

**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
UNIVERSIDAD MONTEÁVILA  
COMITÉ DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**INTERVENCIONES CORPORALES  
¿INCONSTITUCIONALES?**

Trabajo Especial de Grado presentado para optar al Título de Especialista en  
Derecho Procesal Constitucional

**Autor: Julio César Ortega Barboza  
C.I 12.634.283  
Tutor: Raúl Arrieta**

Caracas, 12 de Noviembre de 2018

**Universidad Monteávila  
Comité de Estudios de Postgrado  
Especialización en Derecho Procesal Constitucional**

Caracas, 12 de noviembre de 2018

Señores:

**Universidad Monteávila  
Comité de Estudios de Postgrado  
Especialización en Derecho Procesal Constitucional**

Atención: Profesora Geraldine Cardozo

Referencia: **Aprobación del tutor**

En mi carácter de tutor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano: **JULIO CÉSAR ORTEGA** titular de la C.I. N°: **12.634.283** para optar al grado de especialista en Derecho Procesal Constitucional, considero que dicho trabajo, cuyo título es: **INTERVENCIONES CORPORALES ¿INCONSTITUCIONALES?** reúne los requisitos vigentes de esta casa de estudio para ser sometido a la presentación y evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

Se suscribe atentamente,

**RAUL ARRIETA**

## **DEDICATORIA**

**A la memoria de mi padre, hombre ejemplar y patrón a seguir**

**A mi madre, siempre me encomienda a Dios en sus oraciones**

**A mi esposa apoyo incondicional, en todo momento**

**A mis hijos, bastión y fuente inagotable de inspiración**

## **AGRADECIMIENTOS**

**A Dios, ser todo poderoso y hacedor del milagro de la vida**

**A mi hermano mayor y padre; por oírme durante tantas horas cuando divagaba acerca del tema**

**A todos los ilustres profesores del Post Grado, libros abiertos, siempre dispuestos a la sana discusión**

## CONTENIDO

|   |     |
|---|-----|
| DEDICATORIA.....  | ii  |
| AGRADECIMIENTOS.....  | iii |
| RESUMEN.....  | vi  |
| INTRODUCCIÓN.....   | 1   |
| PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....   | 4   |
| OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....                                      | 6   |
| OBJETIVO GENERAL.....   | 6   |
| OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....  | 6   |
| JUSTIFICACIÓN.....  | 7   |
| CAPÍTULO I.....   | 8   |
| Delimitación.....   | 8   |
| Intervenciones Corporales.....  | 8   |
| a) Derechos Fundamentales:.....   | 12  |
| b) Libertad probatoria:.....  | 13  |
| Prueba ilícita:.....  | 14  |
| Consentimiento:.....  | 15  |
| Dignidad Humana.....  | 16  |
| CAPÍTULO II.....  | 18  |
| Fuentes de prueba, medios de prueba y la prueba.....                    | 18  |
| De la prueba ilícita y sus repercusiones en la investigación penal..... | 20  |
| CAPÍTULO III.....   | 26  |

|  |           |
|--|-----------|
| Del Imputado, la Víctima y el Estado como Garante de los Derechos y Garantías de los Ciudadanos .....                              | 26        |
| La jurisprudencia y los derechos vulnerados mediante las intervenciones corporales no consentidas .....                            | 41        |
| Estándares Internacionales referidos a los Derechos Fundamentales afectados con las intervenciones corporales no consentidas ..... | 47        |
| <b>CAPITULO IV</b> .....   | <b>53</b> |
| El juez de Control, como garante de la Constitucionalidad .....  | 53        |
| El Ministerio Público, como titular de la acción penal y parte del buena fe en el proceso penal .                                  | 58        |
| Los Órganos de Investigación penal como auxiliares del Ministerio Público .....  | 62        |
| <b>CONCLUSIONES</b> .....  | <b>66</b> |
| <b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....  | <b>68</b> |

**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
UNIVERSIDAD MONTEÁVILA  
COMITÉ DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**INTERVENCIONES CORPORALES ¿INCONSTITUCIONALES?**

**Autor: Ortega Barboza, Julio César  
Tutor: Arrieta, Raul  
Año: 2018**

**RESUMEN**

Esta investigación tuvo como fundamento el análisis documental de la legislación patria, la doctrina foránea y la jurisprudencia extranjera predominante, reiterada y pacífica en relación a las intervenciones corporales, en aquellos casos donde el imputado se niega a someterse a las mismas, la situación específica que se presenta al respecto son las posibles vulneraciones a derechos humanos o fundamentales de los investigados y los vicios de inconstitucionalidad que pueden degenerar de este tipo de prácticas sin el consentimiento del imputado, aún bajo la autorización del tribunal, una de las salidas a estas complicaciones técnicas que van en detrimento de la investigación penal, podría ser la actualización de nuestra legislación en la materia para así ampliar el radio de acción de los órganos de seguridad y permitir en casos extremos poder acceder a las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos, siempre y cuando se justifique suficientemente a la luz de la protección Constitucional y convencional, según las consideraciones del tribunal y ponderando la gravedad de los hechos investigados, dicha investigación documental consistió en la revisión y análisis de diversos textos nacionales y extranjeros, jurisprudencia predominantemente foránea y el resumen de las experiencias propias del autor en el ámbito de la investigación penal; para llevar a cabo dicha investigación se tomaron ejemplos de casos reales citados por la jurisprudencia, así como, los casos conocidos relacionados a delitos que ameritan este tipo de exámenes que pueden afectar la integridad del imputado, a fin de evitar este tipo de situaciones que afectan a la persona del investigado y al sistema de justicia, se considera prudente proponer los cambios legislativos necesarios a fin de estar a la altura de este tipo de situaciones arduamente discutidas y desarrolladas por doctrina y jurisprudencia extranjera.

Palabras Claves: Derechos Humanos, Dignidad Humana, Intervenciones Corporales, Proceso penal.

## INTRODUCCIÓN

Nuestra legislación positiva hasta la presente fecha adolece de disposiciones legislativas claras y precisas en lo relacionado a las intervenciones corporales y esta falencia representa en la actualidad un limbo jurídico que se traduce en un impedimento legal que puede poner en jaque una investigación penal por el hecho de entrar en pugna el poder punitivo del Estado y los derechos humanos del investigado.

En este sentido, el cuerpo humano es considerado un templo y por ende debe ser tratado como tal, la evolución de los pueblos y las experiencias vividas para llegar a lo que existe hoy día, es el resultado de una sucesión de actos traumáticos como el Holocausto durante la segunda guerra mundial, de allí, se han tomado ejemplos y experiencias para sustentar a los efectos de la comunidad internacional la creación e implementación de una serie de estatutos, convenciones y acuerdos de repercusión internacional a través de los cuales se han reconocido los Derechos Humanos, con el fin de evitar la ocurrencia de hechos atroces como los vividos en el Genocidio Armenio, la Barbarie de Ruanda y Holocausto en la segunda guerra mundial, entre otros.

Ante estos antecedentes históricos, considere una obligación aportar mi grano de arena en este tema, movido por las realidades que luego de un cambio legislativo como el sucedido en la Constituyente de 1999, donde se transformó y se dio un gran paso con un texto constitucional de avanzada reconociendo y otorgando el lugar preponderante que deben tener los derechos humanos y el respeto por la dignidad humana, en este caso, específicamente referente al trato que debe darse a las personas que se encuentran bajo investigación penal y sobre todo aquellas que por la gravedad de los casos se encuentran privadas de su libertad y deben ser sometidas a algún tipo de intervención corporal al cual éstas no desean ser sometidas.

Determinar, qué Derechos Humanos o Fundamentales pueden estar comprometidos o en juego en las investigaciones penales en las que se requiera obtener alguna muestra



biológica o de otra naturaleza, tomando como fuente de las mismas el cuerpo del imputado (intervención corporal), nos adentra a una serie de interrogantes que surgen motivado a poder conocer por una parte, el alcance del poder jurisdiccional al momento de estar frente a la negativa del investigado a ser sometido a una prueba de esta naturaleza, igualmente nos lleva a pensar que, en el supuesto caso donde se autorice dicha prueba por el tribunal ¿podrán los funcionarios realizarla mediante cualquier método ante la negativa del imputado? o, en todo caso, ¿será posible y además lícito el hecho de emplear la negativa del imputado como un elemento inculpatario en su contra?, estos planteamientos los trataremos de resolver durante el análisis que se realizarán de las posiciones doctrinales patrias y extranjeras así como las posiciones jurisprudenciales foráneas pacíficas y reiteradas que al respecto se han dictado.

Ante la serie de interrogantes planteadas al respecto y el poder determinar si dichas intervenciones corporales pueden llegar a ser consideradas inconstitucionales por las vulneraciones a derechos humanos o fundamentales, se intentó explicar y aclarar las posibles consecuencias que pueden tener estas intervenciones corporales al ser ejecutadas sin el consentimiento del imputado, en el entendido que nuestra legislación Constitucional protege entre otros derechos fundamentales el derecho a no ser sometido sin su libre consentimiento a experimentos científicos, exámenes médicos o de laboratorio, salvo, la excepción de aquellos casos donde se encuentre en peligro la vida del investigado.

En el mismo orden de ideas, se realizaron varios análisis a fin de poder determinar con exactitud, cuáles son aquellos derechos vulnerados por el Estado mediante sus órganos cuando según las circunstancias de cada caso se requiera acceder al cuerpo del imputado para obtener alguna muestra y éste se niegue, en este sentido, se consideró necesario de igual manera revisar los principales aspectos de la funciones, facultades y atribuciones de los órganos que conforman el sistema de justicia del Estado, para de esta manera entender el alcance y las posibles lesiones que pueden causar en el supuesto negado que se pretenda acceder a alguna prueba que incluya el cuerpo humano sin el consentimiento del imputado. Para el mejor entendimiento del tema y su importancia, hemos hablado en el primer capítulo de la delimitación conceptual, en donde, se buscó desarrollar cada uno de los conceptos

primordiales a los efectos de la presente investigación de manera tal que no exista duda acerca de lo álgido del tema en cuestión.

En el segundo capítulo, entramos un tema un tanto más complejo donde tratamos muy someramente el aspecto probatorio de las intervenciones corporales y su incidencia en el proceso penal, ya que, el éxito de la investigación depende del cumplimiento de estos principios básicos de la prueba.

Por último, se estructuró el análisis en la verificación de la trilogía que determina el buen funcionamiento del sistema de justicia, la cual está conformada por el Imputado, la víctima y el Estado. En este caso, resultó importante analizar la posición de cada uno de ellos dentro del sistema y cuál sería su participación en pro de dar cumplimiento a los principios establecidos por la legislación en los casos de intervenciones corporales no consentidas.

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El proceso penal por su naturaleza, se ha caracterizado por ser la rama del derecho mediante la cual se puede evidenciar una de las formas de expresión del poder punitivo del Estado y por ende representa un alto riesgo para vulneración de los Derechos Humanos o Fundamentales de los justiciables, por cuanto el objeto de estudio de esta parte del derecho es precisamente el fenómeno del delito, y su fin no es otro que procurar la convivencia armónica de los ciudadanos mediante la implementación de una serie de normas de carácter sustantivo y adjetivo, que regulan la conducta de las personas en sociedad.

Esta finalidad del derecho penal, representa la obligación de mantener una perfecta armonía entre sus disposiciones de carácter punitivo y las pautas definidas por los principios rectores que conforman el marco Constitucional y convencional en materia de Derechos Humanos, al cual deben apegarse todas las actuaciones realizadas por los órganos de investigación penal, la cuales deben estar dirigidas por el Ministerio Público, especialmente en este caso en concreto referido a estas normas de carácter Constitucional que representan el límite para la protección a derechos fundamentales como la libertad, la vida, la dignidad humana, la integridad física y el libre consentimiento, que a su vez podría afectar el derecho a la no autoincriminación (Precepto Constitucional), que exime a toda persona a declarar en su contra, pero a pesar de la importancia de este principio no es el punto focal de la presente investigación, ya que aquí queremos constatar si las intervenciones corporales **no consentidas** y protegidas Constitucionalmente de conformidad al contenido de los artículos 19, 23, 46.3, 49.1 y 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, representan una forma de vulneración de los principios y garantías que amparan la vida, la libertad, el libre consentimiento, la integridad física y la dignidad humana de las personas sometidas a una investigación penal.

En este sentido, resulta importante mencionar que dentro de nuestra legislación y específicamente dentro de nuestra Constitución existen disposiciones fundamentales como las previstas en los artículos 19 relativa a la garantía del goce, ejercicio irrenunciable, indivisible, e interdependiente de los derechos humanos, 23 control de la convencionalidad

es decir reconocimiento de rango constitucional a los tratados y convenciones suscritas por la república en materia de Derechos Humanos, el artículo 46 numeral 3° relativo al libre consentimiento para ser sometido a intervenciones corporales, 49.1 nulidad de pruebas obtenidas con violación al debido proceso y el artículo 55 relativo al derecho de ser protegido por el Estado ante situaciones que constituyan amenaza y la obligación de los órganos de seguridad a respetar la dignidad y los derechos humanos, los cuales deben ser observados por los órganos de seguridad de Estado al momento de llevar adelante una investigación penal y cuando por las circunstancias precisas del hecho punible investigado sea indispensable someter al imputado a algún tipo de prueba o examen que comporte como fuente de la misma su propio cuerpo.

Es por ello que, en el desarrollo de la investigación penal surgen prácticas del imaginario de los funcionarios policiales encaminadas a la resolución o esclarecimiento de un hecho punible, pero, dichas iniciativas muchas veces pueden comprometer la integridad física y violentar la dignidad humana de los investigados ya que se realizan pruebas o se toman muestras que no son consentidas por éste, lo que puede llegar a representar una vulneración de los preceptos constitucionales descritos ut supra.

No obstante, para poder llevar a cabo dichas prácticas por parte de los órganos de investigación deben contar con la anuencia o instrucción del Ministerio Público como director de la investigación y además con la autorización del juez de control como garante de la Constitucionalidad, sin embargo, en este punto surge una interrogante **¿puede la autorización del juez de control limitar los derechos del imputado consagrados en la Constitución?** Ya que estamos frente a la situación hipotética mediante la cual el investigado no desea consentir el hecho de ser sometido a ningún examen o que se le tome muestra alguna en uso de su derecho constitucional de no ser sometido sin su libre consentimiento a experimentos científicos o exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley, por cuanto dicha práctica representaría el equivalente a tener que forzar al investigado a consentir o someterse a una situación que pueda atentar contra su dignidad o violentar sus

derechos humanos aportar prueba en su contra o sencillamente una forma de auto incriminarse, situación que en nuestra legislación se protege por mandato Constitucional.

Por lo que, a lo largo de esta investigación verificaremos si efectivamente las intervenciones corporales **no consentidas** por el imputado representan una vulneración de principios y garantías constitucionales o si en dado caso pudiera existir una situación de derecho que pueda justificar que mediante la ponderación de los derechos se pueda realizar esta práctica sin menoscabar los derechos y garantías del investigado.

## **OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **OBJETIVO GENERAL**

Explicar las consecuencias de las intervenciones corporales no consentidas por el imputado en perjuicio de la garantía constitucional.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Describir los derechos fundamentales afectados, en la ejecución de las intervenciones corporales sin el libre consentimiento del imputado.

Analizar la participación del Estado mediante sus instituciones, como garante constitucional del derecho a no ser sometido a experimentos científicos, exámenes médicos o de laboratorio sin su libre consentimiento.

## JUSTIFICACIÓN

La presente investigación surge para significar el gran número de problemas prácticos y técnicos que se presentan a diario en el desarrollo de las investigaciones penales, que pueden verse afectadas por vicios de inconstitucionalidad al llevar adelante diligencias de investigación sin observar las disposiciones previstas en la Constitución, referidas al libre consentimiento del imputado a ser sometido a experimentos científicos, exámenes médicos o de laboratorio y al derecho a que se le respete su dignidad humana y por ende sus derechos fundamentales.

Estas actuaciones erradas, ejecutadas por los funcionarios deben ser supervisadas en principio por el Ministerio Público como director de la investigación y garante del respeto y cumplimiento de los derechos y garantías Constitucionales del imputado y controladas por el juez Constitucional (Juez de Control) quien debe velar por el estricto respeto de las disposiciones previstas en nuestra carta magna, a fin de evitar la vulneración de derechos fundamentales.

La determinación de la inconstitucionalidad o no de las intervenciones corporales no consentidas, aportan beneficios para las eventuales investigaciones que se van a ver fortalecidas en este sentido, trayendo por ende una mejor manera de administrar justicia en el campo del respeto de los derechos y garantías constitucionales de los procesados.

La intención de esta investigación es facilitar el entendimiento de las circunstancias que se pueden presentar en el día a día de los funcionarios policiales que adelantan una investigación penal, en aquellas situaciones donde la resolución de una investigación dependa de una diligencia que comporte que el cuerpo del investigado sea la fuente de la prueba en sí mismo y el investigado no manifieste su consentimiento para ser sometido a cualquier experimento o examen de laboratorio, por considerar que dicha prueba podría afectar o repercutir bien sea en su salud, su dignidad como persona o por obrar en su contra.

# CAPÍTULO I

## **Delimitación**

### **Intervenciones Corporales**

Debemos entenderlas como aquellas diligencias, aplicadas al proceso penal, que implica acceder al cuerpo humano de una persona viva ya que el mismo es considerado fuente de prueba. Este acceso se podrá justificar cuando se pueda acreditar que en su interior existan o se encuentren elementos que puedan contribuir al esclarecimiento del delito y también cuando deban obtenerse algunas pruebas biológicas necesarias para la identificación del investigado. Por su naturaleza estas diligencias se consideran de carácter invasiva sobre el cuerpo humano por lo que su procedimiento podría dar lugar a la vulneración de ciertos derechos fundamentales como la dignidad, la integridad física y la intimidad personal, los cuales se encuentran protegidos y garantizados por nuestra Constitución.

Esta situación representa un problema para aquellas investigaciones que por las características del delito investigado deba obtener algunas muestras para su análisis y comparación, dicho conflicto se ha venido resolviendo mediante jurisprudencia foránea, ante la ausencia de jurisprudencia patria, en ella encontramos diversas soluciones las cuales obedecen al tipo de intervención y al derecho que pudiera ser vulnerado.

En el entendido que dichas intervenciones corporales podrían provocar la vulneración de los Derechos fundamentales, debe procurarse que al tener que realizarlas se tomen todas las medidas jurídicas necesarias a fin que, contrario a su verdadero propósito lejos de contribuir al esclarecimiento de los hechos pueda constituirse en un elemento perturbador, por lo que, no debemos dejar de lado que siempre que se realice este tipo de experticia se van a limitar algunos derechos Humanos o Fundamentales.

A fin de delimitar las intervenciones corporales y poder distinguirlas de otras prácticas similares podemos hacer referencia a la Dra. Inés Celia Iglesias Canle, citada por (López, 2016) la cual hace una distinción entre inspecciones o registros corporales como

“aquellas en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien para la determinación del imputado o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o para el descubrimiento del objeto del delito. En principio, no resulta afectado el derecho a la integridad física pero sí puede verse afectado el derecho a la intimidad corporal si recaen sobre partes íntimas del cuerpo (inspecciones anales, vaginales,...)” y entre las intervenciones corporales como “las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos e internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, biopsias, extracción de vello) o en su exposición a radiaciones, con objeto de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión, el hecho punible, o la participación en él del investigado. El derecho que se verá por regla general, afectado es el de la integridad física en tanto que implican una lesión o menoscabo del cuerpo”

Entonces, podemos decir que en efecto cualquier experticia, examen o intervención que tenga por objeto el cuerpo del imputado, por muy inocua que se considere siempre va a invadir la esfera de los derechos fundamentales del investigado y por tanto resulta oportuno citar los extremos que según del tribunal constitucional español deben cumplirse en caso que deba practicarse una intervención coporal en contra del consentimiento del investigado indicados en la decisión 207/1996, mediante la cual se ratificaron algunos criterios respecto de las intervenciones corporales señalando lo siguiente:

“El deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, en relación con el art. 120.3 C.E.), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la ratio decidendi de la resolución judicial...”

Toda decisión judicial amerita de la debida fundamentación ya que la ley así lo establece, no obstante, en esta materia donde se encuentran en riesgo los derechos fundamentales, no basta con la simple motivación ordinaria que pueda justificar cualquier decisión judicial. En estos casos el juez debe valerse de otras herramientas argumentativas que soporten y justifiquen que el propio Estado pueda por una circunstancia devenida de una investigación



penal tolerar o justificar que se sacrifique el derecho de las personas a consentir ser sometido a un examen no deseado.

Otro punto importante ratificado por el Tribunal Constitucional es el referido a la proporcionalidad que debe imperar antes de someter al investigado a una intervención corporal no consentida, al respecto el Tribunal ha indicado:

Según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales... entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas,... y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal... viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad.

“En este sentido, hemos destacado... que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

Entonces, no solo es la necesidad y obligatoriedad de fundamentar las decisiones de manera amplia y especificada cuando se trata de posibles vulneraciones de derechos fundamentales por parte del mismo Estado, además debe el juez guardar las formas de proporcionalidad a los efectos de considerar si efectivamente los hechos investigados revisten la magnitud suficiente como para traspasar la barrera Constitucional y autorizar de alguna manera el sometimiento de una persona a una prueba o examen que pueda afectarlo inclusive de por vida.

Por último, es importante destacar que a pesar de los razonamientos realizados por la jurisprudencia al respecto, a fin de procurar justificar una intervención corporal, en esta misma decisión observamos otros aspectos a considerar antes de otorgar la licencia o autorización a un cuerpo policial a fin de se practique una intervención de este tipo y estos son:

“...las inspecciones corporales afectantes al derecho a la intimidad en el proceso penal también hemos subrayado la necesidad de "ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*"

Entonces, antes de pretender obviar los principios que rigen los Derechos Humanos o Fundamentales de las personas sujetas a investigación penal, resulta importante, a fin de no viciar de nulidad absoluta por lo menos la prueba obtenida en menoscabo de estos derechos debería verificarse y valorarse todos aquellos condicionamientos establecidos en este caso por el Tribunal Constitucional.

Como corolario debe hacerse patente que, el tribunal constitucional a pesar de pretender avalar algunas de las intervenciones corporales a fin de favorecer el ejercicio del *ius puniendi* del Estado no deja a riesgo ninguna posibilidad que mediante este tipo de autorización pueda afectarse la salud o la integridad de la persona investigada por lo que, de igual manera plasma de forma taxativa los límites que impedirían acordar dicha autorización:

“...cabe derivar, por último, una serie de exigencias específicas relativas a la práctica de las intervenciones corporales, de alguna manera referibles también al principio de proporcionalidad, las cuales cabe sustantivar en los siguientes términos...:

a) En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud (STC 7/1994)

b) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario (STC 7/1994), que deberá ser

personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características.

c) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sobre los que pesa una prohibición absoluta...”

Queda claro que aunque pareciera que en algún momento el Estado podría limitar el ejercicio de los derechos humanos o fundamentales de los investigados mediante la ejecución de una intervención corporal, dicha autorización encuentra sus límites en los derechos fundamentales, Humanos y la dignidad humana.

**a) Derechos Fundamentales:**

Previo a entrar de lleno a describir específicamente los derechos fundamentales que pueden verse afectados con la ejecución de las intervenciones corporales en aquellos casos donde NO se cuente con el libre consentimiento de la persona investigada, el cual debe representar el límite para la actuación del poder punitivo del Estado, por cuanto forma parte de las garantías que el propio Estado ha pactado en respetar a sus ciudadanos mediante el acuerdo de voluntades expresado en la Constitución, es por ello que, no pueden vulnerarse estas garantías o Derechos Constitucionales con la justificación de una mejor y más efectiva investigación penal.

Por lo tanto, considero importante antes de continuar reflexionando acerca de la Inconstitucionalidad o no de la Intervenciones Corporales **NO** consentidas, conocer un poco respecto de lo que son los Derechos Fundamentales, ya que éstos servirán de parámetro para determinar si en efecto la actuación policial arbitraria, la autorización judicial del juez o en todo caso el derecho a resarcimiento que posee la víctima, pueden justificar en un momento determinado que se sobrepase dichos parámetros establecidos por los Derechos Fundamentales, al respecto podemos citar lo que el autor (Ferrajoli, 2006) ha dicho:

“...la definición más fecunda de los “derechos fundamentales” es desde mi punto de vista la que los identifica con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables”.

Según esta definición, los Derechos Fundamentales forman parte además indispensable para la vida del ser humano por lo tanto representan una especie de barrera que se activa ante las acciones del Estado que los lesionen, por lo que adoptaremos a manera de ampliar un poco más la noción de Derechos Fundamentales otra definición a la que hace mención el autor (Ferrajoli, 2006) la cual expresa lo siguiente:

“El primero de estos criterios es el del nexo entre derechos humanos y *paz* instituido en el preámbulo de la Declaración Universal de 1948. Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también, en un mundo en el que sobrevivir es siempre menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia.”

Vemos entonces que en el preámbulo de la Declaración Universal de 1948, se hace énfasis entre el respeto de los Derechos Fundamentales y la paz, por lo que se puede interpretar contrariamente que si no se respetan los Derechos Fundamentales tampoco se puede garantizar la paz.

#### **b) Libertad probatoria:**

De conformidad a lo previsto en el artículo 182 del Código Orgánico Procesal Penal, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso

y por cualquier medio de prueba, pero, así mismo establece el mismo artículo que estos medios de prueba deben ser incorporados conforme a las disposiciones legales y que además no esté expresamente prohibido por la ley.

Observamos que si bien el código adjetivo penal nos permite un margen ilimitado de maniobra al momento de probar unos hechos y a través de los medios idóneos, esta libertad probatoria va a estar limitada por las disposiciones Constitucionales y legales las cuales evidentemente deben ser observadas y respetadas por los funcionarios de investigación, por lo que esta libertad de prueba debe permanecer en el proceso penal, pero dicho derecho no debe ser utilizado para transgredir o conculcar derechos fundamentales

### **Prueba ilícita:**

Cuando nos referimos a la prueba ilícita debemos tener en cuenta que dentro del proceso penal deben verificarse dos circunstancias imprescindibles las cuales están relacionadas a las pruebas, por una parte lo referido a la obtención de las mismas o licitud material, ya que de conformidad a lo establecido en el artículo 181 del Código Orgánico Procesal Penal de forma expresa y clara prohíbe que para obtener una prueba se recurra a métodos como la tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, etc.

Mientras que, al referirnos a la licitud formal o lo que es lo mismo la forma como éstas son incorporadas al proceso, es decir, que dichas pruebas se incorporen dentro de los lapsos procesales establecidos para ello, a excepción de las pruebas nuevas o las anticipadas debidamente fundamentadas por quien pretenda aportarlas.

Continúa diciendo el artículo 181”...ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas”. Claramente prohibidas por ley la obtención de pruebas en violación de derechos fundamentales, en la legislación Venezolana.

## **Consentimiento:**

El diccionario de la Real Academia Española (Española, 2017) lo defino como:

“Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente”

Respecto al consentimiento es importante resaltar como elemento principal la voluntad por parte de la persona investigada a ser sometida a cualquier tipo de examen médico o de laboratorio a fin de evitar incurrir en transgresiones de carácter constitucional que perjudican la objetividad de la investigación y ataca la integridad de los derechos fundamentales del investigado el cual tiene como protección Constitucional por lo menos en Venezuela de no ser sometido experimentos o exámenes no consentidos además de no estar obligado a declarar o aportar pruebas en su contra, estas razones tienen su origen en el código de Núremberg en 1947, el cual sirvió de fundamento legal para juzgar a un grupo de médicos los cuales fueron acusados de llevar a cabo experimentos que fueron considerados como crímenes contra la humanidad, que tuvieron como víctimas los prisioneros de guerra en los campos de concentración nazi durante la segunda guerra mundial, dichos experimentos eran realizados obviamente sin el consentimiento de las víctimas y mucho menos se les informaba de los posibles riesgos que podrían enfrentar con ocasión a éstos, ya que como producto de los mismos usualmente generaba como consecuencia la muerte.

Este código da origen al consentimiento informado desde el punto de vista de la medicina, mediante la Declaración de Helsinki que consiste en un conjunto de reglamentos que orientan a los médicos en experimentos con seres humanos y resalta la importancia del consentimiento dentro de los protocolos de estudio.

Observamos de conformidad a las referencias anteriores que hechos de la historia han originado la regulación de prácticas médicas en seres humanos que representan un alto riesgo para la integridad de las personas y en los casos en que dichas personas se encuentra bajo la custodia del Estado, éste debe garantizarle que su integridad física y psicológica no va a ser afectada por experimentos o exámenes no consentidos por ellos.

Por lo que respecto del consentimiento por parte del investigado para acceder a cualquier tipo de examen por sencillo que parezca debe contar en principio con dos elementos primordiales, la aceptación por parte del investigado y segundo la información que debe aportársele a éste respecto de las repercusiones que dicho examen pudiera causar en su organismo.

### **Dignidad Humana**

La dignidad humana es el derecho que tiene cada ser humano, de ser respetado y valorado como ser individual y social, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser persona.

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de los dos Pactos de Naciones Unidas sobre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, en sus respectivos Preámbulos se reconoce que la dignidad es inherente a todas las personas y constituye la base de los derechos fundamentales, por lo que se ha convertido en el valor básico que fundamenta la construcción de los derechos de la persona como sujeto libre y partícipe de una sociedad.

En este orden de ideas respecto de la dignidad humana, resulta importante reseñar el concepto que según la Corte Constitucional de Colombia tiene al respecto:

Por Dignidad Humana, la Corte Constitucional, en las sentencias T-401 de 1992 y T-090 de 1996 con ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, expresó:

"... Como bien lo ha expresado esta corporación, la dignidad humana es en verdad principio fundante del Estado que más que derecho en sí mismo, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. Este principio atiende necesariamente a la superación de

la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad... El principio de dignidad no sería comprensible si el necesario proceso de socialización del individuo se entendiera como una forma de masificación y homogenización integral de su conducta, redactara de toda traza de originalidad y peculiaridad. Si la persona es en sí misma un fin, la búsqueda y el logro incesantes de su destino conforman su razón de ser y a ellas por fuerza acompaña en cada instante, una inextirpable singularidad de la que se nutre el yo social, la cual expresa un interés y una necesidad radical del sujeto que no puede quedar desprotegido por el derecho a riesgo de convertirlo en cosa..."

En definitiva, la dignidad de las personas es una condición innata de cada uno que debe ser observada y respetada por el Estado en todo momento y particularmente en aquellos casos en donde la persona está de alguna manera en desventaja respecto del Estado cuando siendo investigado tiene, por una parte, a los órganos de seguridad trabajando para ubicar pruebas en su contra y, por otra parte, en muchos casos se encuentra limitado en su libertad lo que impide que pueda trabajar directamente sobre aquellos aspectos que puedan favorecerlo, entonces, lo mínimo que se merece esa persona es que durante su reclusión sea tratado de manera idónea según los mandatos constitucionales y convencionales.



## CAPÍTULO II

### **Fuentes de prueba, medios de prueba y la prueba**

Dentro de las cuestiones que aquí se verificarán, más allá del tema de la inconstitucionalidad o no de las intervenciones corporales no consentidas por el investigado, debemos aclarar algunos términos que a los efectos probatorios tiene su incidencia en la diferenciación que debe a su vez establecerse al momento de analizar todos aquellos elementos que nos puedan marcar el sendero a una idea clara acerca de la obtención de algún tipo de convicción por parte del juez, partiendo de una prueba ilícitamente obtenida.

Entonces, más allá de pretender resolver una discusión que aún a nivel doctrinal no está resuelta, lo que se persigue es ofrecer al lector algunos conceptos básicos de lo que entendemos por medio de prueba, fuente de prueba y prueba, así mismo debemos tener presente dos circunstancias que influyen en la validez de las pruebas, en primer término la licitud material y en segundo término la licitud formal, la primera tiene que ver con la forma de cómo se obtiene y la segunda guarda relación con la incorporación de ésta al proceso, entendiendo entonces que según Gorphe citado por (Echandía, 2014) nos muestra dos aspectos de la prueba a saber:

“a) el de la forma o procedimiento, que incluye su admisibilidad, su oportunidad, sus requisitos y su práctica; b) el de fondo, que proporciona los principios para la valoración de los distintos medios aportados al proceso y que constituye una verdadera ciencia de la prueba, independientemente de las reglas del procedimiento”

Por lo que, dentro de la investigación las partes deben procurar dar esa apariencia del buen derecho, es decir, sus actuaciones deben ajustarse a los límites que establece la constitución y las leyes por lo que no debería ser una excepción aquellas pruebas que por su particularidad deba implicar la participación o aportación directa por parte de la persona

investigada ya que se trata de la obtención de algún elemento de interés criminalístico a partir de su propio cuerpo, por lo que, debe en esos casos contar con su consentimiento.

Entonces, podemos entender por fuentes de prueba según (Alarcón, 2001) “fuentes de prueba significamos todos aquellos hechos (en sentido jurídico amplio como objetos, acontecimientos y conductas) que se incorporan al proceso o procedimiento a través de los diversos medios de prueba”, por medio de prueba entendemos “los documentos, la declaración de parte, la declaración de testigos, las inspecciones judiciales, los dictámenes periciales, etc.” y finalmente, “por prueba comprendemos el conjunto de razones o motivos proporcionados o extraídos de las diversas fuentes de prueba para producir convicción en el juzgador sobre la existencia o inexistencia del hecho objeto de prueba.

Aclarado de manera sucinta algunos términos determinantes para entender el problema de la ilicitud de las intervenciones corporales, pasamos a analizar una situación interesante respecto del carácter preponderante que tiene la prueba dentro del derecho penal y por ende en las investigaciones de tal carácter, observamos entonces el derecho que tiene toda persona de acceder a la prueba y de promover pruebas para su beneficio, ha sido considerado como un derecho humano o fundamental, por lo que, si se reconoce dicho derecho a probar con tal carácter, también se debe valorar el derecho a poder decidir si se consiente o no que se realice o se tome una muestra del propio cuerpo del investigado, ya que dicho derecho es de igual rango, es decir, goza de protección Constitucional.

Podemos pensar, que es a partir de la prueba que el juez va a obtener el convencimiento del acaecimiento o no de algunos hechos pasados, y si este es el punto de partida para fundamentar su sentencia resulta de suma importancia, no solo el hecho de su propia existencia en el expediente como garantía del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, si no también debe el juez conocer y poder controlar los procedimientos o protocolos cumplidos para su obtención, sobre todo en aquellos casos donde se pueda apreciar que por la naturaleza del delito y por las características de los exámenes realizados al investigado se pueda presumir que los mismos debieron tener alguna incidencia o repercusión en la salud o en la dignidad del investigado y no se haya tenido conocimiento de alguna autorización por parte del tribunal para la ejecución de dicho examen, debe el juez en esos casos verificar la

existencia de la autorización firmada por el investigado otorgando consentimiento para dicha práctica y además debe verificar que la misma de haya obtenido libre toda coacción.

### **De la prueba ilícita y sus repercusiones en la investigación penal**

Debemos iniciar reflexionando respecto de la prueba como aquella manifestación producto de la necesidad que tenemos las personas en algún momento de acreditar algunas circunstancias de la vida cotidiana y que sin necesidad de encontrarse relacionados a una investigación penal o trámite jurisdiccional nos vemos en la necesidad de recurrir a ella, esta reflexión resulta importante para demostrar que no se trata de una actividad meramente vinculada con la vía jurisdiccional, por lo que es una práctica más común de los que se pueda pensar.

No obstante, adentrándonos un poco en el tema que nos ocupa podemos decir en palabras de (Quijano, 1997) “En todas las ciencias reconstructivas, la prueba tiene una importancia fundamental, pues permite conocer el pasado; pero en el campo del Derecho este aspecto es vital para saber quién tiene la razón.” Partiendo de esta premisa impartida por un maestro en el aspecto probatorio, observamos que la actividad probatoria además de formar parte de la tutela judicial efectiva y de la garantía del debido proceso es un factor determinante y preponderante en la actividad jurisdiccional ya que viene a darle la certeza al juez acerca de los casos sometidos a su consideración y decisión, pero que de igual manera debe manejarse cuidadosamente y se debe hilar muy fino al momento de procesar un elemento probatorio que tenga o haya tenido como objeto el cuerpo humano, ya que debe examinarse minuciosamente la labor cumplida para su obtención.

Dentro de los aspectos que se deben evaluar para la valoración de la prueba obtenida a partir de una intervención corporal tenemos según (Quijano, 1997) “Es prueba ilícita la que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas. La violación se puede haber causado para lograr la fuente de prueba o el medio probatorio”, observamos cómo es determinante el criterio al analizar la producción de la prueba partiendo de la vulneración

de los Derechos Humanos, y además que dicho vicio puede producirse o en dos momentos, bien sea, actuando en menoscabo del consentimiento de la persona o a pesar de contar con éste se emplee para la práctica un medio poco idóneo que pueda causar en la persona algún daño o someterla a algún intenso dolor o a situaciones que atenten contra su dignidad.

A fin de obtener una noción más clara de la forma como se manejan este tipo de evidencias en los países del primer mundo, en relación a la protección establecida en sus leyes procesales referidas a la protección de los Derechos Humanos, observamos un desarrollo normativo cuidadoso para que dichas normas no se presten a las interpretaciones erradas ni a situaciones ambiguas al momento de la obtención de una prueba de esta naturaleza tan particular como es el cuerpo humano. A continuación me voy a permitir transcribir algunos artículos de diferentes legislaciones foráneas tomadas de (Quijano, 1997) en donde se muestran de la siguiente manera:

**Parágrafo 136a, de la ley procesal Alemana:** “1. No podrá menoscabarse la libertad de decisión voluntaria, ni de la actuación de la voluntad del inculpado, por malos tratos, agotamiento y violencia corporal, administración de fármacos, por tortura, por engaño o por hipnosis. Podrá aplicarse la coerción tan sólo cuando el derecho procesal penal lo admita. Estarán prohibidas la amenaza como una medida inadmisibles según sus disposiciones, y la promesa de ventaja no prevista en la ley. 2. Las medidas que menoscaben la memoria o capacidad de comprensión del inculpado no se permitirán. 3. La prohibición de los apartados (1) y (2) regirán independientemente del consentimiento del inculpado. Las declaraciones que se hubieren producido transgrediendo esta prohibición, tampoco podrán ser aprovechadas aunque el inculpado aprobara su utilización”.

Se observa de la transcripción que en la redacción se detallan las diferentes situaciones protegidas iniciando por el respeto a la libre decisión de la persona así como la prohibición del empleo de métodos como el agotamiento, el maltrato corporal, engaño, hipnosis o el suministro de fármacos al punto que en caso de haberse obtenido algún resultado positivo

para la investigación y aunque medie el consentimiento de la persona dicha prueba no podrá ser valorada.

En el caso de la ley española, la Ley Orgánica (6/1985 de 1 de julio), en el artículo 11.1 se lee: “no surtirá efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, en este caso podemos evidenciar que es inexistente toda aquella prueba que se haya obtenido como resultado de la vulneración de los derechos o libertades fundamentales, ya que las mismas no surtirán efecto alguno que pueda modificar el criterio o convencimiento del juzgador.

En el caso de la legislación italiana observamos el artículo 188 del Código de Procedimiento Penal italiano regla lo siguiente:

“La libertad moral de la persona en la práctica de la prueba: 1. No pueden ser utilizados ni siquiera con el consentimiento de la persona interesada, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar y valorar los hechos.”

Es indudable la determinación de éstas legislaciones al tratar los procedimientos que afecten los derechos fundamentales y en este caso en concreto pone de relevancia la autodeterminación de las personas y excluye como técnicas válidas todas aquellas acciones que afecten las capacidades como la de recordar o valorar los hechos, ya que dichas prácticas sin duda alguna van en detrimento de los principios más sagrados del ser humano.

En este sentido, es importante rescatar que este tipo de pruebas obtenidas de manera irregular por no estar consentidas por el investigado y que además atentan contra sus derechos humanos y su dignidad muy a pesar que se tengan como elementos que puedan ser los que marcan del derrotero de la investigación, lamentablemente no podrán ser valoradas por el juez ya que dichos elementos no gozan de la licitud material por haber sido obtenidos en contra del consentimiento de la persona investigada, por lo que en palabras del maestro Parra Quijano (Quijano, 1997) citando el pensamiento de Beling expresa lo siguiente: “las

prohibiciones de prueba se apoyan sobre la ponderación superior de ciertos intereses extraprocesales frente a los intereses procesales encaminados a descubrir la verdad”, en este caso entran en pugna intereses fuera del proceso y aquellos intereses directamente relacionados a él, pero que al final tiene una sola finalidad que no es otra que la verdad de los hechos y así lo establece nuestro Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 13.

Así mismo, debemos evaluar lo atinente a un sistema de libre apreciación o valoración de la prueba donde le juez está en la libertad pero también en la obligación de valorar los medios probatorios aportados por las partes, no obstante, existe un límite a esta libre apreciación o valoración marcada por la licitud de dichas pruebas ya que no podría el juez entrar a valorar pruebas por determinantes que parezcan, si estas no son lícitas y como corolario de dicha afirmación me voy a hacer eco de lo citado por (Quijano, 1997) citando a Gerhard Walter, en términos generales, que “la libre apreciación de las pruebas se refiere únicamente a la apreciación de medios de prueba lícitos”, por último nos dice el maestro (Quijano, 1997)

“No podemos menos que pensar que cuando cualquier sistema procesal consagra el sistema de la libre convicción, está consagrando la que tiene el juez de valorar pruebas sin sujeción a valoraciones prefijadas por el legislador, pero sólo a las que sean lícitas”.

En conclusión, la licitud de la prueba y sobre todo en aquellos casos cuando la misma se vea opacada por los vicios de la inconstitucionalidad devenidos por vulneración de derechos fundamentales o humanos, será determinante dicha condición para que la prueba no sea tomada en cuenta, es decir, lo equivalente a la inexistencia de la misma.

Debemos pensar que, el anhelo de hacer justicia y resarcir de alguna manera los daños ocasionados a las víctimas, no pueden justificar que dicho resarcimiento se logre a costa de cualquier medio sin importar las consecuencias que dichas prácticas puedan causar al investigado y peor aun violentando disposiciones Constitucionales, en palabras de Beccaria citado por (Quijano, 1997), “no hay libertad donde las leyes consientan algunas vez, que en determinados casos el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa”.

Ahora bien, entendiendo que la cosificación de las personas atentan de manera directa contra sus derechos más preciados y protegidos por las normas tanto de rango constitucional, de rango legal y aquellas de alcance internacional, es por ello que se considera oportuno reseñar el carácter sustancial que tienen las disposiciones Constitucionales y que dicha característica las diferencia de las situaciones que por omisión de dichas normas se puedan presentar pero en el ámbito procesal, es decir, en el caso en que se haya obtenido alguna prueba vulnerando alguna norma de carácter procesal la misma no podrá ser apreciada hasta tanto no se subsane dicha omisión u inobservancia, pero, en los casos en que la obtención de la prueba se procure mediante la vulneración de normas sustanciales sencillamente dicha omisión conlleva a la nulidad de pleno derecho y por consiguiente dicha prueba debe considerarse sencillamente inexistente.

Las afirmaciones que anteceden obedecen al resultado de la interpretación que se realiza de la lectura del artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el cual entre otras situaciones establece lo siguiente: “el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1º...Serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso...”, por lo tanto, todas aquellas intervenciones corporales que se consideren necesarias practicar a una persona que se encuentre investigado deben contar con el consentimiento del mismo para su realización, de lo contrario dicha prueba debe considerarse inexistente y por tanto mal podría el juez valorarla a los efectos de emitir cualquier pronunciamiento.

Dentro del sistema de justicia venezolano encontramos como cúspide del ordenamiento jurídico la Constitución y en ella, encontramos disposiciones como las previstas en los artículos 19 (Derechos Humanos), 23 (Convenios Internacionales relativos a los Derechos Humanos) y 49.1 (Debido proceso), los cuales nos indican claramente que el Estado no puede darse el lujo de vulnerar los Derechos Humanos, ya que por definición Constitucional está obligado a respetar y garantizar, por lo que, resultaría contrario a toda forma de interpretar dicha norma el hecho que aquellos elementos probatorios que se hayan obtenido como fruto de la vulneración de principios y garantías constitucionales se tomen en cuenta como si nada hubiese ocurrido y por ende nos arrastraría a desvirtuar el sentido y la

naturaleza de dichos principios de orden Constitucional, es por ello que resulta importante pensar que la búsqueda de la verdad en el proceso penal no puede ser a costa de los derechos fundamentales de las personas.

En aras de fortalecer lo antes dicho cabe citar la decisión de la corte Argentina, citado por (Quijano, 1997), mediante el cual ha sentado su criterio respecto del tema de las intervenciones corporales sosteniendo lo siguiente:

“la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, pero teniendo en cuenta el concurso de factores que pueden atenuar los efectos derivados de su aplicación automática e irracional; es decir, que sólo resulta posible quitar mérito a las pruebas que aparezcan conectadas con la ilegalidad inicial, pero no cuando media un cauce diferente de investigación que permita llegar a la prueba cuestionada”.



## CAPÍTULO III

### **Del Imputado, la Víctima y el Estado como Garante de los Derechos y Garantías de los Ciudadanos**

Dentro del estado de derecho encontramos una trilogía interesante que considero importante analizar a los efectos de entender las diferentes posiciones que se contraponen y los intereses que el Estado debe ponderar al momento de tomar alguna decisión respecto de la situación aquí planteada, es decir, al momento de pretender ejecutar alguna intervención corporal sin el consentimiento del investigado, vista dicha situación, desde lo preceptuado en nuestra Constitución y en los tratados internacionales suscritos por la República en materia de Derechos Humanos.

El proceso penal moderno así como otras ramas del derecho han experimentado cambios sustanciales respecto de su aplicación e interpretación en cuanto a la práctica que muchas veces en nombre de la justicia los órganos de seguridad de Estado incurren en distorsiones o vulneraciones de preceptos Constitucionales que van más allá de simples protocolos o preceptos, por cuanto en un estado de derecho como el nuestro en el cual se deben garantizar, entre otros aspectos, los Derechos Humanos, la dignidad humana, la libertad y el libre consentimiento, son garantías de carácter Constitucional que no deben ser vulneradas, por cuanto las mismas representan el límite al poder punitivo del Estado y que no pueden ser relajadas bajo ninguna circunstancia ni siquiera bajo el pretexto de una mayor eficacia de una investigación penal.

Priva en este supuesto entonces una condición Constitucional que debe mediar y que está referida al “libre consentimiento” de la persona investigada, el cual constituye un límite a la actuación del Estado y que en caso de representar este consentimiento un impedimento para acceder a una prueba, que según la investigación sea determinante para llegar a la verdad de los hechos debería procurarse la obtención de otro elemento probatorio mientras persista la

negativa por parte del investigado, pero bajo ninguna circunstancia debería recurrirse a métodos que puedan de alguna forma conculcar el libre consentimiento del imputado y mucho menos que vayan en contra de la dignidad humana.

En este sentido, traemos a colación otro aspecto al cual pueden recurrir las autoridades en su afán de conseguir desvirtuar la presunción de inocencia que protege al imputado aunado a su derecho a no declarar o aportar pruebas que lo comprometan como autor o participe de un delito, nos referimos aquí, a la obtención de una autorización judicial por parte del juez de control mediante la justificación de la necesidad de dicho elemento de prueba como esencial para la investigación penal, pero, en este estado nos preguntamos **¿puede el juez autorizar que se vulnere un derecho constitucional?** es decir, si obtengo la autorización judicial **¿podría entonces el órgano de investigación someter al imputado a un examen médico o de laboratorio aún en contra de su voluntad?**, y **¿qué pasaría si contando con la autorización judicial se somete al imputado a una intervención corporal no consentida y el resultado es negativo?** pareciera que en ese escenario podría incluso comprometerse la responsabilidad del juez por violación de Derechos y Garantías Constitucionales con la complicidad del fiscal y de los funcionarios ejecutantes, incluyendo profesionales de la medicina que deben tener participación según el tipo de examen o experticia, ahora bien, ante toda esta gama de profesionales que deben intervenir y en su mayoría forman parte de la administración de justicia y si todo ese poderío se articula con la finalidad de violentar los derechos fundamentales afectando el derecho de las personas sujetas a una investigación penal, podríamos pensar que nos encontramos inclusive frente al fenómeno de la macrocriminalidad la cual genera responsabilidades individuales y colectivas la luz del Derecho Penal Internacional.

Al respecto resulta importante citar como ejemplo los criterios manejados por los jueces alemanes y las consecuencias que puede traer en un estado de derecho el solo hecho que se amenace de tortura o de infringir algún sufrimiento físico para obtener como resultado el consentimiento obviamente viciado del imputado que permita en este caso que se le practique un examen de laboratorio, en ese sentido (Conde, 2016) plantea el siguiente ejemplo:

*“Especialmente relevante desde este punto de vista es el caso juzgado por el Tribunal del Land de Hessen (Alemania Federal), en el que se presentó como prueba la confesión obtenida mediante amenazas de tortura por la policía que obtuvo así del sospechoso del secuestro de un menor información sobre el paradero de ese menor, que, sin embargo, ya había sido previamente asesinado por el secuestrador. - Para salvar la validez de esta prueba, el Ministerio Fiscal alegó que lo que la policía pretendía al amenazar al sospecho con torturarlo era salvar la vida del menor, aunque desgraciadamente ello finalmente no fuera posible. Pero el Tribunal alemán que enjuició el caso, y con él la gran mayoría de la doctrina alemana, consideró que, incluso aunque la policía hubiera llegado a tiempo de salvar el menor, la prueba así obtenida no podía ser admitida y valorada como tal, y posteriormente condenó al Jefe de la policía que había autorizado el empleo de la intimidación para obtener la confesión del sospechoso, por un delito de malos tratos al detenido. Es verdad que la opinión pública alemana no estaba muy de acuerdo con esta decisión judicial, y no cabe duda de que si la policía hubiera podido salvar de esta manera la vida del menor es muy probable que el hecho se hubiera considerado como un gran "éxito policial" y el Jefe de la policía hubiera sido felicitado públicamente. Pero el "sano sentimiento del pueblo", que demagógicamente invocaban los juristas nazis para justificar la admisión de la analogía incriminatoria como fuente del Derecho penal, es siempre uno de los peligros que acechan al moderno proceso penal, cuando la opinión publicada ante delitos que la conmueven especialmente (como el secuestro de menores), pide ante todo resultados, aunque para ello la policía y los encargados de la persecución penal tengan que saltarse determinados principios y garantías que son consustanciales al Estado de Derecho”.*

Vemos que, con este tipo de proceder en un caso análogo con el tema aquí analizado en donde los jueces en estricto apego a los preceptos Constitucionales realmente se garantiza un sistema judicial que respeta los derechos Constitucionales y de allí surge un mensaje claro para los integrantes del sistema de justicia, quienes deben de igual forma apeгarse a

estas disposiciones fundamentales y que no debe emplearse como excusa de su inobservancia el cumplimiento de un deber ni la apariencia de una buena justicia, con este ejemplo observamos que en los sistemas avanzados como el sistema alemán el alcance de la protección de los Derechos Humanos va un paso adelante en el sentido que el solo hecho de amenazar con torturas o tratos crueles en contra de la persona sometida a investigación ya comporta los méritos suficientes para activar la protección Constitucional y amparar a la persona agredida o amenazada de agresión por parte de los órganos de seguridad de Estado.

En este sentido, debemos entrar a considerar varios aspectos primordiales respecto de los derechos que tiene los diferentes actores dentro del proceso penal el cual va estar limitado de conformidad a la cualidad o participación que se posea cada persona en donde tenemos como actores principales en la investigación al **Imputado**, como aquella persona de la cual se presume que mediante su acción u omisión trasgredió la norma, la **Víctima**, aquella persona sobre la cual de manera directa o indirecta recayó la acción del imputado y el **Estado** el cual está representado por el Ministerio Público, como director de la investigación, el Poder Judicial, como árbitro imparcial - objetivo y los órganos de seguridad de Estado, como los que ejecutan las directrices emanadas del director de la investigación, cada uno de ellos tiene un papel preponderante ya que el sistema sin la participación de uno de ellos sencillamente no funcionaría.

En el caso del imputado como la persona que por una acción u omisión se encuentra relacionada a una investigación penal y por esa razón de ser investigado, adquiere una serie de derechos y garantías de rango Constitucional y legal, las cuales se expresan en los artículos 19 relativa a la garantía del goce, ejercicio irrenunciable, indivisible, e interdependiente de los derechos humanos, 23 control de la convencionalidad es decir reconocimiento de rango constitucional a los tratados y convenciones suscritas por la república en materia de Derechos Humanos, el artículo 46 numeral 3° relativo al libre consentimiento para ser sometido a intervenciones corporales, 49.1 nulidad de pruebas obtenidas con violación al debido proceso y el artículo 55 relativo al derecho de ser protegido por el Estado ante situaciones que constituyan amenaza y la obligación de los órganos de seguridad a respetar la dignidad y los derechos humanos, todos de la

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 127 “derechos del imputado” del Código Orgánico Procesal Penal, refiriéndonos en este caso a aquellos derechos y garantías importantes a los efectos de la presente investigación, ahora bien del análisis de dichas garantías constitucionales y legales se desprenden elementos claros que nos permiten en principio inferir que no existe forma alguna de pretender obligar a la persona investigada o sometida a una investigación penal en contra de su voluntad a que se someta a algún tipo de prueba, experimento o examen, ya que, en ese caso estaría esta persona sencillamente siendo sometida a situaciones que pudieran comportar riesgo para su integridad física o lesionar su dignidad humana y por tanto si la persona no consintió dicha acción entonces la misma carecería de valor probatorio por ser nula por inconstitucional.

En el caso de la víctima, debemos iniciar diciendo que contrariamente a lo que se puede pensar no es parte en el proceso, ya que para poder optar a esta condición requiere cumplir un requisito previo según lo exige el mismo Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 274, respecto de la querrela, caso contrario tiene su representación en el fiscal del Ministerio Público, no obstante a ello, el código le reconoce derechos como víctima dentro del proceso penal específicamente en su artículo 122, de igual manera la jurisprudencia ha reconocido a la víctima el derecho a ser oída antes de emitir cualquier decisión por parte del órgano jurisdiccional en sentencia 188 de fecha 8/03/04 de Sala Constitucional, así como derecho a apelar de las decisiones, según sentencia 199 de fecha 9/5/05 de la Sala Penal, pero también es importante resaltar que a pesar del reconocimiento y de haberse querrellado tiene un limitante respecto de la terminación de la investigación y es que si el Ministerio Público no presenta acusación la víctima no podrá hacerlo por sí sola, lo que indica que a pesar de tener el derecho a que el Estado le indemnice por los daños causados presuntamente por el investigado de manera directa o indirectamente, ésta no podrá actuar de forma autónoma y mucho menos obtener algún elemento probatorio que dependa de la voluntad del investigado cuando este no lo haya consentido, no obstante, es importante aclarar que las excepciones aquí citadas son en materia de violencia de género y en el caso que nos ocupa abordamos la universalidad de delitos de conformidad a nuestra legislación vigente.

Es decir que el derecho a indemnización que le puede asistir a la víctima tampoco puede ser interpretado como un elemento que pueda justificar la transgresión de los derechos del imputado, aunque se trate de algún hecho punible que cause conmoción en la colectividad y por ende el reproche generalizado de su conducta, el Estado está en la obligación de garantizar a la víctima su resarcimiento mediante cualquier medio idóneo pero dentro del respeto irrestricto de los derechos fundamentales del investigado.

En el caso del Estado como garante del cumplimiento y respeto de las garantías y derechos constitucionales el cual en estos casos actúa a través de sus órganos oficiales Ministerio Público, Poder Judicial y Órganos de investigación penal, en este orden de ideas debe el Estado apegado al contenido del artículo 2 de la Constitución el cual establece lo siguiente:

“Venezuela se constituye en un estado democrático y social **de derecho y de justicia**, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, **la vida**, la libertad, **la justicia**, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la **preeminencia de los derechos humanos**, la ética y el pluralismo político.”

En este sentido, el Estado está obligado para con sus ciudadanos respetar los acuerdos convenidos en nuestra carta magna por cuanto en sus manos esta garantizar la perfecta armonía de la convivencia en sociedad y esta armonía se consigue garantizando el fiel cumplimiento de los derechos de cada quien, sin menoscabar las garantías constitucionales escudándose en argumentos basados en este caso en la obtención de resultados aparentemente positivos para la investigación penal.

En los casos de investigaciones penales, el Estado cuenta con toda una logística material y funcional la cual está dispuesta y revestida de una serie de atribuciones y funciones diseñada para alcanzar objetivos prácticos, con la intención de esclarecer la verdad procesal de los hechos que se investigan en un momento determinado, pero dicha maquinaria no debe sobrepasar bajo ningún concepto los límites previstos en la Constitución ya que en la

relación penal el investigado es considerado un débil jurídico, y es por eso que, se le otorgan garantías de rango Constitucional como las previstas en los artículos 19, 23, 46.3, 49.1 y 53 referido a las intervenciones corporales no consentidas y al derecho al goce y respeto de los derechos fundamentales, así como garantías procesales como la prevista en el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal referida a la Presunción de Inocencia, con lo cual queda de parte del Estado y de sus órganos, diseñar las estrategias de investigación idóneas y necesarias a fin de tratar de desvirtuar aquellas garantías constitucionales y legales que permitan asegurar que la persona del investigado inequívocamente es autor o participe de la comisión de un hecho punible y por tanto merecedor de la sanción penal.

No obstante a ello, el Estado en estos casos enfrenta una diatriba nada fácil de dilucidar, con lo cual se coloca en medio de dos intereses particulares que se encuentran protegidos por él, pero que tiene el mismo rango de protección y es en este momento en el cual deben los organismos de seguridad poner en marcha su ingenio y echar mano de las herramientas tecnológicas o de cualquier otra índole que sean capaces de demostrar la participación o vinculación del investigado en los hechos que se investigan, cuando por razones del mismo proceso se requiera acceder a una prueba que comporte como fuente de la misma el propio cuerpo del investigado y éste no preste su consentimiento para realizar la experticia requerida.

En este punto trataremos de responder las interrogantes realizadas en el planteamiento del problema, en relación precisamente con el actuar coordinado de parte de las instituciones del Estado responsables de administrar justicia y procurar cumplir con la finalidad del proceso penal que según el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal, es la verdad de los hechos por las vías jurídicas, entonces, nos preguntamos ante la negativa del investigado a proporcionar su consentimiento para que se le realice cualquier tipo de intervención corporal, entendiéndose por intervención corporal como cualquier experimento, examen de laboratorio o muestra alguna de su cuerpo, surge la interrogante siguiente: **¿puede la autorización del juez de control limitar los derechos del imputado consagrados en la Constitución?**, ante esta interrogante debemos revisar el contenido de los siguientes artículos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a fin

de verificar cual puede ser el alcance de la protección y la relevancia de la misma en estos casos.

#### Artículo 2 CRBV

“Venezuela se constituye en un estado **democrático y social de derecho** y de **justicia**, que propugna como **valores superiores** de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, **la justicia**, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la **preeminencia de los derechos humanos**, la ética y el pluralismo político.”

#### Artículo 19 CRBV

*“El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del poder público, de conformidad con esta constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”.*

#### Artículo 25 CRBV

*“Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios público y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que le sirvan de excusa órdenes superiores”.*



#### Artículo 46.3 CRBV

“Ninguna persona será sometida **sin su libre consentimiento**, a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley.”

#### Artículo 49.1 CRBV

“Serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso...”

Del análisis de los anteriores preceptos Constitucionales, podemos inferir e interpretar que salvo las excepciones que la misma Constitución expresa en su articulado ut supra referido no puede ningún órgano de la administración de justicia autorizar la vulneración de los derechos de las personas, salvo, en el caso del artículo 46.3 en la excepción que se encuentre en peligro la vida de la persona investigada y aun así deben apreciarse a mi consideración las circunstancias concretas del caso.

Por lo tanto observamos que nuestra Constitución ofrece todas las garantías necesarias y prevé las sanciones específicas para aquellos funcionarios que en el ejercicio de sus funciones se excedan en las mismas y traspasen los límites establecidos por ella.

En este sentido podemos decir que, el investigado y su cuerpo dentro del proceso penal evidentemente por no estar expresamente prohibido puede ser objeto de prueba, sin embargo se debe resaltar a la par de esta idea, que dicha intervención corporal por sencilla que se considere por no ser altamente invasiva o peligrosa para la persona debe realizarse en primer término respetando los preceptos constitucionales y legales y en segundo término observando la naturaleza del hombre en razón de género respecto de sus componentes connaturales de Conciencia, Pensamiento, Razón, Consentimiento y Voluntad, caso contrario dicha prueba, examen, experimento etc., sería nula como prueba para incorporar

al proceso ya que de ser obtenida de manera irregular nos llevaría a la desnaturalización del ser propio del hombre por cuanto se incurriría en la cosificación del mismo arrojando como consecuencia directa la inconstitucionalidad de dicha prueba.

Como complemento de la idea que cualquier funcionario judicial pueda autorizar la realización de una prueba que comporte una intervención corporal del imputado debemos expresar que, del contenido de los artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela entre otras cosas se evidencia “...**la Preeminencia de los derechos humanos...**” de igual manera el artículo 19 ejusdem prevé “**El Estado garantizará...el goce y ejercicio irrenunciable...de los derechos humanos...**” con lo cual se hace impensable que a una persona que no otorgue su consentimiento para una prueba como extracción de sangre, colección de apéndices pilosos o córneos, extracción de muestra de semen, saliva u orina, registros anales o vaginales, investigaciones radiológicas, empleo de narcóticos para penetrar al sub consciente y obtener declaraciones fiables o en fin, de cualquier otro fluido o muestra corporal, se le vaya a tomar dicha prueba por autorización judicial y dicha acción no se vaya a ejecutar de manera forzada y obviamente degradante para éste; y citando el ejemplo dicho por el profesor (Jaramillo, 2002) en la Conferencia dictada en el I Simposio Internacional "Derecho y Cuerpo Humano" estableciendo lo siguiente:

“es casi como pensar que ante la negativa de una mujer a acceder a la relación sexual, la relación sexual se lleve a cabo sin atentar contra la dignidad, el consentimiento y la voluntad de dicha mujer; obviamente ello ha de ser degradante, humillante para su condición de persona y de mujer.”

Adicionalmente debemos mencionar otro aspecto bajo el cual el Estado como garante de los Derechos y garantías de las personas pueda buscar de privilegiar según el caso en concreto el interés general por encima del interés particular del imputado y esto en aras de tratar de garantizar a la víctima su derecho a ser resarcida, pero como ya lo dijimos anteriormente en la relación del proceso penal el imputado es el débil jurídico y por el

contrario el Estado cuenta con toda una logística material y personal para demostrar que las imputaciones formuladas por el Ministerio Público realmente fueron cometidas por el imputado y en esa relación de desigualdad nacen a favor del imputado los derechos y garantías consagrados en la Constitución y la ley a fin de equilibrar las condiciones de superioridad ejercida por el Estado, en razón a ello considero importante mencionar y citar un extracto de la decisión de la Corte Constitucional Colombiana citado por el profesor José Luis Jiménez Jaramillo en la Conferencia dictada en el I Simposio Internacional "Derecho y Cuerpo Humano" la cual al respecto ha dicho lo siguiente:

“Se afirma igualmente, que permitir al imputado, el oponerse a la prueba médica o clínica, y no generar de ello indicio en su contra contraría el artículo 1° de la Constitución en cuanto a que se hace prevalecer el interés particular sobre el interés general, afectándose de esta manera el principio de la eficacia de la administración de justicia. Sobre el particular, y para contrariar dicha interpretación, basta transcribir el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional: "...Esta corporación no duda en señalar que en caso de que no pueda establecerse una armonización concreta de los principios constitucionales en conflicto, debe darse preferencia al derecho fundamental al debido proceso, pues la eficacia de la administración de justicia y seguridad jurídica no puede alcanzarse a riesgo de sacrificar los derechos fundamentales de las personas, la justicia está al servicio de esos derechos, por lo cual en estos casos **NO PUEDE APLICARSE MECÁNICAMENTE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL SOBRE EL PARTICULAR**, pues en tales eventos la norma constitucional relevante es aquella que dispone que el Estado reconoce **LA PRIMACÍA DE LOS DERECHOS INALIENABLES DE LA PERSONA**. Por ello, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales tan

fundamentales, como la vida, la libertad, o el debido proceso y la persecución de objetivos estatales de interés general como los que se logran con una justicia más eficaz, en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la carta de derechos. Este criterio hermenéutica es necesario, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, CON EL DELEZNABLE ARGUMENTO DE QUE EL DERECHO INDIVIDUAL ES PARTICULAR, Y EL INTERÉS GENERAL PRIMA SIEMPRE SOBRE EL PARTICULAR..."

Vista esta postura de la Corte Constitucional Colombiana la cual comparto y verificando que los principios que rigen ambas constituciones son aplicables por lo menos en lo atinente al respecto y prevalencia de los derechos humanos como principios irrenunciables y preponderantes para el Estado, sobre todo en el tratamiento de las intervenciones corporales dentro del proceso penal se abre entonces una brecha más clara respecto de lo que pueden representar éstas intervenciones no consentidas en detrimento en principio del imputado y sus derechos y garantías y subsidiariamente afectando la investigación penal y sus actores.

Finalmente, a fin de procurar una idea más clara acerca del tratamiento que se da a este tipo de intervenciones corporales más allá de nuestras fronteras me permito reseñar y citar algunas situaciones de derecho comparado donde se verifica la situación del trato del cuerpo humano como evidencia probatoria y la trascendencia o no del consentimiento del imputado, citadas por el profesor José Luis Jiménez Jaramillo en la Conferencia dictada en el I Simposio Internacional "Derecho y Cuerpo Humano".

“• **En Alemania**, la ley Procesal Penal en su artículo 81 dice expresamente: "... Podrá ordenarse la investigación corporal del

inculpado para la constatación de hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras injerencias corporales, que serán tomadas por un médico según las reglas del saber médico, sin consentimiento del inculpado, cuando no se temiera ninguna desventaja para la salud..:".

- Por su parte, en la legislación Procesal de **Costa Rica**, Ley 7594/99 en el artículo 88 se dice lo siguiente: "... El imputado como objeto de prueba. Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad. Con esta finalidad y por orden del "tribunal, serán admisibles intervenciones corporales; las cuales se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin el consentimiento del imputado siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contrapongan seriamente a sus creencias...".

- El Código Procesal Penal de **Ecuador**, Ley 000 de 2000, en su artículo 82 ex-presa para la obtención de muestras de fluidos corporales y componentes orgánicos de una persona, se precisa de su consentimiento expreso, o del requerimiento del juez para que las proporcione, sin que pueda ser físicamente constreñida...".

Con fundamento en el derecho comparado, podemos aseverar, que en definitiva dentro de nuestro proceso penal y de conformidad a las pautas del nuestro código penal vetusto en contraposición con la tendencia de avanzada de nuestra Constitución, tomando como referencia las legislaciones foráneas, se deben enmarcar las intervenciones corporales dentro de nuestro ordenamiento jurídico vigente, sin que éstas representen un obstáculo al ejercicio del ius puniendi del Estado al momento que no se cuente con el consentimiento

del imputado en aquellos casos en que sea determinante para la investigación, la obtención de alguna muestra que comprometa el cuerpo humano.

Es decir, que surge la necesidad de ponernos a la par de la evolución de las normas jurídicas encaminadas a desarrollar disposiciones que permitan un mayor alcance a los órganos del Estado en cuanto a la obtención de elementos que contribuyan con el avance de una investigación penal, en los casos donde sea necesario la intervención activa del investigado no solo con su declaración o confesión mediante el habla, si no en aquellas situaciones donde deba tomarse muestras de saliva, semen, sangre, registros anales y vaginales, investigaciones radiológicas, exámenes de muestra de cabello o del ADN de o se deban realizar algunas experticias o reconocimientos de algunas partes del cuerpo que puedan perjudicar o atacar de manera directa su dignidad o vulnerar sus Derechos Humanos o fundamentales ya que en algunos casos a pesar de ser poco invasivas, requieren para su formación como fuente principal el cuerpo humano lo que puede involucrar la dignidad de la persona y en estos casos se debe contar con el consentimiento del investigado y en caso que no se cuente con la anuencia del imputado no debería realizarse, ya que de obtenerse dicha muestra o examen sin su consentimiento a pesar de contar inclusive con una autorización judicial, en estos casos nuestra constitución es clara al establecer que la única excepción es cuando se encuentre en peligro la vida del mismo, por lo que, hacerlo sin su consentimiento afectaría las disposiciones Constitucionales que garantizan el respeto a la dignidad humana.

Resulta importante mencionar alguna situación en las que si bien es cierto se realiza una verdadera intervención corporal y de hecho comporta una excepción a la protección Constitucional, en aquellos casos de las personas aprehendidas por transportar drogas de manera intra-orgánica al ser detectados deben ser sometidos a cualquier medio idóneo artificial o natural, para que expulse la droga, ya que en estos casos la vida de la persona se encuentra en peligro, en estos casos prevalece la vida de la persona por encima de su propio consentimiento para impedir que se lleve a cabo el procedimiento para la expulsión de la droga, excepción a la protección Constitucional artículo 46.3 "...excepto cuando se encontrare en peligro su vida...".

En otro orden de ideas y a fin de ilustrar un poco la intención del legislador al momento de discutir el contenido del artículo 46 de la Constitución referido a cual era exactamente el propósito y el fin último perseguido a través de esta disposición, encontramos que según lo ilustrado por (Peña Solís, 2012) en su libro Lecciones de Derecho Constitucional Venezolano explana lo siguiente:

“...cuando se lee el diario de debates de la Asamblea Nacional Constituyente, en la parte que corresponde a la sesión en la cual resultó aprobado el artículo 46, num 3, de la Constitución (22-10-1999), observamos que todos los constituyentes que intervinieron en la discusión del numeral bajo examen, se refirieron a la realización de exámenes médicos y de laboratorio, sin el consentimiento de la persona, únicamente con la finalidad de preservar la salud pública”

De igual forma se puede apreciar del mismo texto que se refiere a la redacción que de alguna manera solucionaría el problema de la intervenciones corporales sin el consentimiento de la persona ya que según (Peña Solís, 2012) la redacción original estaba planteada de la siguiente manera: “...a) cuando estuviese en peligro la vida de la personas y; b) cuando mediase una orden judicial...”, no obstante por sugerencia del constituyente Juan Marín que bajo el argumento que la exigencia de la orden judicial no se apegaba a la celeridad para garantizar la salud pública, se cambió “orden judicial” por “otras circunstancias que determine la ley” que es como en efecto quedo redactado el texto constitucional.

Por lo que en ese momento los constituyentes focalizaron el sometimiento de la realización de los exámenes médicos o de laboratorio, sin el libre consentimiento de las personas a la tutela de la salud pública, pero dejaron de lado la parte más conflictiva de este aspecto como lo representa en este caso aquellas intervenciones corporales no consentidas pero a efectos de una investigación criminal donde pugnan derechos Constitucionales entre sí y

donde la orden judicial para realizarla pudiera convertirse en un bumerang para el juez y demás actores del sistema de justicia.

Vale decir, que en los casos de investigaciones donde se deba obtener alguna evidencia que implique el sometimiento del investigado a alguna prueba que dependa de su voluntad en consentirla o no, debe procurarse agotar todas las opciones existentes que pueda suplir dicha intervención corporal ya que en caso de existir una duda razonable respecto de la participación del investigado en los hechos o por lo menos si su individualización depende de dicha práctica debe de suponerse por regla general que la persona va a presentar resistencia a dicho examen, y es allí donde entramos en otra disyuntiva a tratar de resolver, porque bien es sabido que en la realidad la negativa por parte del imputado en estos casos a someterse a una intervención corporal es el equivalente a entender que si no quiere realizarse dicho examen se considera una presunción de culpabilidad en su contra, lo que resulta igualmente contrario a las disposiciones constitucionales ya que otorgar rango de duda razonable a la negativa del imputado a someterse a una intervención corporal, sería tanto como desnaturalizar o negar la existencia del principio de presunción de inocencia, el cual representa tema para otro trabajo.

### **La jurisprudencia y los derechos vulnerados mediante las intervenciones corporales no consentidas**

para complementar la idea de lo derechos que se pueden vulnerar a través de este tipo de intervenciones corporales, dentro del proceso penal, el cual es una de las ramas del derecho más sensibles para la protección de derechos fundamentales y sobre todo en el tema de las intervenciones corporales, en donde se aglomeran un gran número de derechos que por su importancia son determinantes para su ejecución, para lo cual se debe tener presente que la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio, por lo que resulta significativo lo dicho por Hassemer citado por (Castrillo, 2007) “basta la obtención formalizada de la verdad o verdad forense”.



Como ya lo hemos señalado ut supra, la amplitud de estas intervenciones corporales puede ser tan amplias como la libertad probatoria o como la capacidad de la imaginación del investigador, pero esta amplitud debe estar señada a las limitaciones de los Derechos Humanos o Fundamentales y en el marco del respeto a la dignidad humana, por lo que nos referiremos en este aparte a: extracción y análisis de sangre y orina, registros anales y vaginales, investigaciones radiológicas, examen de muestras de cabello y del ADN, empleo de narcóticos para penetrar en el sub consciente y obtener declaraciones fidedignas, etc.

Al analizar las implicaciones de lo que significa las intervenciones corporales, encontramos que toda intervención corporal supone la intromisión de los poderes públicos en la esfera más íntima de la persona, por lo que su constitucionalidad debe ser evaluada a luz de los Derechos Fundamentales según Gonzalez Cuellar, citado por (Castrillo, 2007).

Ahora bien, (Castrillo, 2007) en su obra la prueba ilícita, ha realizado una compilación de jurisprudencia interesante de las decisiones que referente a las diversas situaciones pueden presentarse y a los derechos que se pueden afectar con ellas, así como los diferentes criterios en razón a las distintas formas de intervención corporal que han sido más comunes, por lo que me voy a permitir parafrasearlos y algunos casos citarlos, a continuación.

En cuanto a lo que hemos venido mencionando referente al daño directo que se puede infligir a la dignidad de las personas mediante la realización de las intervenciones corporales no consentidas, podemos verificar lo que ha dicho la jurisprudencia del tribunal supremo Español citado por (Castrillo, 2007)

“la jurisprudencia no ha considerado en si misma degradante o contraria a la dignidad de las personas la verificación de un examen ginecológico por un profesional de la medicina...en cambio, la citada sentencia considera inusual y repugnante, impertinente y no demostrativa, la prueba consistente en exigir de los médicos forenses un reconocimiento y descripción detallada del pene en erección”

De aquí podemos extraer una idea más clara de las posibles ideas de intervenciones corporales, que hacíamos mención anteriormente donde dichas intervenciones pueden ser tan amplias como la libertad de prueba, pero, deben estar limitadas por los derechos humanos o fundamentales o la dignidad de las personas.

Resulta interesante mencionar en este aspecto un acto que si se considera que atenta contra la dignidad de las personas y en este caso nos referimos al “test falométrico” examen implementado por la República Checa el cual consistía en medir la reacción del órgano sexual masculino ante un estímulo de tal clase mediante el empleo de un erectómetro, según lo verificado por Gonzalez Cuellar citado por (Castrillo, 2007), debemos decir que estas prácticas del test falométrico, ya no están siendo empleados para la verificación de la orientación sexual de los solicitantes de asilo en la República checa, que eran perseguidos en sus países por su orientación sexual, a menos que ellos mismos lo soliciten según lo publicado por el periódico el mundo en fecha 10 de Diciembre de 2010 (<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/12/10/internacional/1292009207.html>, 2010).

Ahora bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia del 18 de enero de 1978, citado por (Castrillo, 2007), definió el trato inhumano como “aquel que causa vivos sufrimientos físicos y morales y entraña perturbaciones psíquicas agudas” y el trato degradante como “ el que crea un sentimiento de miedo, angustia e inferioridad de manera que puede llegar a humillar, envilecer y quebrar eventualmente la resistencia física o moral”, observamos que entonces ya existen criterios y posiciones firmes y definidas por entes internacionales que protegen este tipo de prácticas y que además las regulan con la intención de proteger a las personas que resulten sometidas a este tipo de prácticas.

También es oportuno reseñar la sentencia del Tribunal Constitucional Español, citado por (Castrillo, 2007), que en sentencia 65/1986, del 22 de mayo y ratificada el 5 de octubre 1989, mediante la cual expresa

“que no se considera inhumano ni degradante, el reconocimiento médico o radiológico siempre que se efectue por facultativos con titulación suficiente, y que si resulta vejatorio, por el contrario, obligar

la policía a los detenidos a desnudarse en un portal y hacer unas flexiones para averiguar si eran portadores de droga en el recto”.

Dicha sentencia fue ratificada mediante la anulación de una audiencia provincial de Barcelona en fecha 11 de mayo de 1996, por considerar violatorio de principios Constitucionales el hecho de obligar a una persona previamente desnuda a hacer flexiones en un aseo de la comisaría.

A consideracion de Eduardo Moner citado por (Castrillo, 2007), en todas las intervenciones desde las más leves o de menor entidad como los cortes de pelo, extracción de sangre, hasta las más graves como los registros anales y vaginales, siempre va a resultar restringido el derecho a la intimidad, en todo caso el tribunal Constitucional Español ha reducido “el ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido a las zonas corporales donde reside el “recato” o “pudor”.

En el afán de tratar de garantizar el irrespeto a las disposiciones creadas para evitar los abusos de poder y con ellos el traspasar los límites de las garantías Constitucionales de las personas sometidas a procesos penales, bajo las excusas del cumplimiento de las funciones investigativas o en cumplimiento de alguna orden judicial (Castrillo, 2007), ha enumerado algunas de las garantías de cumplimiento que deben verificarse antes de la realización de alguna de las intervenciones corporales ya descritas y entre estas garantías encontramos:

### **Previsión legal:**

En este punto el autor se refiere a la existencia previa de regulaciones legales que permitan sean practicadas estas intervenciones corporales, sin que medie en dicha ejecución alguna violación de derechos para quienes resulten afectados por dicha práctica, y además reconoce inclusive que en España carecen de disposiciones legales para todas las posibles diligencias de investigación que sean en algún momento necesarias realizar con ocasión a la investigación penal, punto este álgido en nuestro caso debido a la ausencia de normas detalladas para estos casos.

### **Control Judicial:**

La participación del órgano jurisdiccional para el caso de las intervenciones corporales leves o graves es necesaria y que las mismas deben contar con el control jurisdiccional, quien está en la obligación de emitir su autorización con la suficiente ponderación, necesidad y la

proporcionalidad de la medida, no obstante, en sentencia del tribunal Constitucional se expresa que el juez de manera previa autorizará los supuestos más graves como la toma de muestra de sangre e inspecciones vaginales o anales.

En el caso de la doctrina Asencio Mellado citado por (Castrillo, 2007), expresa que “en caso de urgencia, puede el Ministerio Público o la policía judicial adoptar dichas medidas” y emplea como sustento de su afirmación la tesis Alemana, no obstante, en el referido país se excluyen de la potestad de la fiscalía y sus ayudantes de las medidas graves, como las punciones lumbares que corresponden únicamente a los órganos judiciales.

Al respecto la jurisprudencia ha dicho que “el monopolio jurisdiccional en las diligencias que supongan una intervención corporal, si bien por razones de urgencia y necesidad, considera que la ley puede autorizar a la policía judicial, la práctica de intervenciones corporales leves”.

### **Proporcionalidad**

Cuando se refiere a la proporcionalidad en la ejecución de las intervenciones corporales, dichas medidas deben obedecer en principio a la gravedad el caso, en donde le juez debe ponderar los intereses individuales y sociales que puedan estar en pugna teniendo además en cuenta el grado de importancia de la medida y la posibilidad de éxito de la misma.

El juez adicionalmente debe apegarse a las “reglas mínimas del proceso penal” conocidas como las reglas de mallorca redactadas en 1992 por expertos de derecho penal para las naciones unidas y la cual específicamente en su regla 23 establece que “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”.

Adicionalmente en este punto, la jurisprudencia del tribunal Constitucional citadas por (Castrillo, 2007), exigen que estas intervenciones corporales deben superar un triple juicio: “de idoneidad (aptitud para conseguir el objetivo propuesto), de necesidad (por no existir otra medida alternativa menos gravosa) y de proporcionalidad *stricto sensu* (al superar las

ventajas del interés general, los bienes o derechos particulares, implicados en el caso)”, en este punto observamos las diferentes opciones legales con las que cuentan las partes en el proceso penal al momento de encontrarse con la necesidad de tener que apoyarse en una intervención corporal como fuente de prueba y determinación de responsabilidad penal.

Finalmente, resulta relevante acotar una de las definiciones más completas realizadas acerca del principal derecho afectado con las intervenciones corporales, se trata de la dignidad humana la cual en sentencia **T-881/02** de la Corte Constitucional Colombiana ha quedado definida de la siguiente manera: (Colombia, 2002)

“Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciados: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.”

Adicionalmente, a lo ya dicho por esta corporación en referencia a la dignidad humana, ha referido de igual manera otros aspectos de este derecho como la dignidad humana – contenido material y al respecto ha indicado lo siguiente:

“...la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad”...”

Finalmente, respecto de la dignidad humana referida al respeto la corte ha dicho lo siguiente:

“En aras de la identificación de las normas constitucionales a partir de los enunciados normativos constitucionales sobre el respeto a la dignidad humana, se afirmará la existencia de dos normas jurídicas que tienen la estructura lógico normativa de los principios: (a) el principio de dignidad humana y (b) el derecho a la dignidad humana. Las cuales a pesar de tener la misma estructura (la estructura de los principios), constituyen entidades normativas autónomas con rasgos particulares que difieren entre sí, especialmente frente a su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico.”

Queda entonces la dignidad humana definida perfectamente como principio y como derecho, el cual indistintamente de su propósito, siempre será respetada por los Estado so pena de las acciones que pudieran surgir con ocasión a la vulneración de dichos derechos.

### **Estándares Internacionales referidos a los Derechos Fundamentales afectados con las intervenciones corporales no consentidas**

Retomando el carácter y repercusión internacional que puede tener la vulneración de derechos fundamentales, en este caso los referidos a aquellos Derechos afectados por las intervenciones corporales no consentidas, dentro de los que podemos mencionar el Derecho

al respeto de la dignidad humana, queremos llamar la atención de quienes tienen, han tenido o tendrán bajo su responsabilidad con ocasión a su cargo, la responsabilidad de llevar a cabo, dirigir o decidir investigaciones penales, ya que se debe tener en cuenta dos perspectivas respecto a las implicaciones de la transgresión de estos derechos, la primera, en lo atinente a tener en cuenta la protección de estos derechos tanto en la normativa interna vigente como en la normativa Internacional y como segundo punto de interés, saber que la transgresión de estos derechos nos hacen responsables penalmente ante la justicia nacional e internacional, con la característica primordial que este tipo de hechos no prescriben y nos perseguirán hasta los últimos días.

Ahora bien, a los efectos de tener un acercamiento con las disposiciones Internacionales dirigidas a la protección de este derecho fundamental queremos citar las normas que en el ámbito internacional han protegido y protegen este derecho a la protección de la dignidad humana, por considerarla de vital importancia, ya que en la investigación penal existe una relación desigual de fuerzas entre el Estado y el investigado, por lo que se le dota a éste (investigado) de una serie de derechos que le permiten de alguna manera equiparar las diferencias sustanciales, acreditando la carga probatoria al Estado y por el contrario le otorga al investigado estos derechos fundamentales a fin de garantizarle el respeto a su condición de ser humano.

Al respecto (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2012) establece lo siguiente:

### **1. El “respeto” de los derechos**

“Por una parte, *la obligación de respeto*, consiste en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. Lo anterior debido a que el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Gros Espiell define el “respeto” como “la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni

indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”.

Se otorga en este caso a los derechos humanos y a la dignidad humana, un carácter superior inclusive al poder del Estado, es obvia la preponderancia que se otorgan a estos derechos a veces ignorados y echados de menos sobre todo cuando se trata de las investigaciones penales que pareciera a veces que se creyera que todo se justificara con fundamento a la búsqueda de la verdad procesal.

En este mismo orden de ideas, observamos que la (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948) entre otros derechos protege los siguientes:

#### Artículo 5

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

#### Artículo 10

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

De manera genérica, observamos las disposiciones universales de protección de los derechos humanos que sirvieron de guía para la redacción de las garantías constitucionales que fueron acordadas por todos los venezolanos al momento de votar por nuestra actual constitución, la cual, entre otras cosas, se caracteriza por tener una gran carga axiológica de tinte garantista desde todo punto de vista.

En el caso del (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976) hace referencia especial a los casos en donde la persona se encuentre bajo la responsabilidad directa del estado por pesar sobre la misma una medida privativa de libertad y al respecto refiere lo siguiente:

#### **Artículo 10**

“1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.



Como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, las condiciones y obligaciones del Estado no solo persisten, sino que, se incrementan cuando la persona sometida a una intervención corporal no consentida se encuentra bajo custodia directa del Estado ya que una de las justificaciones que se argumentan para privar a una persona de su libertad, precisamente es la excusa de tener la disposición de la misma para cualquier acto de investigación o para garantizar la prosecución del proceso.

En este sentido, debe tomarse en cuenta y en efecto modificar en nuestras tradiciones jurídicas adoptadas en la práctica, el hecho de considerar que la negativa de un investigado a acceder a cualquier intervención corporal se tome como una presunción de culpabilidad, esto le restaría la relevancia e importancia que tiene este principio ya que no tiene ningún sentido lógico tener este derecho, pero al hacer uso del mismo se tome como un indicio que presuponga la culpabilidad del imputado perdería evidentemente la eficacia y no tendría razón de ser.

Conscientes de ello en la jurisdicción internacional motivado a las experiencias traumáticas vividas a partir del holocausto de la segunda guerra mundial se han acordado esta serie de instrumentos Internacionales a fin de evitar nuevos sucesos de este tipo. En el derecho moderno a diferencia de nuestra legislación patria como se mencionó *ut supra*, nuestro código penal es obsoleto y debe ser modificado y adaptado a la línea moderna y de avanzada de nuestra Constitución, para que este tipo de pruebas no representen un obstáculo legal en la investigaciones penales que además de representar un riesgo para el imputado también representa una amenaza para el sano desenvolvimiento de la investigación penal.

Adicionalmente a las precisiones realizadas respecto de la protección y reconocimiento que se otorga a los imputados en materia de juzgamiento internacional a través de sus estatutos considero preciso destacar y evocar a los efectos de tener una aproximación respecto del trato y la forma de ver este tipo de derecho por la Corte Constitucional Colombiana la cual en sentencia C-822/05, estableció el siguiente criterio:

“Dado el amplio espectro de derechos afectados por las intervenciones corporales, así como la intensidad que puede adquirir esa afectación en la práctica, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado, se ha rodeado a estas medidas de exigencias formales y materiales orientadas a impedir una incidencia excesiva, de los derechos fundamentales en juego. Por ello se ha entendido que la constitucionalidad de tales medidas depende del respeto del principio de proporcionalidad – esto es, que no tengan una incidencia desproporcionada en los derechos –, así como del principio de legalidad, apreciados en el contexto de una sociedad democrática. Adicionalmente, se ha considerado que la aplicación del principio de proporcionalidad exige el cumplimiento de dos tipos de requisitos. En primer lugar, en cuanto a los requisitos formales, se ha exigido una decisión judicial para ordenar o autorizar su práctica durante la investigación, cuando no se cuente con el consentimiento del inspeccionado físicamente y que tal decisión sea motivada, a fin de evitar la arbitrariedad y asegurar la posibilidad de controles posteriores tanto a la decisión, como a su aplicación. Algunos países establecen excepciones a esta reserva judicial, como, por ejemplo, cuando el sujeto sobre el cual recaen las medidas de manera previa, consciente, libre y específica otorga su consentimiento para la práctica de las mismas, cuando se trate de la obtención de muestras no íntimas de las personas, cuando su práctica sea urgente o exista riesgo para el éxito de la investigación derivado de la demora. En segundo lugar, en cuanto a los requisitos sustanciales, se exige que la medida, en las circunstancias del caso concreto, sea proporcionada, lo cual implica que, en este contexto, cobren especial trascendencia los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.”

Al respecto la Corte continúa explicando respecto de la vulneración de derechos fundamentales, específicamente lo atinente a la dignidad humana y de la necesidad del control judicial por parte del juez de control, otorgando la discrecionalidad al juez de negarse a otorgarla en caso de considerarla desproporcionada y lo hace en los siguientes términos:

“En primer lugar, la Corte considera que las medidas previstas en las normas acusadas implican afectación de derechos fundamentales y amenazan el principio de la dignidad humana (artículo 1, CP), por lo

tanto, siempre es necesario que se acuda al juez de control de garantías para solicitarle que autorice la práctica de estas medidas, tal como lo ordena el artículo 250 numeral 3 de la Constitución. En segundo lugar, el juez de control de garantías al cual el fiscal le solicite la autorización de la medida debe analizar no sólo su legalidad y procedencia, entre otros, sino ponderar si la medida solicitada reúne las condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el caso concreto. El juez puede autorizar la medida o negarse a acceder a la solicitud. Esta determinación puede obedecer, principalmente, a dos tipos de razones: (a) las que tienen que ver con la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (b) las que resultan de analizar si en las condiciones particulares de cada caso la medida solicitada reúne tres requisitos: ser adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); no existir un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y que al ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos de la persona a la cual se le realizaría la intervención corporal y las circunstancias específicas en que se encuentra, de otro lado, se concluya que la medida no es desproporcionada (proporcionalidad).”

Prudente resulta aclarar que, si bien es cierto en la decisión se refiere a la necesidad de ejecutarse alguna intervención corporal no consentida por el imputado, el juez no está obligado a amparar dicha solicitud, si considera que la misma luce desproporcional de conformidad a los principios delineados a tal fin entre los que se enumeran la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida solicitada.

Por ejemplo, en estos casos podemos citar algunas aportaciones que pueden tomarse como intervenciones corporales invasivas, que pueden constituir grave amenaza a la integridad del investigado, así podemos ver pruebas como: registros anales o vaginales, punción lumbar, toma de muestras biológicas etc, dichas pruebas pueden comprometer la integridad física del investigado por lo que debemos tomar en cuenta que dichos resultados pueden resultar determinantes para comprometer la responsabilidad del penal del investigado pero, si fueron obtenidos de manera ilícita no tendrán la eficacia probatoria requerida.

## CAPITULO IV

### **El juez de Control, como garante de la Constitucionalidad**

Durante la transición que se produjo en nuestra legislación a partir de la reforma Constitucional del año 1999, mediante la asamblea nacional constituyente se dio en Venezuela un giro de 180° grados en la forma de ver y administrar la justicia, pasamos de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio, fuimos de un sistema en el cual todo aquel procesado penalmente era considerado culpable hasta tanto se demostrara lo contrario a un sistema que parte de la presunción de inocencia en donde por lo contrario toda persona debe ser considerada inocente hasta que se demuestre lo contrario, por lo que, se distribuyeron las cargas probatorias y es el Estado en principio quien debe probar la responsabilidad penal de las personas, pero, sin que esta condición límite el derecho de los investigados que a través de sus abogados también puedan promover pruebas que le favorezcan.

De la mano de esta transformación de Estado, vinieron una carga de valores y derechos así como el reconocimiento de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, otorgándole a éstos rango constitucional y elevando a la protección Constitucional de todos aquellos derechos devenidos del reconocimiento convencional internacional en materia de progresividad de los Derechos Humanos y Fundamentales, es por ello, que en el caso que nos ocupa resulta de suma importancia destacar dichos amparos Constitucionales en casos donde se producen disyuntivas acerca de la constitucionalidad de las intervenciones corporales cuando no son consentidas por el investigado.

En este caso, tenemos como producto de este giro en la administración de justicia y de la protección de los Derechos Humanos y Fundamentales, un juez con obligación Constitucional de protección de los principios y garantías, el cual debe velar por la incolumidad del cumplimiento de las mismas y es por ello que en el caso bajo estudio

“intervenciones corporales” es importante que se tengan en cuenta los detalles jurídicos ya analizados, antes de autorizar este tipo de pruebas a los efectos del proceso penal.

A continuación analizaremos cuales son las facultades o atribuciones que desde el orden Constitucional poseen los jueces de control dentro de la investigación penal.

El artículo 255, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela entre otras cosas establece:

“...Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”.

En este orden, vemos como la conducta del juez es sancionada por su actuación fuera del rango Constitucional, por lo que, ante la inobservancia de principios sustanciales como los establecidos en nuestra constitución puede acarrear al juez sanciones de carácter penal, administrativo, disciplinario y civil, cuando por una decisión errada tolere o permita que se vulneren los derechos fundamentales del investigado.

Podemos observar de igual manera como nuestra Constitución vigilante del respeto de los Derechos Humanos, prescribe en su artículo 260 respecto de la justicia de los pueblos indígenas, respeta sus costumbres y tradiciones ancestrales, pero de igual forma delimita ese ejercicio de la justicia al marco Constitucional expresando lo siguiente:

“Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

Lejos de una pretensión de invadir la esfera de las costumbres y tradiciones de nuestros pueblos indígenas, nuestra legislador constituyente busco la forma de integrarlos al campo

jurídico, respetando sus usos y costumbres pero no obviando que más allá de las reglas que puedan regir dentro de las comunidades a los indígenas y las sanciones que puedan llegar a imponerse en esa jurisdicción especialísima, no puede el Estado permitir se denigren los derechos Humanos o Fundamentales de los indígenas en nombre de sus tradiciones y a espaldas de la progresividad de los derechos del hombre.

En el mismo orden de ideas, encontramos otra jurisdicción considerada especial, pero no, por ser especial puede el juez tolerar o permitir desmanes para con aquellas personas que se encuentren en calidad de investigados, en este caso nos referimos a la jurisdicción militar de conformidad al contenido del artículo 261 de la Constitución que prevé lo siguiente:

“La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces o juezas serán seleccionados por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento, se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar”.

Como podemos observar, la jurisdicción militar tiene sus particularidades por la naturaleza de los delitos que conoce, sin embargo, la constitución restringe el conocimiento de delitos relacionados a violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad para el conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para así tener criterios claros respecto del juzgamiento de estos delitos evitando los sesgos militares por razones de jerarquía o arbitrariedades propias del orden castrense.

Entonces, dentro de la evolución del sistema de justicia que paso de tener un carácter inquisitivo a tener carácter acusatorio, se otorgaron una serie de garantías a los investigados, se limito al juez a la función de controlar y depurar el proceso de la investigación para sanear el expediente de aquellos vicios que puedan entorpecer el buen desarrollo del juicio oral y público y por ende dejó en manos del Ministerio público la loable función de dirigir las acciones de los órganos de investigación a través de procedimientos apegados a derecho

y observando en todo momento las garantías constitucionales, tal como se desprende del contenido del artículo 264 del (Código Orgánico Procesal Penal, 2012)

#### Artículo 264

“A los jueces o juezas de esta fase les corresponde controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República, y en este Código; y practicar pruebas anticipadas, resolver excepciones, peticiones de las partes y otorgar autorizaciones”.

Cuando estas funciones atribuidas a cada organo que conforma el sistema de administración de justicia se ven afectadas por factores externos o intenciones desmedidas que dejan de lado la mística de trabajo y el respeto por la dignidad humana, en esos momentos, se desvirtua la esencia del deber ser y entramos en la anarquía en donde ya no impera el estado de derecho como regla de actuación dentro del proceso penal.

Es en estos momentos donde el juez de control debe entrar en acción y reconducir las riendas de la investigación, bien sea, por que el Ministerio Público esta desviando o negando acceso a la justicia al investigado o por el que los funcionarios policiales de investigación estén actuando a su discreción y en su afán de procurar justicia obvian los principios que deben regir toda investigación y por ende más allá de una actitud pasiva considero que el juez, en estos casos, actuando como juez Constitucional debe actuar con sus amplios poderes y mesurar las acciones arbitrarias o abusivas que se puedan estar llevando a cabo por el Ministerio público o por los órganos de investigación.

Esta función del juez cobra mayor relevancia, cuando en la investigación surge la necesidad de intervenir en la esfera de los derechos humanos o fundamentales del investigado o pueda verse afectada su dignidad o integridad física, en estos casos, posiblemente dicha afectación en contra del investigado se lleve a cabo a espaldas del juez y a veces hasta sin consentimiento del Ministerio público, por acciones independientes ejecutadas por los funcionarios mediante engaño o amenaza en las cuales se valen de ofrecimientos de beneficios inexistentes o improcedentes que facilitan que el investigado otorgue su

consentimiento a acceder a algún tipo de intervención corporal que afecte su integridad o dignidad ya que puede alegarse un consentimiento por parte del investigado, pero, como ya lo hemos mencionado dicho consentimiento puede estar viciado.

Es, ante estas posibles situaciones donde el juez debe actuar con mucha cautela y tener como marcador del rumbo de su decisión los principios y garantías constitucionales, ya que, pueden presentarse en principio dos escenarios, a) un caso donde el órgano de investigación le solicite al ministerio público la tramitación de autorización judicial para realizar la intervención corporal ya que el investigado se niega a acceder voluntariamente y b) en los casos donde se consigne el resultado de una intervención corporal que por sus características invasivas pudieron haber afectado al investigado en su salud o en su dignidad, alegando que dicha intervención se realizó bajo el pleno consentimiento del imputado. En ambos casos es obligación del juez verificar las condiciones bajo las cuales se obtuvo o se pretende obtener dicha prueba y la afectación que la realización de la misma pueda tener en el investigado.

Dicha verificación debe partir del entendido que toda intervención corporal siempre va a invadir la esfera de los derechos de la persona y más aun cuando dicha intervención se realizó con un consentimiento viciado o se pretende realizar como en el segundo caso, con autorización judicial pero haciendo uso de algunos medios coactivos que de igual manera van en detrimento de los derechos del investigado, es por ello que, tiene en estos casos el juez un papel preponderante para evaluar la situación y asumir las riendas Constitucionales de la situación y ejercer y hacer valer sus atribuciones como juez guardian de la Constitución.

Quiero concluir este punto con una frase del maestro Parra Quijano (quijano, 1997) la cual dice: “La prueba que se recauda violando normas procesales, puede ser apreciada una vez se subsane la irregularidad. La que se practica violando normas sustanciales, es ilícita y se tiene como inexistente”.



## **El Ministerio Público, como titular de la acción penal y parte de buena fe en el proceso penal**

Siguiendo la idea del cambio que significó la implementación del modelo acusatorio a partir de la reforma Constitucional en el año 1999, otra institución que dio un giro importante es el Ministerio Público, el cual tuvo que ir adecuando su actuación pasiva por una participación protagónica dentro del proceso penal, pasó de ser un funcionario que se limitaba a presentar su escrito de cargos con la instrucción que realizaba el juez de primera instancia en lo penal a ser llevar la batuta y tener el monopolio del ejercicio de la acción penal, este cambio significó un vuelco en las atribuciones y funciones que venían desempeñando los fiscales del Ministerio Público asumiendo un nuevo rol como director de la investigación y como garante de los derechos de los investigados ya que en todo esto adquirió una dualidad en su función ya que no es un acusador de oficio, por el contrario es parte de buena fe en el proceso ya que, de su investigación puede obtener elementos que incriminen al investigado o, por el contrario pueden obtener elementos que lo exculpen y está en la obligación de aportar ambos elementos al proceso y en todo caso tiene las facultades inclusive de prescindir de la acción penal.

Esta doble función del Ministerio Público, para su cumplimiento requiere de un fiscal formado con alto grado de objetividad y justicia que no le permita dejarse llevar por juicios de valor que se antepongan a los intereses de la justicia más allá de lo perturbador o desagradable que pueda resultar un hecho, bien sea, por lo dantensco de su forma de comisión o en algunas veces por las víctimas vulnerables que puedan estar afectadas por los hechos investigados, es allí donde debe imperar la imparcialidad y cobrar fuerza el principio de buena fe que debe caracterizar al fiscal como director de la investigación, tal como se desprende del contenido del artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el cual entre otras atribuciones otorga las siguientes:

**“Artículo 285. Son atribuciones del Ministerio Público:**

1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.
2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso.
3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración...”

Perfectamente delineados se encuentran dentro de nuestra carta magna las atribuciones a las que se debe apegar las actuaciones del fiscal del Ministerio Público, el cual tiene que velar por la verificación de la comisión de los hechos punibles y sus autores, pero, sin dejar de lado los derechos y garantías de los investigados, es decir, no procurar la búsqueda de la verdad y una efímera justicia a costa de la vulneración de los derechos humanos o fundamentales de los justiciables.

Ahora bien, desde la perspectiva del Código Orgánico Procesal Penal en el cual se desarrollan de forma programática las atribuciones del Ministerio Público encontramos que:

**“Artículo 111**

Corresponde al Ministerio Público en el proceso penal:

1. Dirigir la investigación de los hechos punibles para establecer la identidad plena de sus autores o autoras y partícipes.
2. Ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de policía de investigaciones en lo que se refiere a la adquisición y conservación de los elementos de convicción...
6. Solicitar autorización al Juez o Jueza de Control, para prescindir del ejercicio de la acción penal.
7. Solicitar cuando corresponda el sobreseimiento de la causa o la absolución del imputado o imputada...”

De aquí se desprende de manera inequívoca la función de dirección y control que se delega en la función del fiscal para que se garantice el respeto de los derechos y garantías de los investigados, la cual, en muchas ocasiones se dispersa por cuanto el fiscal no lleva la batuta de la investigación, si no, que delega todas sus atribuciones en los órganos de investigación y es allí donde se inician los desmanes que se producen por la falta de supervisión de parte de la institución que por mandato constitucional debe vigilar el buen desarrollo de la investigación.

De igual manera, concatenamos lo expresado ut supra con esa dualidad de función que le es asignada al fiscal dentro de la investigación y que lo coloca no como acusador a ultranza, pero, si, como un defensor y garante de la justicia, la verdad, la equidad, la integridad y la objetividad etc.

De allí, que nos encontremos con la disposición del artículo 263 del (Código Orgánico Procesal Penal, 2012), el cual prevé lo siguiente:

**“Artículo 263.**

El Ministerio Público en el curso de la investigación hará constar no solo los hechos y circunstancias útiles para fundar la inculpación del imputado o imputada, sino también aquellos que sirvan para exculparlo. En este último caso, está obligado a facilitar al imputado o imputada los datos que lo o la favorezcan”.

Observamos que más que una facultad, es un imperativo para el Ministerio Público, ofrecer todos aquellos elementos que sirvan para acreditar en todo caso la ausencia de responsabilidad, siendo así, entonces porque debería el fiscal permitir que se someta al investigado a una intervención corporal no consentida y menos aún sin la autorización del juez, sería a todas luces un comportamiento sujeto a la verificación a la luz de la constitución y de los tratados internacionales que versan al respecto.

De la mano de esta idea encontramos lo que a ese respecto establece la Ley Orgánica del Ministerio Público en su artículo 41.

**“Artículo 41.**

Son deberes y atribuciones de los o las Fiscales del Ministerio Público de los derechos y garantías constitucionales:

...2. Ejercer las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, administrativa, disciplinaria, laboral y militar de los funcionarios públicos o funcionarias públicas por violaciones de derechos humanos.

3. Garantizar la celeridad procesal, el juicio previo y el debido proceso en sede administrativa y judicial...

Vemos como la propia ley de dicha institución, designa funciones específicas a los fiscales para que de manera firme ejerzan los recursos y desarrollen las actividades propias de defensa de los derechos humanos o fundamentales de los investigados.

Dentro del Ministerio Público de igual manera se desarrolla la doctrina interna relacionada a las actuaciones apegadas a derechos que deben demostrar todos y cada uno de los integrantes de la misma, la cual siempre va de la mano de las normas supremas constitucionales en salvaguarda del interés colectivo y en pro de la protección a los derechos constitucionales, garantías y controles convencionales, dentro de dicha doctrina se ha dicho:

“Resulta pertinente señalar que aunque el fiscal del Ministerio Público debe actuar con objetividad, y representa parte de buena fe dentro del proceso, ello se traduce en que debe ser garante de los derechos de todas las partes y no sólo de los derechos del imputado, ya que si bien es cierto éste se considera el débil jurídico dentro del proceso, sus derechos se extienden hasta donde llegan los derechos de la víctima, -a partir de donde confluyen ambos-. Sobre este punto tan importante de la independencia y la objetividad que debe ostentar el Ministerio Público”

De conformidad a esta doctrina y como ya se ha explicado más arriba, una de las dificultades que al respecto de las intervenciones corporales enfrenta el Estado es precisamente esta dualidad que fue delegada al fiscal del ministerio público, el cual se

encuentra siempre en una encrucijada entre los derechos de los imputados y los derechos de las víctimas y a su vez, esta disyuntiva, en el caso de las intervenciones corporales es trasladada al juez para que mediante sus atribuciones constitucionales pondere y analice las circunstancias en cada caso en particular y al final decida cuál sería la opción menos gravosa a los efectos del investigado y la menos cargada de vicios de inconstitucionalidad que pueda afectar el proceso como tal.

### **Los Órganos de Investigación penal como auxiliares del Ministerio Público**

El componente que complementa la trilogía del sistema de justicia está conformado entre otros, por el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas el cual ha sido desde el siempre el órgano investigador por excelencia constituyéndose por ende en el auxiliar del director de la investigación (Ministerio Público) al cual debe dicho cuerpo policial informar de todas aquellas actuaciones que, con ocasión al inicio de una investigación deban practicarse a consideración, a fin, de recabar los elementos probatorios necesarios para determinar por la vía idónea la identidad de los autores y partícipes del hecho punible, no obstante, a pesar de las disposiciones constitucionales y legales se observan actuaciones separadas a lo que se conoce como el deber ser, y que constituyen la desnaturalización de la función de investigación, esto se traduce en la obtención ilícita de los medios probatorios, bien sea por engaño, maltrato, tortura etc.

Resulta oportuno traer a colación y citar el contenido que al respecto tiene nuestra constitución en su artículo 332 (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999)

#### **“Artículo 332.**

El Ejecutivo Nacional, para mantener y restablecer el orden público, proteger al ciudadano o ciudadana, hogares y familias, apoyar las decisiones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales, de conformidad con la ley, organizará:

1. Un cuerpo uniformado de policía nacional de carácter civil.

## **2. Un cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas...**

...Los órganos de seguridad ciudadana son de carácter civil y respetarán la dignidad y los derechos humanos, sin discriminación alguna...

La creación desde la Constitución de los cuerpos de seguridad, es parte de la garantía que el Estado tiene con sus conciudadanos de garantizar su seguridad ciudadana, dicha atribución se ve manchada cuando se deslegitiman estos órganos de seguridad y lejos de sus funciones constitucionales de creación no protegen a los ciudadanos, si no, por el contrario arremeten contra ellos, en el caso que nos ocupa dentro de las investigación penal cuando por necesidad de probar la comisión o participación del hecho punible, se somete al investigado a exámenes o pruebas que atentan contra su integridad física, dignidad y por ende en contra de sus derechos como persona.

Así mismo, en desarrollo de las normas constitucionales nuestro Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 114 (Código Orgánico Procesal Penal, 2012) establece:

“Artículo 114.

Corresponde a las autoridades de policía de investigaciones penales, la práctica de las diligencias conducentes a la determinación de los hechos punibles y a la identificación de sus autores o autoras y partícipes, bajo la dirección del Ministerio Público”.

En este caso la norma adjetiva penal, otorga las facultades más amplias para la investigación al cuerpo de investigaciones, pero, delineando que dicha actividad investigativa debe estar siempre bajo la supervisión del Ministerio Público, como garante de la buena marcha de la investigación.

A su vez, encontramos como fundamento de la policía de investigación penal lo preceptuado en su propia ley orgánica del servicio de policía de investigación, el cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas y el servicio nacional de medicina y ciencias forenses en su artículo como uno de sus fines el siguiente: “3. Brindar auxilio al

sistema de justicia, en estricto apego a las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...” de igual manera encontramos como garantía de la actuación de los órganos de policía de investigación de conformidad al artículo 8 de la (Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación, El Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales Y Criminalísticas , 2012), el siguiente:

“Artículo 8. Los órganos y entes con competencia en materia de investigación penal y policial desarrollarán su actuación con fundamento y estricta observancia con los principios, derechos y garantías consagradas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados internacionales suscritos por la República y demás leyes que rijan la materia”.

A todos los niveles de nuestra legislación vemos como se protegen los principios y garantías Constitucionales de las personas y sobre todo de aquellas que por cualquier circunstancia se encuentren sometidas al proceso penal, condición que lo coloca a la luz del derecho como un débil jurídico por cuanto al encontrarse restringido en su derecho a la libertad se encuentra evidentemente impedido para ejercer su defensa, por lo que, el Estado consiente de dicha desventaja le dota de una serie de garantías que conforman una especie de paraguas ante las arbitrariedades de las que pueda ser víctima, sobre todo en los casos donde por diversas razones no desee ser sometido a cualquier tipo de intervención corporal.

Para ser un poco más precisos en las directrices de actuación de los órganos de investigación es necesario mencionar el contenido del artículo 12 de la ley que los rige por cuanto a través de este quedan suficientemente claro las directrices que delimitan la actuación de este órgano de seguridad de Estado

Artículo 12.

“Los órganos y entes con competencia en materia de investigación penal y policial actuarán con estricto apego, respeto y garantía de los derechos humanos y el debido proceso, consagrados en la Constitución República Bolivariana de Venezuela, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y en las leyes que lo desarrollen. Los órganos y entes con competencia en materia de investigación penal y policial deben respetar y garantizar

la inviolabilidad de la libertad personal, la cual solo podrá ser restringida por orden judicial o ante delitos flagrantes”.

Pareciera que cualquier comentario al respecto sería redundar, ante tal diafanidad de la norma cuando alude a los límites que se deben acoger en cada actuación por parte de los funcionarios a cargo de tal competencia.

Como se pudo observar dentro del sistema de administración de justicia, cada órgano tiene delimitada sus funciones formando entonces la trilogía que se complementa entre sí a fin de procurar los fines del Estado de conformidad al artículo 3 de la (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999) el cual establece “El Estado tiene como fines esenciales...el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad humana... y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta constitución”, en el cual se enmarcan las actuaciones del Estado a través de sus órganos y los cuales se encuentran supeditados en sus actuaciones a la constitución, así como de las obligaciones generadas para el Estado según lo dispuesto en el artículo 29 Constitucional que reza lo siguiente: artículo 29 “El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades”, por lo que, no debe existir duda al momento de pretender o de existir la necesidad de someter a un investigado a una intervención corporal no consentida, tanto el juez como el fiscal y el órgano de investigación penal, deben agotar la vías alternas para la verificación de las circunstancias que se quieran constatar antes de entrar a considerar la excepción que representa autorizar una intervención corporal sin que se cuente con el consentimiento del imputado.



## CONCLUSIONES

Lo expuesto a lo largo de la presente investigación permite arribar a las siguientes conclusiones:

1. En cuanto a las consecuencias de las intervenciones corporales no consentidas por el imputado, se ha podido verificar que en efecto la práctica de este tipo de prueba sin que medie la aprobación del imputado resulta inconstitucional, en cuanto a, que la negativa del imputado a someterse a este tipo de pruebas es una garantía constitucional que el propio Estado ha proporcionado a los ciudadanos para que ante una amenaza de violación de sus derechos Fundamentales o Humanos, y por considerarse el investigado el débil jurídico en la relación penal, el propio Estado le proporciona este tipo de protección, lo cual resultaría contrario a derecho que se autorice a vulnerar este tipo de garantía Constitucional.

No obstante, existen una serie de opiniones jurisprudenciales de tribunales como el Tribunal Constitucional Español y la Corte Constitucional Colombiana, que permiten en sus decisiones un margen de maniobra un poco más amplio al momento de encontrarse ante situaciones como la aquí investigada, es decir, se han considerado algunos aspectos jurídicos como el juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad, los cuales deben ser necesariamente analizados por el juez antes de otorgar autorización para ejecutar una intervención corporal no consentida.

2. Al respecto de los Derechos fundamentales afectados, tenemos que el principal derecho vulnerado es la dignidad humana tal como lo ha expresado la Corte Constitucional Colombiana, la cual ha definido la dignidad humana en varias dimensiones a) entendida como la posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera), b) entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien) y c) entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones), así mismo, no se ha quedado allí la interpretación de dicho derecho, continúa la corte desarrollando la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor, como principio constitucional y entendida como derecho fundamental autónomo, queda, en este sentido, luego de dicha descripción realizada por la Corte Constitucional en evidencia el gran alcance de afectación a la persona cuando se pretende someterla a una intervención corporal no consentida.

Por lo que, resulta prudente la adaptación de la legislación a este tipo de pruebas ya que forman parte importante y determinante en una investigación, pero, también de hacerse contrario a la norma podría representar el fracaso de la acción del Estado.

3. En referencia a la participación del Estado en las intervenciones corporales no consentidas, justamente es esta pieza del rompecabezas la primordial, ya que, es precisamente el Estado quien a través de sus órganos puede autorizar o no la ejecución de dicha prueba, pero, es el Estado también quien debe garantizar el respeto de los derechos y garantías Constitucionales de los ciudadanos, aún, de aquellos que se encuentren procesados y en el peor de los casos privados de su libertad.

Es por ello que, cobra un papel determinante el juez constitucional (juez de Control) en la etapa de investigación cuando al recibir de parte del Ministerio Público alguna solicitud para obtener alguna evidencia que comporte invadir la esfera de los derechos fundamentales del investigado, debe tomar en cuenta previamente las consideraciones sugeridas por la jurisprudencia a fin de evitar incurrir en vicios de inconstitucionalidad que afecte entre otras cosas los resultados de la investigación.

4. Se ha podido arribar en este caso a nuevas interrogantes planteadas a modo de las posibles modificaciones en la legislación positiva, resultando las siguientes: ¿Cuáles serían las excepciones para la autorización de una intervención corporal no consentida?, ¿Cuáles serían los límites insuperables al momento de no contar con el consentimiento del investigado?, estas interrogantes pueden servir de punto de partida al momento de someter a consideración del órgano competente las modificaciones legislativas que permitan ajustar a la realidad de los avances jurisprudenciales foráneos, hechos que por su grado de transgresión de valores y principios ameriten de una investigación exhaustiva para determinar la participación del imputado en los hechos investigados, por lo que se hace necesaria entonces, una reforma en el ámbito legislativo que permita mayores posibilidades jurídicas ante situaciones como las ya planteadas en el contenido del trabajo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alarcón, R. B. (2001). *El problema de la "prueba ilícita"*. *Themis*, 137-159.
- Barragan, J. D. (2008). El Derecho a Guardar Siliencio. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 4-6.
- Bernardo, R. J. (2004). Intervenciones Corporales en el Código de Procedimiento Penal, análisis de la sentencia 822 del 2005. *Vniversitas*.
- Castrillo, E. d. (2007). *La Prueba Ilícita Penal*. navarra: Aranzadi.
- Código Orgánico Procesal Penal. (15 de junio de 2012). *Código Orgánico Procesal Penal*. Caracas, Venezuela: Horizonte C.A.
- Colombiana, C. C. (2005). *Prohibición de exceso en principio de proporcionalidad* . Recuperado el 14 de Octubre de 2018, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-822-05.htm>
- Conde, M. (2016). *De la Prohibición de Autoincriminación para la obtención al Derecho Penal del Enemigo*. Portugal: coimbra.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (24 de marzo de 1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. caracas, Venezuela: AGR, S.C.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (2012). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. méxico.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. paris: ediciones dulia, 2021.
- Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (15 de Junio de 2016). Washington.
- Diccionario Real Academia Española* (2017). Madrid: Drae.
- Echandía, H. D. (2014). *Teoría general de la prueba judicial* . Argentina: temis.
- Español, T. C. (16 de Diciembre de 1996). *Tribunal Constitucional de España*. Recuperado el 09 de Octubre de Octubre de 2018, de Tribunal Constitucional de España: [http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/3259#complete\\_resolucion](http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/3259#complete_resolucion)
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los Derechos Fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*.

- <http://catalogo.mp.gob.ve/min-publico/doctrina/bases/doctri/texto/2005/234-2005.pdf>. (19 de Septiembre de 2005). El fiscal del Ministerio Público como parte de buena fe debe ser garante de los derechos tanto del imputado... Caracas: Ministerio Público.
- <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/12/10/internacional/1292009207.html>. (10 de Diciembre de 2010). República Checa anuncia que no volverá a aplicar el examen falométrico. *El mundo*.
- Jaramillo, J. (7 de Noviembre de 2002). Derecho y Cuerpo Humano. *Derecho y Cuerpo Humano*. Medellín, Antioquia, Colombia.
- Ley Orgánica del Ministerio Público. (19 de Marzo de 2007). *Ley Orgánica del Ministerio Público*. Caracas.
- Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación, El Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales Y Criminalísticas . (15 de Junio de 2012). Caracas.
- López, E. M. (Junio de 2016). Las intervenciones Corporales en el proceso penal. Almería , Almería, España.
- M, L. (2015). *El Derecho a no Autoincriminación y la autorización para la obtención de evidencia a partir del cuerpo humano*. Medellín.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (23 de Marzo de 1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York.
- Peña Solís, J. (2012). *Lecciones de Derecho Constitucional Venezolano, los derechos civiles*. Caracas: Paredes.
- Picon, F. R. (2013). Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales. *Revista General de Derecho Cosntitucional*.
- Público, M. (19 de Septiembre de 2005). *Ministerio Público*. Recuperado el 12 de Octubre de 2018, de <http://catalogo.mp.gob.ve/min-publico/doctrina/bases/doctri/texto/2005/234-2005.pdf>
- Quijano, j. p. (1997). Pruebas ilícitas. *ius et veritas* N° 14, 37-52.
- Tagle, C. R. (2011). *Nemo Tenetur se Ipsu, El Derecho a Guardar Silencio*.