 193 Cn., debe actuar bajo dirección funcional de la FGR, 10 cual le impide actuar autónomamente. En segundo lugar, cuando el Art, 241 No. 3 CPP Impone a la policía la obligación de "hacer constar el estado de las personas... mediante inspección... y demás operaciones técnicas...", se está refiriendo a la realización de la inspección en el lugar del hecho y a las medidas técnicas que debe adoptar para proteger el escenario del delito, de allí que se esté haciendo alusión a uno de los pasos de la llamada "metodología de la investigación criminalística" y que guarda relación con lo referido en el Art. 164 CPP, no así con la posibilidad de proceder a realizar intervenciones corporales al imputado.

Finalmente, la consecuencia derivada de realizar una intervención corporal por parte de la FGR o la policía sin autorización judicial, aunque de actos urgentes se trate, acarreará la consecuencia gravosa de la exclusión probatoria del Art. 15 CPP. Por tratarse de una medida restrictiva de derechos fundamentales, que debe estar especificada en la ley en forma expresa, tanto la FGR como la policía no se encuentran autorizadas para acordar una intervención corporal y deben, en consecuencia, solicitar la correspondiente autorización judicial.

1.2. Ejecución y práctica.

Una de las deficiencias de legalidad de las intervenciones corporales, previstas en el Art. 167 CPP, es que no ha precisado con claridad lo relativo al personal que realizará materialmente las intervenciones corporales. Únicamente prescribe que si el juez estima que la intervención corporal es ejecutable, la llevará a cabo velando por la dignidad y la salud del imputado "con el auxilio de peritos, en su caso".

La formulación escueta que el Art. 167 CPP hace del "auxilio de peritos" presenta algunos problemas. En primer lugar, la expresión "en su caso" parece indicar (erróneamente) que no siempre es necesaria la intervención pericial. Asimismo, no ha dado respuesta a algunos aspectos centrales que atañen al acto ejecutivo de las intervenciones corporales. Entre estas carencias tenemos la falta de indicación de la categoría profesional exigida al perito, no se especifica si la intervención pericial se constriñe únicamente a los casos de afección de la integridad física y tampoco se prescribe nada respecto a la sujeción pericial a

¹³ Este también es el criterio de Jaime Martínez Ventura quien señala que Los actos de Investigación, urgentes o no.; que requieren de autorización judicial, son la inspección y perrerías corporales ... Martínez Ventura, Jaime: "La Policía en el Estado de. Derecho Latinoamericano: Estudio Sobre El Salvador" 1ª Edición. Imprenta Ricaldone. San Salvador, El Salvador. 2002. p. 64. También, señala Astor Escalante, que 'El fiscal puede, realizar por su propia autoridad algunas actividades supra mencionadas u ordenar su realización; no obstante, cuando estas actividades implican afectación a derechos o garantías fundamentales en contra de la o las personas investigadas, debes ocultarse la respectiva autorización del juez para su legal realización, En este caso, la presencia del Juez de paz es manifiesta debiendo ejercer el control al que hace referencia el art. 55 # 1 PrPn; para el caso puede mencionarse vía ejemplo: los registros y allanamientos, pericias, inspecciones u otros que por su naturaleza se consideren como definitivos e irreproducibles. Es importante dejar claro que la solicitud debe hacerse al juez de paz competente, para la mencionada autorización; Sin Embargo, si la realización del acto es urgente, puede requerir al Juez más próximo. Estas situaciones están previstas en los Arts . 238 Inc. 2º Y 270 .Pr Pn Escalante Saravia, Astor: "Diligencias Iniciales' de Investigación en. Revista Justicia de Paz. San .Salvador: Corte Suprema de Justicia- Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz. Año 11 Vol I Enero- Abril. 1999. p. 255-256

la *lex artis*. A continuación nos referimos a cada una de ellas.

Tal como está redactado el Art. 167 CPP, al no exigir expresamente que el acto se realice por un médico, sería posible que las intervenciones corporales sean llevadas a cabo por personal no médico. Esta interpretación estaría abonada por la distinción que formula el Art. 196 CPP entre profesión, arte o técnica reglamentada Y no reglamentada, bastando que el perito tenga "idoneidad manifiesta".

Sin embargo, la generalidad de la doctrina ha concluido que toda intervención corporal "se practique siempre por un profesional de la medicina de acuerdo con la *lex artis* y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona"¹⁴ de actos definitivos e irreproducibles (y las intervenciones corporales son por exigencia expresa del Art. 167 CPP) el Art 238 inc. 2 CPP parte final, siguiendo el criterio de "Juez mas próximo", prescribe que si el fiscal "estima necesaria la práctica de un acto conforma a lo previsto para los definitivos e irreproducibles o necesita una autorización judicial, la requerirán en seguida al Juez de Paz competente; en caso de urgencia, al más próximo. En tercer lugar, el Art. 84 inc. 2 CPP contiene la exigencia.

Consideramos que, aunque no sea una exigencia expresa de la ley, las intervenciones corporales deben ser realizadas por un profesional relacionado de forma inmediata con la salud, prioritariamente un médico. En la realización de la intervención corporal el juez tiene el deber legal derivado del Art. 167 inc. 2 CPP, de velar por la salud del imputado y los Profesionales encargados para ello son los que especifica el Art. 5 CS¹⁵ de allí que solamente ellos puedan Intervenir al imputado. El personal que realiza actividades especializadas, técnicas y auxiliares de las profesiones .indicadas en el Art. 5 CS, al ser complemento de dicha profesión, también podrían llevar a cabo la ejecución de una intervención corporal.

La exigencia de un médico en la realización de las intervenciones corporales conduce a excluir: por ser contrario al Art. 172 Cn., que el juez asuma el rol de perito en la ejecución del acto. Este también fue el criterio sostenido por el tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador al sentenciar el caso Ref. 85-03-3a el 13 de mayo de 2003 en el cual la autoridad jurisdiccional asumió el rol de perito en la realización de (a intervención corporal. El tribunal señala que "el juez no puede asumir el rol de investigador porque esta facultad nuestra Constitución se la ha encomendado en forma expresa y exclusiva a la Fiscalía General de la República art. 193 ord. 3º y 4º Cn."

Otra de las deficiencias del Art. 167 CPP es que no especifica si la intervención pericial sólo se da en los casos en que haya que afectar la integridad física del imputado, pero no en las inspecciones y registros corporales como sería la penetración en los orificios naturales del cuerpo (boca, ano, vagina). Este terna, que ha sido objeto de discusión en otros países, se ha resuelto a favor de la exigencia médica atendiendo a la gravedad de la invasión que implica para la persona y al peligro de lesión que acarrea.

Estimamos que la exigencia de un profesional médico en estos casos se deriva, no solo por la posible lesión a la salud, sino porque el mismo Art. 167 CPP también exige al juez velar por el respeto de la dignidad del imputado, lo cual está vinculado a la percepción y confianza que el ciudadano tiene hacia el profesional médico en quien puede depositar aspectos de su intimidad.¹⁶

. La exigencia de la cualificación profesional se resuelve con carácter prioritario, aunque no único, a favor del profesional médico. Una extracción de sangre, por ejemplo, podría ser realizada por un licenciado en laboratorio clínico. El Art., 5 CS lo incluye en la enumeración de las profesiones relacionadas con la salud. Las actividades especializadas, técnicas y auxiliares de la profesión médica especificadas en el Art. 24 CS¹⁷, al considerarse por el Art. 5 inc. 2 es que forman parte de la profesión médica, también entrarían en el círculo de posibles

¹⁴ Moner Muñoz. Op.cit. p. 180. Paz Rubio, José María y otros: "La prueba en el Proceso Penal. Su Práctica Ante los Tribunales". Colex. 1999. p. 373, Calvo Resel, Pilar y Armas Galve, Mercedes: "Las Intervenciones Corporales Como Medio de Obtención de Prueba en el Proceso Penal" en: España. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. La Restricción de los Derechos Fundamentales de la persona en el Proceso Penal. Mateu cromo, 1993. p. 413; Elxerria Gurudi. Las intervenciones corporales... Op. Cit p. 310-325; Etxerria Gurudi. Las Intervención Médica. Op. cit. P. 162-185.

¹⁵ Art. 5.- Se relacionan de un modo, inmediato con la salud del pueblo, las profesiones médicas, odontológicas, químico farmacéuticas, médico veterinaria, enfermería, licenciatura en laboratorio clínico, Psicología y otras a nivel de licenciatura. Cada una de ellas serán objeto de vigilancia por medio de un organismo legal. el cual se denominara según el caso Junta de Vigilancia de la Profesión Odontológica, Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutico, Junta de Vigilancia de la Profesión Médico Veterinaria, Junta de Vigilancia de la Profesión de enfermería junta de Vigilancia de la Profesión de laboratorio Clínico y Junta de Vigilancia de la Profesión en Psicología. (3) Se entenderá que forma parte del ejercicio de las profesiones antes mencionadas y por consiguiente estarán sometidas a la respectiva Junta de Vigilancia, aquellas actividades especializadas, técnicas y auxiliares que sean complemento de dicha profesión.

El Consejo Superior de Salud Pública calificará aquellas profesiones además de las antes relacionadas, a nivel de licenciatura, que se relacionan de un modo inmediato con la salud del pueblo y que podrán tener su respectiva Junta de Vigilancia.

Si se tratará de otras actividades profesionales relacionadas directamente con la salud, no enumeradas en el inciso primero de este artículo o para cuyo estudio no existe en las Universidades legalmente establecidas en el país, la escuela o facultad correspondiente, el Consejo podrá autorizar su ejercicio previo examen determinado a cual de las Juntas quedará sometida para su control

¹⁶ Además, es de tener presente que "la practica de inspecciones o registros en las cavidades corporales no se reserva habitualmente a los médicos por alguna razón relacionada con la salud, sino que es la consideración y estimación del ciudadano hacia la actividad médica la que influye en numerosas ocasiones en la decisión de encomendar la practica de ciertas diligencias al profesional de la medicina". Etxerria Gurudi. Las Intervenciones Corporales... Op. Cit. p. 324.

¹⁷ Art. 24.- Se consideran actividades técnicas y auxiliares de la Profesión Médica, las siguientes: a) Tecnología en Kinesiotología y Terapia Física; b) Tecnología en Terapia Ocupacional; e) Tecnología en Radiología; ch) Tecnología en Terapia de Radiaciones; d) Tecnología en Audiología; e) Tecnología en Ortesis y Prótesis; f) Tecnología en Anestesiología y Reanimación; g) Tecnología en Electro cardiología; h) Tecnología en Angiocardiología y Perfusión Extracorpórea; i) Tecnología en Psicometría; j) Tecnología en Ortopedia; k) Tecnología en Audioprótesis; l) Tecnología en Salud Materno Infantil; 11) Tecnología en Nutrición y

ejecutores de una intervención corporal. Un técnico en radiología, al estar comprendido entre las actividades del A11. 24 es, perfectamente podría practicar una radiología para determinar la presencia de posible droga al interior del cuerpo de una persona.

El Art. 167 CPP no prescribe que el perito (médico) debe actuar conforme a las reglas del saber médico o *lex artis*. Sin embargo, "esta referencia a las reglas del saber médico puede parecer una obviedad, pero sirve para excluir la posibilidad de aplicar métodos de investigación novedosos acerca de cuya ejecución práctica no se haya aceptado todavía un reconocimiento genera o para prohibir los experimentos sobre o con el cuerpo del inculgado. Estas limitaciones derivan, en último término, de la observancia del principio de proporcionalidad."¹⁸

Finalmente, es de señalar que la relevancia de este tema estriba en el valor probatorio que se le otorgue a la prueba. Si el art. 167 CPP exige la intervención pericial, de la cual el art. 196 CPP demanda una determinada calidad habilitante, la misma resulta relevante para el valor que le otorgará a la prueba.

1.3 Sujetos pasivos.

El Art. 167 CPP contempla una serie de medidas de intervención corporal que tiene por sujeto pasivo o destinatario de las mismas al imputado. Entre estas medidas se encuentran la inspección en el cuerpo, someterlo a extracción de muestras de sangre u otros fluidos corporales y ponerse o quitarse la ropa.

La referencia expresa que el Art. 167 CPP hace del "imputado" como destinatario de las medidas de intervención corporal no plantea mayor problemática, aunque sería deseable de lege ferenda, que cuando el sujeto pasivo de la medida se reserve a otra mujer o a un médico como ocurre el parágrafo 81 lit. "d" de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

Lo que ha sido objeto de discusión en la doctrina, desde el punto de vista del "Sujeto pasivo, es lo relativo a la fase del proceso hasta la cual resulta admisible la realización de una intervención corporal. El Art. 167 CPP, al referirse al "imputado" y a la realización del acto conforme Ha los actos definitivos e irreproducibles" del Art. 270 CPP, parece condicionar la realización de intervenciones corporales hasta la fase de instrucción. Sin embargo, ello no debe interpretarse así

El Art. 167 CPP no señala un momento específico hasta el cual resulta posible ordenar la realización de una intervención corporal. La referencia a su ejecución mediante el mecanismo de los actos definitivos e irreproducibles indica que lo normal será su realización en las primeras diligencias de investigación (Art. 238 inc. 2 CPP) o en la fase de instrucción. Asimismo, puesto que el mecanismo de los actos definitivos e irreproducibles previsto en el Art. 270 CPP no excluye su realización durante la fase de) juicio oral, posibilitándose "en todo momento que fuere necesario", también será posible la realización de una intervención corporal durante esta fase del proceso toda vez que no sea incompatible con la realización del debate (Art. 34i) inc. 2 in fine CPP). En la práctica jurisprudencia! salvadoreña lo común es la realización de las intervenciones corporales en las fases iniciales del proceso. En la fase del juicio oral son verdaderamente excepcionales.¹⁹

Sin embargo, nos queda todavía un supuesto más según la estructura del proceso. Nos referimos a la posibilidad de llevar a cabo diligencias de intervención corporal después de la sentencia condenatoria.

La doctrina señala que "esta hipótesis es susceptible de materializarse una vez recaída sentencia condenatoria, pero con anterioridad a su firmeza o bien incluso cuando aquella deviene firme y se procede a su ejecución adquiriendo la condición de penado ya en el ámbito penitenciario. La primera hipótesis es factible cuando en sucesivas instancias procesales pretendan las partes recurrir a la prueba de intervención corporal, ya porque fue indebidamente denegada o por cualquier circunstancia no haya podido practicarse generando indefensión. La segunda hipótesis es igualmente factible y mucho más rica en supuestos"²⁰

El caso de la sentencia condenatoria anterior a su estado de firmeza, siguiendo las reglas de los Arts. 411 y 423 CPP, posibilitará la realización de la intervención corporal como parte del ejercicio del derecho de defensa del imputado previsto en los Arts "12 Cn, 9 y 10 CPP aunque la sentencia no esté firme.

Dietética; m) Terapia respiratoria, ventilatoria y gasometría; n) DEROGADO. ñ) Licenciatura en trabajo social, y o) Las demás actividades especializadas, técnicas y auxiliares que a JUICIO de la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica, deban ser incorporadas a la misma

¹⁸ Etxeberria Guridi. Las Intervenciones Corporales...Op. Cit. P. 325

¹⁹ Este fue el caso de la petición resuelta en el proceso Ref. 173-2-2002 del Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador en el cual, en virtud del embarazo de la víctima durante fase de instrucción, la intervención corporal fue autorizada por el tribunal de sentencia referido antes de la vista pública.

²⁰ Etxeberria Guridi. Las Intervenciones Corporales... Op. Cit: p: 327

El caso de realización de intervenciones corporales en el ámbito penitenciario, bajo la modalidad de registro de los internos, viene autorizado por el Art. 93 LP. Sin embargo, carecen de cobertura legal otras formas de intervención corporal diferentes a los registros de los internos como serían extracciones de sangre; pruebas radiológicas etc. Además, la medida autorizada por el Art. 93 LP está desprovista de las garantías necesarias para su realización. No se regulan los supuestos de aplicación, la exigencia de motivos suficientes, la sujeción de la medida al principio de proporcionalidad, la competencia para ordenar la medida y para ejecutarla, no se distingue entre internos detenidos provisionalmente o penados, la posibilidad o no de ejecución coactiva, duración y lugar de la medida, etc. El Art. 93 LP vagamente señala como limitaciones legales su realización en privado, el respeto a la dignidad de la persona; y, como regla general, la realización en horas diurnas.

Tratándose del registro de visitas de cualquier naturaleza, hipótesis prevista por el Art. 93 me, J LP, la vaguedad es más acentuada, Únicamente se señala que deberán realizarse "respetando la dignidad de las personas". Como si esto fuera poco, en franca transgresión constitucional, la realización de este tipo de registros se realizará de acuerdo "a lo que se establezca en el reglamento" con lo cual el requisito constitucional de reserva de ley tratándose de medidas restrictivas de derechos fundamentales, resulta palmariamente quebrantado.

La remisión al reglamento establecida por el Art. 93 inc. 3 LP es desarrollada por los Arts. 334 y 335 RGLP. De estas disposiciones reglamentarias, la que mayores problemas presenta es el Art. 334 RGLP, ameritando referimos a ellos.

En primer lugar, el Art. 334 inc. 1 RGLP no es claro si, al utilizar la expresión "cacheos o registros" se está refiriendo a dos diligencias distintas o a una sola caracterizada por recaer sobre "personas, ropa y enseres de los internos" y cuando se refiere a "requisas" parece indicar que se refiere a la diligencia que recae en las "celdas, dormitorios, locales y dependencias de uso común".²¹

En segundo lugar, la expresión "cacheo con desnudo integral" utilizada en el Art. 334 me. 2 RGLP resulta contradictoria porque si la persona es expuesta a desnudo integral ello impide la palpación superficial que caracteriza al cacheo salvo que se entienda que se refiere a dos diligencias distintas pero consecutivas donde lo primero que se ejecutiva es el cacheo superficial para luego proceder al desnudo integral.²²

Finalmente, el Art. 334 inc. 2 señala que cuando "el cacheo lo sea en sus partes íntimas" se realizará por personal médico, equiparando el cacheo a la inspección de las partes íntimas cuando se trata de dos diligencias distintas donde la intensidad de la afectación a los derechos de la persona es mayor en el segundo caso.²³

La otra hipótesis, relativa a los sujetos pasivos de las intervenciones corporales, y que el Art. 167 CPP no contempla expresamente es la posibilidad de realizarlas en sujetos distintos del imputado. Las opciones que se nos presentan son admitir o negar la posibilidad de realización. La doctrina mayoritaria entiende que "las medidas de intervención corporal son aplicables sobre el imputado y sobre terceros, incluida la víctima del delito"²⁴

Sin embargo, la admisión de intervenciones corporales sobre terceros se hace en forma excepcionalísima y rodeada de un mayor número de garantías que cuando se trata del propio imputado. En estos casos, la exigencia de previsión legal específica que posibilite las medidas de intervención corporal, se vuelve más rigurosa y las cautelas se incrementan. Por lo anterior, nos parece que al carecer en la actualidad de previsión legal específica la posibilidad de realizar intervenciones corporales en

²¹ No parecen advertir problema alguno Sydney Blanco y Membreño quienes comentan La pena de prisión solo limita el derecho a la libertad ambulatoria y no los restantes derechos fundamentales que corresponden a todo ser humano; es así como el derecho a la intimidad debe ser protegido y resguardado siempre, y por tanto, aun en los centros penitenciarios; de ahí que los registros (que recaen sobre la persona e integridad del interno) y requisas (que recaen sobre su habitación o celda) que deban practicarse a los internos sean en privado, y fundamentalmente sean desarrollados solo por el día, considerando como excepcional el registro o requisas desarrollado en la noche". Sydney Blanco, Edward y Membreño, José Ricardo: Ley Penitenciaria. Concordada, Comentada y Anotada". Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia. ARSJ/UTE. San Salvador 1998 p 195.

Tampoco lo advierte Fernández García quien señala que "La administración penitenciaria podrá, acordar el registro de las pertenencias de los internos y de sus celdas, pero se hará sin la presencia de otros internos. Las requisas en los establecimientos se harán periódicamente y de acuerdo a lo previsto reglamentariamente. En los dos casos, la Ley dice que se hará respetando la dignidad de las personas y de día, excepto cuando razones de seguridad justifiquen que se haga de noche. El registro de visitas se hará respetando la dignidad de las personas y de acuerdo a lo, establecido por el (sic) ley" y el Reglamento (art. 93 LP)" Fernández García, José Arturo: Ley Penitenciaria en: Revista Justicia de Paz. San Salvador: Corte Suprema de Justicia- Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz. Año 11. Vol. 1. Enero-Abril. 1999. p. 183

²² Idéntica crítica respecto a la normativa penitenciaria española en Etxebarria Guridi. Las Intervenciones Corporales... Op. cit. p. 42-43. Con algunos comentarios y señalando determinados límites a la práctica de esta injerencia puede verse Fernández García, Julio y otros: Manual de Derecho Penitenciario. Colex. 2001. p.248-252

²³ Este parece ser también el criterio del Tribunal de Sentencia de Chalatenango que, en el caso Ref. 15-02-2001 sentenciado el 23 de abril de 2001, al valorar el acta de registro efectuado a la imputada al ingresar a un centro penitenciario, señala que "el procedimiento utilizado, se encuentra en un limbo entre lo que es una requisas personal y lo que es una inspección corporal, sin embargo al tener que ubicarla en una categoría o en la otra, por la naturaleza del mismo se aproxima más a una injerencia en la esfera de la intimidad de la persona..."

²⁴ Moner Muñoz. Op. cit. p. 167

personas diversas del imputado, no es posible sostener lo afirmado por el Dr. CASADO PEREZ en cuanto que "Desde el punto de vista subjetivo, las intervenciones corporales pueden recaer sobre el imputado y sobre terceros relacionados con el delito, como es el caso de la víctima, debiendo con ella extremarse la delicadeza y consideración. El arto 167 CPP sólo alude a la inspección" en el cuerpo del imputado", pero sería absurdo que estuviese vedado inspeccionar a quienes han sido víctimas del delito (lesionados, persona violada), facultad que se infiere del tenor literal del Art. 19 de la Constitución y del deber general de colaboración con la Administración de Justicia"²⁵

Por otro lado, no es posible que tratándose de una medida restrictiva de derechos fundamentales que debe estar especificada en la ley, se aplique analógicamente el régimen jurídico previsto en el Art. 167 CPP para el imputado. Las medidas restrictivas de un derecho fundamental

no pueden configurarse ni por vía interpretativa ni por aplicación ana lógica de la ley, deben resultar del texto expreso de la ley. Una adecuada regulación de las intervenciones corporales, que satisfaga el requisito de legalidad, debería especificar el supuesto de aplicación en virtud del cual las intervenciones corporales tengan por destinatarios a sujetos pasivos distintos del imputado. En la actualidad, salvo el supuesto de consentimiento, no podría obligarse válidamente a quien no sea imputado a soportar una intervención corporal.

ETXEBERRIA GURIDI, refiriéndose al incremento de las garantías y a los criterios para la concreción de los indicios respecto de los no imputados señala que "si se exige la concurrencia de indicios concretos racionales y fundados de responsabilidad o, en idénticos términos, una imputación suficiente o motivos bastantes para creer responsable a la persona contra la que se ha de adoptar la diligencia tratándose ésta del inculpado, esto es, de la persona que presuntamente ha cometido el hecho que se investiga, con mayor razón han de concurrir estos indicios en la probable participación en la conducta criminal por su condición de no inculpados. Los indicios a los que nos referimos han de ser expresivos de la condición de portadora de huellas o vestigios consecuencia del delito o de la condición de testigo de la persona que va a ser sometida a la investigación corporal..."²⁶

El autor antes citado, siguiendo a la doctrina alemana, adopta el "principio del testigo" y el "principio de la huella o de los vestigios". En virtud de estos principios, para que una persona diversa al imputado sea sujeto pasivo de una intervención corporal, es preciso que en la misma concurra la calidad de testigo (lo que incluye a la víctima Art. 100 CPP) o de portadora de una huella o vestigio.

Admitida la posibilidad de que los no imputados puedan ser objeto de una intervención corporal la doctrina se ha encargado de señalar algunos límites de la intromisión. Entre estos límites se encuentran el que la persona sea testigo o portador de indicios; se admiten extracciones de sangre e inspecciones en los orificios naturales; se excluye la ejecución coactiva; y, finalmente, se aplica la facultad de abstención prevista para los testigos en el Art. 186 CPP.

En la práctica judicial, las intervenciones corporales de los no imputados son realizadas en virtud de actuaciones judiciales que prescinden de la opinión del destinatario de la medida. Es frecuente que en los delitos de violación el juez de instrucción, en el auto de instrucción, ordene peritajes psicológicos y psiquiátricos de la víctima Sin que la misma tenga oportunidad de pronunciarse al respecto.²⁷

Las intervenciones corporales de terceros, máxime cuando de pericia psicológica se trate, no pueden ser realizadas sin atender al consentimiento de su destinatario. La cláusula "aún sin el consentimiento" prevista para el imputado por el Art. 167, CPP no puede, bajo ninguna circunstancia, ser aplicada por analogía a los no imputados. Las intervenciones corporales, como medidas, restrictivas de derechos fundamentales, no pueden ser aplicadas analógicamente., En estos casos tampoco es posible hacer una invocación de la aplicación directa de la Constitución. ²⁸

La pericia psicológica configura, por la intensidad de la intromisión, una modalidad de intervención corporal que debe ser llevada

²⁵Casado Pérez. Op. cit. p. 213. Criterio sostenido también en Casado Pérez, José María y otros: "Código Procesal Penal Comentado". Corte Suprema de Justicia. Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Instrucción y Tribunales de Sentencia. T. I. San Salvador, El Salvador. 2001. p. 568-569

²⁶ Etxeberría Guridi. Las Intervenciones Corporales... Op. cit. p. 216. También puede verse Washington Abalos, Raúl: "Derecho Procesal Penal". Tomo II. Ediciones Jurídicas Cuyo. P. 437; Jauchen, Eduardo M.: "Tratado de la Prueba en Materia Criminal". Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2002. p. 512-513; González- Cuellar Serrano. Op. cit. p. 293.

²⁷ Este es el caso de del Auto de Instrucción de 28 de noviembre de 2002 pronunciado por el Juzgado Noveno de Instrucción de San Salvador. En estos casos la aquiescencia de la víctima obedece, aquellas que a la prestación del consentimiento, al desconocimiento o desinformación que padece respecto de sus derechos

²⁸ En igual sentido López Barja de Quiroga y Rodríguez Ramos. La Intimidad Corporal. ... Op. cit. p. 125-126.

a cabo con mayores garantías para la persona. La intromisión estatal recae en estos casos sobre la psique del sujeto lo cual exige extremar las cautelas y las garantías.²⁹

También sucede que en los estadios iniciales de la investigación penal la víctima es sometida a medidas de intervención corporal en las que, bajo la consideración de que se trata de "actos urgentes", se prescinde de las garantías previstas para su realización estos casos, ordenados por la FGR sin autorización judicial y realizados bajo la modalidad de informes técnico-policiales o actos de investigación semejantes, constituyen auténticas intervenciones corporales y como tales ameritan ser tratadas.³⁰

Estimamos que la realización de intervenciones corporales sobre personas distintas al imputado, salvo el supuesto de consentimiento debidamente acreditado, es inconstitucional y debe dar lugar a la correspondiente exclusión probatoria prevista en el Art. 15 CPP. En primer lugar, porque tratándose de una medida restrictiva de un derecho fundamental, la misma debe estar expresamente prevista en la ley, lo cual no sucede en el presente caso. En segundo lugar, porque aunque no se cuente con habilitación legal, nunca se toma un protocolo de consentimiento a la víctima para validar la intervención. En tercer lugar, porque son ordenados por la FGR sin autorización judicial y realizados bajo la modalidad de informes técnico-policiales o actos de investigación semejantes.

2. Presupuestos objetivos: el principio de proporcionalidad

2.1. Gravedad delictiva

El Art. 18 inc. 2 CP clasifica los delitos en graves y menos graves. Los delitos graves aparecen definidos como aquellos "sancionados con pena de prisión cuyo límite máximo exceda de tres años y multa cuyo límite máximo exceda de doscientos días multa". A diferencia del derogado CP, los delitos menos graves no aparecen definidos, siendo en virtud de la utilización del argumento contrario sensu, que puede inferirse que son los que se encuentran sancionados con pena de prisión cuyo límite máximo es igualo menor de tres años y multa cuyo límite máximo sea igualo menor de doscientos días multa. El límite mínimo vendrá dado, tanto para la prisión como para multa, por los establecidos en el Art. 45 No. 1 y 4 CP respectivamente.³¹

Podría decirse que el criterio de la gravedad del delito opera, en el derecho penal, tanto en su consideración abstracta que deviene del Art. 18 CP como en la valoración concreta que realiza el juez, en ambos casos con determinados efectos materiales y procesales. Indistintamente de su estimación abstracta o valoración concreta la gravedad es utilizada por el legislador con proyecciones materiales en los Arts. 63, 70, 71, 74,77, 82 Y 85 CP. Entre las proyecciones procesales el criterio es utilizado para limitar la duración temporal de la detención en el Art. 6 CPP, para delimitar competencia en el Art. 53 CPP, para determinar la competencia por conexión en los Arts. 63 No. 3 CPP y Art. 64 No. 1 CPP, para la prórroga del plazo de instrucción en el Art. 275 CPP, para decretar la detención provisional en los Arts. 292 No. 2 y 294 inc 2 y a efectos de autorizar el procedimiento abreviado en el Art. 379 No. 1 CPP.

Tratándose de intervenciones corporales el Art. 167 CPP no establece, como criterio de procedencia de las mismas, la gravedad en abstracto de la infracción delictiva. Tampoco exige que, en el caso concreto, el juez estime esta gravedad. En principio se podría interpretar que las mismas pueden ser acordadas independientemente de la gravedad de la infracción penal.

Sin embargo, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, las intervenciones corporales "tan sólo son constitucionalmente legítimas si los indicadores del interés de persecución penal señalan que éste es realmente importante (principalmente la gravedad del delito, el grado de la imputación y la probabilidad de éxito de la medida). Por otra parte, dicho

²⁹ Señala Jauchen que "El juez también puede disponer la inspección corporal o mental de terceras personas, como testigos o la víctima del hecho, debiendo en estos supuestos también respetar, en lo posible, el pudor de la persona. Pero lo más importante de destacar es que respecto a terceras personas solo podrá ordenarse esta medida en casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad..." Jauchen Op. cit. p. 512-513

³⁰ Discrepamos en este punto de lo sostenido en Consejo Nacional de la Judicatura Op. cit. p. 557.

³¹ El antecedente inmediato del Art. 18 CP lo encontramos en el Art. 19 inc. 2 CP derogado. Esta última disposición, haciendo remisión expresa al Art. 45 de la Constitución de 1962, prescribía que "Para los efectos del artículo 45 de la Constitución Política, se tendrán por delitos graves los que sean sancionados con las penas de muerte, prisión que exceda de tres años y multa que exceda de cien días-multa; y por delitos menos graves, los que sean sancionados con las penas de prisión hasta de tres años y multa hasta cien días-multa" Sin embargo, la justificación actual de la diferenciación proviene del Art. 238 Cn que señala efectos distintos, en cuanto a la responsabilidad de los Diputados, por la comisión de delitos graves y menos graves. El origen de la clasificación prevista por el Art. 238 Cn tiene como antecedentes histórico-normativos el Art. 45 inc. 1 Cn de 1962, Art. 44 inc. 1 Cn de 1950, Art. 65 inc. 2 Cn de 1945, Art. 75 inc. 1 Cn de 1939, Art. 65 inc. 2 Cn de 1886, Art. 59 Cn de 1883, Art. 67 inc. 2 Cn de 1872, Art. 35 inc. 3 y 4 Cn de 1871, Art. 27 Cn de 1864 y el Art. 18 Cn de 1841.

El origen de la clasificación se halla vinculado a la existencia de dos tipos punitivos. La primera, derivada del Art. 18 Cn de 1841, relativa a la "pena más que correccional". La segunda, derivada del Art. 27 Cn de 1864, referida a ciertos hechos "que merecen pena afflictiva". El criterio de gravedad, a pesar de su uso legal en el Art. 18 CP, puede en un caso concreto resultar relativizado. La afectación a un bien jurídico puede resultar mayor en determinados delitos "menos graves" que en otros clasificados como "graves", con lo cual la distinción no resulta muy provechosa. Es por ello que Roxin, aunque reconociéndole la "ventaja de la claridad", señala que "la importancia de la división legal es hoy fundamentalmente sólo de tipo formal, tanto en el Derecho material como en el procesal". Roxin, Claus: Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª. Edición Alemana y Notas de Diego- Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997.p. 269

interés ha de ser más alto cuanto más graves sean las medidas"³²

Las intervenciones corporales, aunque el Art. 167 CPP no lo prescriba, deben reservarse para el caso de infracciones penales sumamente graves. No se justifica una afectación tan fuerte en la esfera de los derechos fundamentales de la persona, si el delito que lo motiva no menoscaba aquellos bienes jurídicos de mayor estima, y si el ataque a los mismos no reviste una cierta intensidad.

ASENCIO MELLADO, refiriéndose a la adecuación entre el hecho imputado y la gravedad de la intromisión extrae dos conclusiones: "la primera, la necesidad de una norma legal reguladora de las intervenciones corporales que sancionara expresamente el grado de gravedad del delito o la cualidad de los hechos que hubieren de permitir tales actos de injerencia, de modo que fuera el propio legislador ... el que estableciera la relación de proporcionalidad suficiente a estos efectos; la segunda, la exigencia de que, en cualquier caso, las inspecciones o intervenciones corporales sean adoptadas por un orden que atienda a su complejidad o simplicidad en función siempre de los datos referidos a la intensidad cuantitativa y objetiva de la sospecha y a la gravedad del hecho imputado, de manera tal que en toda situación habría de acudir prioritariamente y en primer lugar a la intervención más trivial, y sólo en los supuestos de absoluta imprescindibilidad se podría atender a métodos mas expeditivos y complejos"³³

Sin embargo, tal postura presenta algunos problemas. En primer lugar, dejar en manos del legislador la estimación e la "gravedad del delito" o la cualidad de los hechos que posibiliten una intervención corporal privaría al juez de valorar todas las circunstancias concurrentes en el caso a efectos de autorizar o no la intervención corporal. En segundo lugar, se presenta problemática frente a la diversidad de los métodos de intervención corporal y los avances de la ciencia y la técnica, que en un momento determinado harían aconsejable un método determinado y que con posterioridad ya no lo sea.

Lo anterior, ha llevado a ETXEBERRIA GURIDI a criticar la postura de Asencio Mellado, señalando que "no es la heterogeneidad de los métodos la única dificultad que se deriva de la tentativa de elaborar una línea divisoria entre aquellos delitos susceptibles de ser investigados mediante una intervención corporal y los que no lo son. Si, conforme a lo señalado, al principio de proporcionalidad ha de atender a la ponderación de la diligencia propuesta y la situación en que se encuentra la persona que ha de soportar la misma se puede afirmar que dicho principio encuentra un campo abonado especialmente en el ámbito de las intervenciones corporales para que despliegue sus efectos. Ya no es suficiente con atender a la gravedad del delito, hay que tomar en consideración además especialmente desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la naturaleza misma de la diligencia, la forma de la comisión delictiva y especialmente la situación personal del imputado en particular sus circunstancias sanitarias y de salud".³⁴

En conclusión, parece que la solución más plausible es dejar en manos del juez la calificación de la gravedad en el caso concreto. En esta labor desde luego, el juez no parte de cero pues ya la ley anticipa algunos criterios como el de gravedad abstracta del Art. 18 CP, quedando la valoración de las demás circunstancias a las peculiaridades del caso concreto.

2.2. Existencia de indicios suficientes

La ley procesal penal utiliza, en ciertas ocasiones, algunos conceptos jurídicos que se imponen como requisitos que deben ser tomados en consideración en el momento de la adopción de algunas decisiones de cierta relevancia, El Art. 170 CPP indica que la reconstrucción del hecho por ejemplo, sólo puede ser llevada a cabo de acuerdo a los "elementos de convicción" que se tengan. El Art. 173 CPP señala que el registro sólo puede solicitarse cuando haya "motivo suficiente" de que en un lugar determinado se encontrará a la persona u objeto que se busca. La requisita personal, según el Art. 178 CPP, sólo puede practicarse cuando la policía tuviere "motivos suficientes" para presumir la ocultación de objetos relacionados al delito. La detención provisional, según lo dispone el Art. 292 No. 2 CPP, sólo puede adoptarse si existen "elementos de convicción suficientes" para sostener la imputación.

El Art. 167 CPP no reclama una exigencia semejante tratándose de intervenciones corporales. Sin embargo, ello no debe conducir a la errónea estimación de que, cuando se trate de una medida de tanta trascendencia, no es necesario la existencia de

³² González-Cuellar Serrano. Op. cit. p. 309

³³ Asencio Mellado, José María: "Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida" Trivium Madrid, 1989. p. 148

³⁴ Etxebarria Guridi. Op. cit. p. 176-177

motivos suficientes, tanto para solicitarla el fiscal como para autorizarla el juez.

CAFFERATA NORES, aunque refiriéndose al registro domiciliario, se aproxima a la definición del concepto legal al señalar que tal medida exige "no sólo la presunción judicial en tal sentido, sino que ella se asiente en motivos suficientes, es decir, en elementos objetivos idóneos para generarla, que deben surgir de lo actuado hasta el momento"³⁵

El concepto de "motivos suficientes" se corresponde con el de "elementos de convicción", "causa probable" derivado de la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, *reasonable grounds* de la legislación británica y con el de "sospecha fundada" de la doctrina española. Asimismo, se opone a la mera sospecha, la cual tiene un alto grado de subjetividad³⁶

La exigencia de "motivos suficientes" se encuentra implícitamente contenida en la expresión "si en el curso de una investigación ya iniciada...", que utiliza el Art. 167 CPP puesto que sólo de la existencia de elementos de juicio suficientes, que necesariamente surgen de una investigación previamente realizada, es posible autorizar una intervención corporal.

La petición de realización de una intervención corporal, que tiene su base en la investigación ya iniciada por el fiscal, debe fundamentarse tal como lo exigen los Arts. 3 inc. 3 y 83 CPP en las diligencias que acrediten suficientemente la existencia de un delito grave y la probable participación del imputado en el mismo.

Sin embargo, en la práctica judicial la FGR ha seguido el criterio de estimar innecesaria la presentación de cualquier diligencia con la solicitud de intervenciones corporales. Este criterio, convalidado judicialmente en ciertos casos, no puede ser aceptado³⁷

Existe un consenso generalizado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en virtud del cual para autorizar una intervención corporal se requiere la existencia de sospechas fundadas (motivos suficientes causa probable, *reasonable grounds*, etc.) de la comisión de un delito.³⁸

La necesaria concurrencia de motivos suficientes, determinantes de la solicitud de intervención corporal, es también una derivación del principio de proporcionalidad. Especialmente ilustrativo de este criterio resulta ser una de las razones por las cuales se denegó la solicitud en el AP Ref. 2-2-2002, decidido por el Juzgado Tercero de Paz de Ciudad Delgado el 11 de enero de 2002, ya que el fiscal solicitante ha "omitido presentar a éste Juzgado las diligencias iniciales de investigación".

La resolución en virtud de la cual se autoriza una intervención corporal, además de controlar la existencia de estos motivos suficientes en la solicitud fiscal, deberá justificar las razones por las cuales es procedente autorizarla. Esto significa, tal como prescribe el Art. 130 CPP, expresar con la precisión debida los motivos de hecho y de derecho en que se basa la autorización e indicar el valor que atribuyó a los elementos de convicción que presenta el fiscal con la solicitud.

La resolución judicial, al igual que la petición del fiscal, debe dar por acreditada suficientemente la existencia de un delito grave y la probable participación del imputado en el mismo.

La exigencia de motivos suficientes conduce a excluir lo que se conoce como "intervenciones corporales predelictuales o de prospección" que serían aquellas "que tengan por objeto exclusivamente determinar si se han cometido o no los hechos delictivos"³⁹

Las intervenciones corporales, tal como lo prescribe el Art. 167 CPP, sólo pueden ser el resultado de una investigación previa que, como mínimo, tenga suficientemente acreditada la existencia de la comisión de un delito grave y la probable participación de una persona en el mismo, no pudiéndose autorizar para determinar si el delito se ha cometido o no.

También quedan excluidas, por falta de motivos suficientes, las intervenciones corporales aleatorias. Estas serían "aquellas diligencias de investigación corporal que no se llevan a cabo como consecuencia de una previa imputación Por la existencia de sospechas o indicios suficientes, sino que se desarrollan indiscriminada o aleatoriamente."⁴⁰

Entre las intervenciones corporales aleatorias se encontrarían la pruebas de alcoholemia y de detección de drogas, autorizadas por el Art. 66 de la Ley TTTSV, cuando son desarrollados por la policía sin que tengan una justificación razonable para proceder

³⁵ Cafferata Nores, José 1. : "La Prueba en el Proceso Penal. Con especial referencia a la ley 23.984" 3". Edición. De palma. Buenos Aires, 1998. p. 207

³⁶ Sobre la subjetividad de la mera sospecha véase Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial: " Tres Temas Fundamentales Sobre la Fase Inicial del Proceso" San Salvador, 1999 p. 353-356

³⁷ Este es el caso de los AP resueltos por el Juzgado de Paz de San Luis Talpa con Ref. 2-2003 del 15 de abril de 2003, Ref. 3-2003 del 25 de abril de 2003 y Ref. 4-2003 del 29 de abril de 2003. Contrariamente, en el caso Ref. 6-2003 del 16 de mayo de 2003, junto a la petición fiscal se han anexado un mínimo de diligencias que corroboran la información de la solicitud

³⁸ Por todos véase Etxeberria Guridi. Las Intervenciones Corporales... Op. cit. p. 177-216

³⁹ Ibid. p. 194

⁴⁰ Ibid. p. 198

a los mismos⁴¹.

En definitiva, la estimación de la existencia de motivos suficientes de la existencia de un delito grave y la participación delictiva debe realizarla tanto el fiscal como el juez. El primero para solicitarla y el segundo para autorizarla. En ambos casos se deberá hacer una estimación de todos los elementos de juicio existentes que motivan tanto la petición como su autorización.

2.3. Otras exigencias derivadas del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es, básicamente, el fruto de una construcción teórica y jurisprudencial desarrollada en Europa y especialmente en Alemania. Inicialmente fue desarrollado en el Derecho administrativo de policía y luego pasó al Derecho público. En los últimos años el principio ha experimentado una notable expansión, no sólo territorial, sino a los ámbitos y materias de aplicación.⁴²

En nuestro país la utilización del principio de proporcionalidad es de reciente data. Es recién en la última década cuando ha empezado a desarrollarse en la reflexión teórica, en la jurisprudencia y a normativizarse expresamente.⁴³

En la doctrina jurídica el principio ha empezado a ser el objeto de estudio y reflexión teórica en relación a las privaciones y restricciones de libertad⁴⁴, a los principios de derecho internacional aplicables a los estados de excepción,⁴⁵ a los principios rectores de la teoría del Estado y la Constitución,⁴⁶ y a los principios que rigen la aplicación de penas y medidas de seguridad.⁴⁷

La jurisprudencia constitucional también ha reconocido la normatividad constitucional del principio de proporcionalidad. Las primeras referencias del principio, aunque sin especificar sus contenidos, se encuentran en las sentencias de amparo referencias 9-S-95, 2I-C-96 y la Inc. 3-92 y 6-92 acumuladas de 17 de diciembre de 1992.⁴⁸

Sin embargo la consagración formal y explícita del principio de proporcionalidad la encontramos en la Inc. 15-96 de 14 de febrero de 1997. Entre los méritos de esta sentencia cabe señalar: 1) Vincula el principio de proporcionalidad con el Estado Constitucional de Derecho, el respeto de la dignidad de la persona humana y del régimen político determinado por la Constitución; 2) Señala el carácter racional del principio; 3) Fija los contenidos integrantes del principio (Idoneidad, necesidad y ponderación de intereses); 4) Señala como campo de aplicación preferente del principio, aunque no único, el ámbito sancionatorio; 5) Señala que el principio tiene el carácter de "premisa esencial" que rige la actuación del Estado.

En definitiva podemos señalar que "el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional y puede afirmarse su normatividad jurídica, para establecer la validez o invalidez de medidas que pretendan adoptarse para restringir derechos - sobre todo fundamentales tanto por el legislador, como por los aplicadores de la normativa"⁴⁹.

Siendo el campo abonado del principio de proporcionalidad las medidas restrictivas de derechos fundamentales, su plena vigencia y aplicación en el ámbito de las intervenciones corporales resulta incuestionable. Por tal motivo, en las líneas siguientes analizaremos los subprincipios integrantes del principio de proporcionalidad, tal como han sido configurados por nuestra Sala de lo Constitucional.

Como exigencia del principio de proporcionalidad, señala nuestra Sala de lo Constitucional se encuentra la "idoneidad de los medios empleados - en el sentido' que la duración e intensidad de los medios deben ser los exigidos por la finalidad que se pretende alcanzar"⁵⁰.

⁴¹ Al respecto véase Casado Pérez. Op. cit. p. 472. Sobre las pruebas de alcoholemia y detección de drogas también puede verse Lorente Hurtado, Fernando:

"La Prueba de Alcoholemia en la Jurisprudencia Constitucional" en: Poder Judicial. Revista del Consejo General del Poder Judicial de España. 2ª. Época, número 1, marzo 1986. p. 59-69; Moreno Catena Víctor: "Garantía de los Derechos Fundamentales en la Investigación Penal en: Poder Judicial. Número especial II. Justicia Penal. Separata. p.136-140; Gimeno Sendra, Vicente: Constitución y Proceso". Tecnos. Madrid, 1988. p. 123-136

⁴² Sobre el origen del principio de proporcionalidad véase González-Cuellar Serrano. Op. cit. p. 217-252. Barnes, Javier: "El Principio de Proporcionalidad. Estudio Preliminar" en: Cuadernos de derecho Público. Instituto Nacional de Administración Pública. No. 5. Septiembre-Diciembre. 1998. p. 23-2

⁴³ El Art. 83 inc. 2 de la Ley del Medio Ambiente sujeta las medidas preventivas que regula a "la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto". El Art. 90 de la "misma ley: refiriéndose a la imposición de sanciones administrativas, señala que se aplicara el principio de proporcionalidad en la infracción y la sanción. El Art. 1 lit. "f" de la Ley Especial Para Sancionar Infracciones Aduaneras señala que el ejercicio de la facultad sancionadora esta sujeta, entre otros, al principio de proporcionalidad, de acuerdo al cual, los actos administrativos deben cualitativamente aptos para alcanzar los fines previstos, debiendo escogerse para tal fin entre las alternativas posibles las menos gravosas para los administrados y en todo caso, la afectación de los intereses de éstos debe guardar una relación razonable con la importancia del interés colectivo que se trata de salvaguardar".

⁴⁴ Consejo Nacional de la Judicatura. Op. cit. p.155. También puede verse Anaya Barraza, Salvador Enrique: "La Detención Provisional en el Proceso de Habeas Corpus" en: Ensayos Doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal. UPARSJ. 1ª Edición. San Salvador. 1998. p. 137

⁴⁵ Meléndez, Florentín: "La Suspensión de los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción Según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos 1". Edición. Criterio. San Salvador, El Salvador. 1999. p. 95. Este autor deriva el principio; en el ámbito de los sistemas universal, regional y europeo del Art. 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Art. 27.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Art. 15.1 del Convenio Europeo Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales respectivamente.

⁴⁶ Solano Ramírez, Mario Antonio: "Estado y Constitución". Publicación Especial No. 28. Talleres Gráficos. Sección de Publicaciones. CSJ. San Salvador, El Salvador. 1998. p. 99. Este autor denominándolo "principio de razonabilidad".

⁴⁷ Martínez Lázaro, Javier: "Los Principios del Derecho Penal en la Legislación Salvadoreña" en: Revista Justicia de Paz No. 7. San Salvador: Corte Suprema de Justicia- Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz. Año III. Vol. III. Septiembre-Diciembre, 2000. p. 135-136. También puede verse Sánchez Escobar, Carlos Ernesto: "El Principio de Culpabilidad Penal" en: Revista Justicia de Paz No. 10. San Salvador: Corte Suprema de Justicia- Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz. Año IV. Vol. III. Septiembre-Diciembre, 2001. p. 214. Choclán Montalvo, José Antonio: "Culpabilidad y Pena. Su medición en el sistema penal salvadoreño", Justicia de Paz (CSJ-AECI) 1ª. Edición, San Salvador, El Salvador, 1999. p. 7

⁴⁸ Los interesantes comentarios sobre esta última sentencia, en relación al principio de proporcionalidad, pueden verse en Tinetti, José Albino: "Comentario de la sentencia que declara inconstitucionales artículos de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios (IVA)" en: Revista de Ciencias Jurídicas. Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial. Año II No. 5. Junio 1993 p. 205-237

⁴⁹ Consejo Nacional de la Judicatura. Op. cit. p. 158

⁵⁰ Sentencia de Inconstitucionalidad de los artículos: 2 Incisos 2 y 4, 4, 6, 12,14 Inciso 1°, 15 Y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado". Publicaciones Especiales, Corte Suprema de Justicia, No. 23, San Salvador, El Salvador, 1997, p. 96

La Sala de lo Constitucional, al referirse al principio de idoneidad, está aludiendo a lo que la doctrina y jurisprudencia extranjera llama la "adecuación cuantitativa de la medida". No se refiere a la "adecuación del ámbito subjetivo de aplicación de la medida" ni a la "adecuación cualitativa" de las medidas limitativas de derechos fundamentales, entendiéndose por ésta última aquellas que sean. "cualitativamente aptos para alcanza los fines previstos; esto es, idóneas por su propia naturaleza"⁵¹

Una medida restrictiva de derechos fundamentales puede ser, desde el punto de vista abstracto, cualitativamente apta para alcanzar el fin perseguido; y, sin embargo, resultar desproporcionada considerando todas las circunstancias concurrentes del caso concreto. Es por ello que el juicio de idoneidad exige, además de la verificación abstracta de la aptitud de la medida, que la "duración e intensidad" deban ser los necesarios para alcanzar la finalidad perseguida.

Desde esta perspectiva serían inadmisibles, por desproporcionadas las intervenciones corporales cuya duración fuera excesiva. Las intervenciones corporales, por lo general, pueden ejecutarse en un espacio temporal bastante breve y cualquier abuso en cuanto a la duración de la medida la tornaría, en desproporcionada. Asimismo, serían inadmisibles aquellas intervenciones corporales que, por la intensidad de las mismas implicaran un grado de afectación excesivo de los derechos fundamentales de la persona sobre la cual recaen.

Así mismo, el juicio de idoneidad exige lo que se denomina "adecuación del ámbito subjetivo de aplicación de la medida". Esta exigencia de adecuación subjetiva (en el ámbito de aplicación) de las medidas restrictivas de derechos fundamentales demanda la individualización de los sujetos pasivos de la medida, la prohibición de la pretensión indebida y la prohibición de la restricción indebida del ámbito subjetivo de aplicación de la medida.

La individualización de los sujetos pasivos requiere que "En un Estado democrático de Derecho las medidas limitativas de derechos fundamentales deben ser aplicadas previa la individualización de los particulares cuyos derechos sea preciso restringir con objeto de alcanzar los fines previstos por las normas que habilitan a los poderes públicos para practicar las injerencias"⁵².

Las medidas restrictivas de derechos fundamentales, como corolario de la dignidad humana del Art. 1 Cn., requiere que se individualice a los destinatarios de las mismas; en consecuencia, no pueden ser dirigidas en contra de grupos o colectivos indeterminados de personas. En el ámbito de la investigación penal la aplicación indiscriminada de medidas restrictivas de derechos fundamentales puede conducir a la aplicación de un derecho penal eficaz pero lesivo de la dignidad de la persona.

La prohibición de extensión indebida implica que "tras la individualización de los sujetos pasivos de la injerencia, la medida deberá aplicarse únicamente sobre estos, sin extenderse a otros cuyos derechos no sea necesario limitar para alcanzar el fin perseguido por la norma"⁵³

Desde esta prohibición, las medidas restrictivas de derechos fundamentales, no se pueden aplicar sobre aquellas personas que no sean los destinatarios individualizados de las mismas. Esto necesariamente implica hacer una valoración en el caso concreto y desde el punto de vista de las personas que resultan o pueden resultar afectadas considerando circunstancias tales como edad, sexo, ocupación, creencias, etc.

La prohibición de la restricción indebida exige que "las injerencias procesales penales deben ser aplicadas a todos aquellos cuyos derechos sea necesario limitar para alcanzar la finalidad prevista"⁵⁴

Esta última exigencia está orientada a la eficacia de la medida.

Si la medida que se pretende adoptar se muestra limitada para alcanzar la finalidad perseguida por la norma, la misma devendrá ineficaz.

En lo que respecta a la exigencia de adecuación del ámbito subjetivo de aplicación, como parte integrante del juicio de idoneidad, "es importante destacar la relevancia que en materia de intervenciones corporales presenta la necesaria individualización de las medidas. Así, por ejemplo, no sería admisible la investigación corporal de todo el que transitara por un paso fronterizo para comprobar si lleva o no drogas en el interior de su cuerpo. Tampoco resultan legítimos, desde esta perspectiva, los controles selectivos no basados en sospechas racionalmente fundadas, sino en imprecisiones personales del funcionario provocadas por el aspecto físico del individuo"⁵⁵

La exigencia de adecuación subjetiva reclama que las intervenciones corporales recaigan sobre personas claramente individualizadas. Si en relación a la persona sobre la cual pretende ejecutarse una intervención corporal no se tienen motivos suficientes que mínimamente acrediten la existencia del delito y su participación en el mismo la medida será desproporcionada. Las intervenciones corporales "predelictuales o de prospección", a las que nos hemos referido, resultan desde esta perspectiva contrarias al principio de proporcionalidad. También, como subprincipio integrante del principio de proporcionalidad, se encuentra la necesidad de la medida. Al respecto la Sala de lo Constitucional ha señalado que "se debe elegir la medida menos lesiva para

⁵¹González-Cuellar Serrano. Op. cit. p. 160

⁵²Ibid. p. 179

⁵³Ibid. p. 183

⁵⁴Ibid. p. 184

⁵⁵Ibid. p. 308

los derechos fundamentales, es decir, la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado"⁵⁶

El juicio de necesidad de la medida es, fundamentalmente, un juicio comparativo. Obliga a la búsqueda de todo tipo de medidas que sean idóneas para alcanzar el fin perseguido y a elegir, de entre ellas aquellas, la que resulte menos lesiva de los derechos fundamentales de la persona.

La aplicación del principio de necesidad plantea, en el ámbito de las intervenciones corporales, algunos problemas ya que "la necesaria intervención de personal médico o sanitario en la mayoría de las intervenciones corporales determinará la conveniencia de que con carácter previo a la selección de la medida menos lesiva una persona con especiales conocimientos técnicos (médico) informe al respecto. Lo mismo cabe mantener desde la perspectiva subjetiva del destinatario de la medida. La mayor o menor lesividad de la diligencia no puede ser apreciada desde un punto de vista exclusivamente objetivo sino que dependerá en gran medida de la situación personal del afectado por aquella. Al efecto puede resultar valiosa, una vez más, la audiencia previa de la persona afectada"⁵⁷

El juicio de necesidad de la medida vuelve necesario que, cuando se trate de intervenciones corporales, la elección que el juez haga de la medida menos gravosa se realice escuchando previamente al médico y al destinatario de la medida. Al primero por tratarse de medidas de carácter técnico-médico; y al segundo, ya que es él quien se encuentra en mejor posición, como conecedor de su condición psico-física, de señalar cuál es la medida que estima menos gravosa.

Además, el juicio de necesidad de la medida adquiere "cuando de personas no sospechosos se trata, un significado complementario al general. La delicada posición de la víctima en casos como el señalado, en el que, a diferencia del inculpado, no es merecedora de ningún reproche social y a la que se le exige una colaboración activa en el esclarecimiento del hecho ignorando frecuentemente la traumática experiencia padecida, exige, que el principio de proporcionalidad en su manifestación de la necesidad se aplique con el máximo rigor"⁵⁸

El juicio de necesidad, tratándose de no imputados, requiere un control más intenso. Las medidas de intervención corporal cuyos destinatarios sean la víctima y los testigos, al no ser destinatarios de la imputación, no pueden tener el mismo nivel de injerencia en el ámbito de sus derechos constitucionales; y, en consecuencia, tampoco pueden ser sometidos a las mismas medidas que un imputado. Al referirnos a los sujetos pasivos abordaremos lo relativo a intervenciones corporales de no imputados.

La proporcionalidad de las intervenciones corporales, en su vertiente de necesidad de la medida, exige trascender la interpretación literal y la aplicación mecánica del Art. 167 CPP, el cual podría conducir a resultados claramente inconstitucionales.

El Art. 167 CPP prescribe que, además de las extracciones de sangre, el imputado puede ser sometido a la extracción de "otros fluidos corporales". Esta interpretación, perfectamente posible desde la literalidad del Art. 167 CPP, podría conducir a la aplicación de una modalidad de intervención corporal claramente contraria a la dignidad humana como son las extracciones de fluido seminal y aplicación de test falométricos. Consideramos que el Art. 167 CPP, interpretado conforme a la Constitución, debe entenderse en el sentido que es posible la extracción de otros fluidos corporales del imputado toda vez que no se trate de fluidos cuyo procedimiento de extracción sea lesivo de la dignidad humana reconocida como valor fundamental en el Art. 1 Cn.

El principio de proporcionalidad, tal como ha sido configurado por la Sala de lo Constitucional, requiere además realizar una "ponderación de intereses". Este juicio ponderativo, denominado proporcionalidad en sentido estricto, se realiza "a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionada de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger."⁵⁹

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto exige considerar la tensión existente entre el interés público de persecución del delito previsto en el Art. 193 Ord. 3° y 4° Cn y el interés, igualmente público, de la protección de los derechos fundamentales de la persona en el marco de la investigación penal. En tal sentido, las medidas de intervención corporal deben ser proporcionadas en sentido estricto. Esto significa que, al momento de su adopción, el juez debe valorar tanto el interés en la investigación penal como la concreta situación en que se encuentre el imputado.

3. La posición jurídica del sujeto pasivo

Uno de los aspectos que generan mayor problemática, respecto de las intervenciones corporales, es la posibilidad de ejecutar la medida en forma coactiva.

Con anterioridad a la reforma del Art. 167 CPP nada se preveía respecto a la posibilidad de hacer uso de la coacción para llevar a cabo la medida. Las escasas consideraciones doctrinales se orientaron por entender que, cuando lo que se requería del

⁵⁶ Sentencia de Inconstitucionalidad. Op. cit. p. 96

⁵⁷ Etxebarria Guridi. Las Intervenciones Corporales... Op. cit. p. 238

⁵⁸ Ibid. p. 240-241

⁵⁹ Sentencia de Inconstitucionalidad. Op. cit. p. 96.

imputado era una "colaboración pasiva", las medidas de intervención corporal podían realizarse aun sin su consentimiento. No se exigía una colaboración activa por entender la contraria a la regla constitucional de la autoincriminación prevista en el Art. 12 Cn.⁶⁰

En el derecho comparado coexisten, fundamentalmente, tres modelos respecto a la posibilidad o no de hacer uso de la coacción física. El primer modelo está representado por los sistemas que recurren al empleo de la coacción física. El segundo modelo lo constituyen aquellos países que prefieren garantizar el máximo respeto de la persona incluso con el consiguiente sacrificio del interés público de la investigación penal. El tercer modelo, intermedio, que frente a la negativa a someterse voluntariamente a las medidas de intervención corporal atribuyen determinadas consecuencias desfavorables sobre la persona.⁶¹

El modelo que recurre a la coacción física, representado por Alemania, no deja de estar exento de problemas y contradicciones. El párrafo 81 a (1) de la Ordenanza Procesal Penal Alemana utiliza una cláusula, similar al inc. 2 del Art. 167 CPP, en virtud de la cual las intervenciones corporales se pueden realizar "sin el consentimiento del acusado"⁶²

La cláusula referida, aunque parece indicar la posibilidad de la coacción física directa, ha sido criticada por la doctrina por no fundamentar claramente el uso de la coacción. Aunque, finalmente, se ha entendido que es posible el recurso a la vis física derivado de la propia naturaleza de las medidas.⁶³

Por otro lado, el régimen jurídico es diverso cuando se trata de personas no imputadas. Contra éstas, si bien el uso de la coacción no está excluido, se extreman los requisitos y las garantías.

El modelo intermedio recurre a derivar de la falta de consentimiento del imputado en la práctica de la diligencia consecuencias negativas o adversas. Este modelo presenta dos variantes que son el de la adverse inference o deducción adversa y el de la sanción penal de la negativa.

La primer variante de este modelo, representado por el llamado adverse inference o deducción adversa, hace recaer sobre el imputado determinadas consecuencias. Entre estas consecuencias está el considerar la negativa como indicio o como mera eficacia corroborativa de otras evidencias. La valoración de la negativa como indicio incriminatorio, sin embargo, ha sido una solución que no ha dejado de atraer críticas desde la perspectiva de la presunción de inocencia.⁶⁴

La segunda variante del sistema intermedio, representada por la sanción penal de la negativa, atribuye a la falta de colaboración o negativa del imputado consecuencias jurídico-penales. La sanción penal aplicable en estos casos sería el delito de desobediencia del Art. 338 CP⁶⁵.

En nuestro sistema penal, cuando el inc. 2 del Art. 167 CPP utiliza la cláusula "aun sin el consentimiento del imputado", está decantándose por el sistema de la coacción física directa. Sin embargo la práctica judicial salvadoreña parece orientarse en otra dirección⁶⁶

Hasta el momento, desafortunadamente, la Sala de lo Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las intervenciones corporales y menos en relación al modelo adoptado por el Art. 167 CPP.⁶⁷

En el ámbito de familia ha ocurrido algo interesantísimo.

⁶⁰ Casado Pérez. La Prueba ... Op. cit. p. 225-227. Fiscalía General de la República. Consejo Nacional de la Judicatura y Escuela de Capacitación Judicial: "Nociones Generales Sobre la Labor del Fiscal en el Nuevo Proceso Penal". Proyecto de Reforma Judicial 11. USAID/UTE. San Salvador, El Salvador. 1998. p. 129. La diligencia de "ponerse o quitarse ropa" del Art. 167 CPP, vista desde la óptica de la regla contra la autoincriminación prevista en el Art. 12 Cn, parece no encontrar fácil acomodo ya que lo que se exige en estos casos del imputado es una "colaboración activa". No deja de llevar algo de razón Carrió cuando señala que la distinción entre colaboración activa y pasiva es una "distinción trabajosa". Véase Carrió, Alejandro D.: "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal". 4ª. Edición. Hammurabi, 2000 p.389. Para un análisis de las intervenciones corporales desde la óptica de la garantía contra la autocriminación véase Tarraubella, María Patricia y Gullco, Hernán Víctor: "Las Inspecciones Corporales y la Garantía Contra la Autoincriminación" en: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Buenos Aires: Ad-hoc, Año 11. No. 1-2. p. 715-734. Específicamente en relación al consentimiento del imputado puede verse Gullco, Hernán Víctor: "¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?" en: Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 12, Nos. 45 a 48. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 117-129.

⁶¹ Con un desarrollo extenso véase Etxeberria Guridi. Las Intervenciones Corporales... p.405-476.

⁶² El párrafo 81 a (1) de la Ordenanza Procesal Penal Alemana prescribe que "se puede ordenar un examen corporal del acusado para la constatación de hechos significativos para el procedimiento. Con esta finalidad son admisibles, sin el consentimiento del acusado, las pruebas de análisis sanguíneos y otras intervenciones corporales, efectuadas por un médico según las reglas del arte médico con finalidades investigadoras, si no es de temer ningún daño para la salud del acusado". En Gran Bretaña, si bien no hay un modelo uniforme, se distingue entre "muestras íntimas" y "muestras no íntimas" para el empleo de la coacción. En el primer caso no se admite la coacción y en el segundo sí

⁶³ Etxeberria Guridi. Las Intervenciones Corporales... p. 408-409.

⁶⁴ Casado Pérez entiende, sin embargo, que ello dependerá "del tipo de prueba que se trate". Casado Pérez. Op. cit. p. 227-228. Casado Pérez y otros. Código Procesal Penal. ... Op. cit. p. 572

⁶⁵ La crítica de esta solución, aplicable en nuestro medio, vendría representada por el leve reproche punitivo del Art. 338 CP. Además, es cuestionable si la negativa al sometimiento de la medida reúne los requisitos de la tipicidad. La solución por el modelo del reproche penal es adoptada en el tríptico del Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, USAID y UTE: "Actos de Investigación y Prueba. Las Intervenciones Corporales".p.5. Casado Pérez señala, sin decantarse por uno, que "como técnicas aplicables para doblegar la resistencia de quien sin ser imputado se niega injustificadamente a colaborar pasivamente en una inspección corporal se podría acudir en la práctica a la calificación de tal conducta como delito de desobediencia a la autoridad (art. 338 CPP) o a la utilización de tal actitud como indicio en caso de juzgamiento..." Casado Pérez. La Prueba ... Op.cil. p. 227

⁶⁶ La mayoría de tribunales optan, previo a la realización de la intervención corporal, por escuchar al imputado a efectos de que manifieste si prestara su consentimiento. Al respecto puede comprobarse que en el caso Ref. 12-2002 del Juzgado 5º de Instrucción se elabora acta de 22 de julio de 2002 para, entre otras actividades, preguntar al imputado "si está dispuesto a someterse a evaluación psicológica, psiquiátrica y análisis de ADN". También en el AP Ref. 13-5-2003 del Juzgado 12º de Paz de San Salvador se autoriza la intervención corporal del imputado "explicándole los fines de la actividad y la libre voluntad de participar en ella". Únicamente en el caso de la resolución adoptada en el proceso Ref. 173-2-2002 del Tribunal 6º de Sentencia de San Salvador parece indicarse que, en caso de negativa del imputado, se recurriría al uso de la coacción ya que s.: señala .que "en caso que el imputado N. No preste su consentimiento a la extracción de fluidos se procederá conforme a lo establecido en el artículo 167 inciso 2 del Código Procesal penal vigente, es decir sin su consentimiento, pero velando por el respeto a su dignidad y salud

⁶⁷ Hasta el momento, tenemos entendido, la Sala de lo Constitucional sólo se ha pronunciado en dos ocasiones sobre inspecciones corporales. En el primer caso en la sentencia de HC de 2 de abril de 1998 en la cual al practicarse un registro domiciliario por la policía, una agente policial ordenó a las mujeres de la casa a desnudarse en el baño ya saltar lo cual se realizó: sin dirección funcional, con la puerta del baño abierta y a presencia de policías masculinos. La diligencia incluía revisión de órganos genitales. La Sala entiende que el referido procedimiento policial es "atentatorio contra la Constitución, en especial el arto 2 incisos primero y segundo en los cuales se señala el derecho de toda persona a la integridad física y moral, así como el derecho a la intimidad personal y familiar". El segundo caso es el HC de 24 de noviembre de 1998 en el cual al imputado se le encontró droga al momento de realizarse el chequeo clínico al ingreso de las barbotinas de la Policía. La defensa alega que debió solicitarse autorización al juez. La Sala señala que la Policía no desarrollaba labores investigativas, sino que estaba en flagrancia, razón por la que desestima el alegato del defensor del imputado

Inicialmente el Art. 143 LPrF, relativo a las diligencias de reconocimiento provocado, prescribía que "si a quien se le atribuyere la paternidad o no compareciere a la audiencia podrá promover el proceso correspondiente". Con posterioridad a la reforma operada mediante D.L. 318 de 4 de junio de 1998, publicado en el D.O. No. 121, T. 340 de 1 de julio de 1998, el Art. 143 inc. 2 prescribe que "Si el citado se negare a declarar o sus respuestas fueren evasivas o se negare a la practica de la prueba científica, hereditaria, biológica o antropomorfitas se tendrá por reconocida la paternidad sin perjuicio del derecho a impugnarla". Con la reforma antes mencionada se optó, en cuanto a diligencias de reconociendo provocado, por el sistema de la adverse inference atribuyendo la paternidad al renuente. Sin embargo, el problema se ha suscitado tratándose de los procesos judiciales de paternidad.

En general la jurisprudencia de la Cámara de Familia de la Sección del Centro ha interpretado que, aunque la reforma del Art. 143 LPrF se refiere a las diligencias de reconocimiento provocado, también son aplicables a los procesos judiciales de paternidad y por tanto el arto 140 inc. 2 LPrF está derogado tácitamente por las reformas antes aludidas⁶⁸.

Sin embargo, la casación de la Sala de lo Civil se ha pronunciado estimando que las reformas del Art. 143 LPrF no han sido derogadas y, por tanto, la negativa del presunto padre sigilo puede resolverse apreciándola conforme a las reglas de la sana crítica.⁶⁹

En el ámbito de familia, donde se podría pensar que mayor justificación tendría el uso de la coacción, habida cuenta la prescripción constitucional del Art. 36 inc. 3 Cn., se ha recurrido a un modelo más respetuoso de la dignidad humana.

En el ámbito penal, donde la injerencia del Estado en los derechos y libertades de la persona debe ser minimizada, se ha recurrido a un modelo que tiende a restringir en mayor medida los derechos de la persona en la investigación penal.

Consideramos que la posibilidad de realizar intervenciones corporales manu militari, prevista por la cláusula del Art. 167 inc. 2 CPP, no puede ser aplicada en el marco de la investigación penal.

En primer lugar, la cláusula del Art. 167 inc. 2 CPP que posibilita el uso de la coacción, podría en determinados supuestos de aplicación resultar contraria a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes del Art. 7 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El referente de la dignidad humana del Art. 1 Cn impide, en su dimensión negativa, que la persona sea sometida a tratos inhumanos, degradantes y vejatorios. Las intervenciones corporales, mediando uso de la fuerza, suponen la afectación de la dignidad de las personas que las padece.⁷⁰

En segundo lugar, la heterogeneidad de medidas de intervención corporal impiden adoptar una solución única que las comprenda a todas. El uso de la coacción física, en algunas modalidades de intervención corporal como las inspecciones vaginales o anales, resulta palmariamente lesivo de la dignidad y los derechos de la persona.

El recurso a la coacción física, por otro lado, representa una "nueva dimensión" que aunque abstractamente parezca idónea puede conducir a la lesión de los derechos de la persona. El uso de la vis física para ejecutar una intervención corporal implica un nivel de injerencia mayor en el ámbito de los derechos.

La ejecución coactiva de las medidas de intervención corporal puede encontrar como valladar la ética rectora de la actuación médica. Los médicos y profesionales relacionados con la salud, por imperativo del Art. 33 lit. "b" CS, están sometidos a un código deontológico que regula su actuación profesional. La actuación profesional, desde la perspectiva ética, podría conducir a la oposición del personal médico a la ejecución coactiva de las medidas de intervención corporal.

Consideramos, finalmente, que una reforma que satisfaga plenamente el requisito de legalidad debe establecer como regla general la prohibición de ejecución de intervenciones corporales forzosas. Excepcionalmente, y atendiendo siempre al respeto de la dignidad y los derechos del destinatario de la medida, podrán ser autorizadas cuando no existe otro medio de probar el delito que se investiga. La falta de colaboración del destinatario de la medida de intervención corporal sólo puede ser apreciada como un elemento que, junto a otros, debe tomar en consideración el juez para adoptar la decisión que corresponda.⁷¹

⁶⁸ Véase la sentencia, y las que en ella cita, de la Cámara de Familia de la Sección del Centro de las 11:00 horas del 25 de agosto de 2000

⁶⁹ Las únicas dos sentencias de la Sala de lo Civil que abordan el problema del consentimiento del demandado en el ámbito de los juicios de filiación son las pronunciadas a las 9:15 horas del 28 de enero de 2002 y la de las 9:15 del 4 de marzo de 2002

⁷⁰ Véase las consideraciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe No. 38/96, caso 10.506 del 15 de octubre de 1996 en contra de Argentina. La Comisión estima que una medida que afecte los derechos de la Convención debe estar prescrita por ley; ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; su aplicación debe ceñirse a lo prescrito en el Art. 32. 2 de la Convención y ser proporcional y razonable.

La Comisión estimó que, tratándose de una inspección vaginal en centro penitenciario, se deben cumplir con los requisitos de necesidad absoluta; no debe existir alternativa alguna; debería, en principio, ser autorizada por un juez y las excepciones estar expresamente en la ley; y, debe ser realizadas únicamente por profesionales de la salud. La Comisión, si bien no aborda de frente el problema del consentimiento, estimó que las inspecciones vaginales practicadas sistemáticamente en una señora y su menor hija violaron el Art. 5 de la Convención.

⁷¹ Este también es el criterio que adopta González Álvarez, Daniel: "La Prueba en los Procesos Penales Centroamericanos" en: Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 12, No. 17. Marzo, 2002. p. 133; Ruiz Vadillo, Luis: "Las Garantías del Proceso, Presupuesto del Tratamiento del Delincuente" en: Poder Judicial. Revista del Consejo General del Poder Judicial de España. 2". Época, número 25, marzo 1992. p. 90; Haciendo privar el consentimiento en casos de "grave menosprecio de la integridad física" Paulino Mora, Luis: "Las Garantías que tiene un Imputado" en: Memoria de la 11 Conferencia Iberoamericana Sobre Reforma de la Justicia Penal". Centro de Investigación y Capacitación del proyecto de Reforma Judicial. 001 / USAID. San Salvador, El Salvador. 1992. p. 19-37.

La Regla 23 del Programa de Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre el proceso penal señala que "Toda intervención corporal estará prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo, y sólo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendiendo la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado. La intervención corporal deberá ser siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la lex artis y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona"