

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIDAD DE POST GRADO Y RELACIONES
INTERNACIONALES

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
Y PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES 2008-2010



TESIS DE MAESTRIA

“DERECHOS FUNDAMENTALES Y ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO
(ADN)”

POSTULANTE: BLANCA ISABEL ALARCON YAMPASI

TUTOR: DR. JORGE MOSTAJO BARRIOS

LA PAZ – BOLIVIA

2018

DEDICATORIA

A mis padres: Marcelino y
Candelaria.

A mis hijos: José Ismael, Cinthya Sarah
y Gustavo Marcelo, mi razón de vivir.

AGRADECIMIENTOS

A mi esposo: José Cesar Villarroel Bustios por el apoyo y la orientación.

A mi tutor: Dr. Jorge Mostajo Barrios por su colaboración y asesoramiento.

A mi profesor: Dr. Jorge Obach Martínez, por sus enseñanzas.

INDICE GENERAL

1.	INTRODUCCION.....	1
2.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
3.	JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL TEMA	7
4.	DELIMITACION DE LA INVESTIGACION.....	12
4.1.	Delimitación temática.....	12
4.2.	Delimitación temporal	13
4.3.	Delimitación espacial.....	13
5.	OBJETIVOS	13
5.1.	OBJETIVO ESTRATEGICO	13
5.2.	OBJETIVOS ESPECIFICOS	14
6.	MARCO TEORICO.....	14
6.1.	DERECHOS FUNDAMENTALES.....	14
6.1.1.	NOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	15
6.2.	FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS	17
6.2.1.	ELEMENTO SUBJETIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	20
6.2.2.	ELEMENTO OBJETIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS	21
6.2.3.	EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS HUMANOS	22
6.2.4.	LAS RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS	23
6.2.5.	NATURALEZA JURIDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES....	24
6.2.6.	PONDERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES	25
6.3.	DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS POR LA CONSTITUCION.....	27
6.3.1.	DIGNIDAD HUMANA.....	27
6.3.2.	EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA	30
6.3.3.	LA LIBERTAD PERSONAL.....	32
6.3.4.	EL DERECHO A LA INTIMIDAD.....	34

6.3.5.	INTIMIDAD CORPORAL.....	37
6.3.6.	EL DERECHO A LA INTIMIDAD FRENTE A LA INFORMATICA	39
6.3.7.	EL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SI MISMO Y EL DERECHO A NO CONFESARSE CULPABLE	41
7.	EL ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) EN EL SISTEMA NORMATIVO ...	45
7.1.	ANTECEDENTES HISTORICOS	45
7.2.	LA APLICACIÓN DEL ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL.....	46
8.	HIPOTESIS DEL TRABAJO DE LA INVESTIGACION.....	48
8.1.	VARIABLE INDEPENDIENTE	48
8.2.	VARIABLE DEPENDIENTE.....	49
8.2.1.	UNIDADES DE ANALISIS	49
9.	Diseño de la investigación	49
10.	Métodos a ser utilizados en la Investigación	49
10.1.	Método comparativo	49
10.2.	Método deontológico	50
10.3.	Método jurídico	50
	CAPITULO SEGUNDO.....	51
2.	VERIFICACION DE LA HIPOTESIS EN BASE A LAS UNIDADES DE ANALISIS...	51
2.1.	CODIGO DE LAS FAMILIAS Y DEL PROCESO FAMILIAR	51
2.2.	CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	52
2.3.	LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PÚBLICO.	53
2.4.	LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PÚBLICO	54
2.5.	“MANUAL DE ACTUACIONES INVESTIGATIVAS DE FISCALES, POLICIAS Y PERITOS”	55
2.5.1.	CADENA DE CUSTODIA.....	55
2.5.2.	SISTEMA DE CADENA DE CUSTODIAS DEBE CUMPLIR LAS	

SIGUIENTES REGLAS:.....	55
2.5.3. “Clasificación de la Evidencia por su naturaleza:.....	57
2.5.4. PROCEDIMIENTO.....	57
2.5.5. CATALOGO DE ESTUDIOS PERICIALES MEDICINA FORENSE	57
2.5.6. LABORATORIO DE BIOLOGIA FORENSE.....	59
2.5.7. “LABORATORIO DE GENETICA FORENSE	60
2.5.8. DETERMINACION DE PATERNIDAD Y/O MATERNIDAD A TRAVES DE ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN)	61
2.5.9. ANALISIS DE ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) EN DELITOS DE AGRESION SEXUAL.....	61
2.5.10. ANALISIS DE ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) EN EVIDENCIAS Y MUESTRAS DE INTERES FORENSE EN CASOS DE CRIMINALISTICA.	61
2.5.11. IDENTIFICACION DE PERSONAS, CADAVERES O RESTOS HUMANOS A TRAVES DE ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN). El análisis de Acido.....	61
2.6. ANALISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA	62
2.7. FASE DE INVESTIGACION. EL PROCEDIMIENTO EN EL SISTEMA BOLIVIANO	63
CAPITULO TERCERO	69
3. VULNERACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ANALISIS Y EXPLICACION EN BASE A LEGISLACION NACIONAL, LEGISLACION COMPARADA.....	69
3.1. FINALIDAD DE LA INVESTIGACION PENAL.....	70
3.2. EL CONSENTIMIENTO DEL INVESTIGADO PARA LA OBTENCION DE UNA MUESTRA BIOLOGICA.....	70
3.3. PROBLEMAS DERIVADOS DEL CONSENTIMIENTO	72
3.4. NECESIDAD DE UNA RESOLUCION JUDICIAL MOTIVADA	75

3.5. LA MOTIVACION JUDICIAL Y LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD	76
3.6. RESOLUCIONES MOTIVADAS	79
3.7. PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	80
3.8. DELITOS EN LOS QUE SE AUTORIZA LA TOMA DE MUESTRAS	82
3.9. LA OBSERVANCIA DE LA LEGALIDAD O RESERVA DE LA LEY	83
CAPITULO CUARTO.....	86
4. EL TRATAMIENTO DEL TEMA EN LA LEGISLACION COMPARADA	86
5. CONCLUSIONES.....	95
6. RECOMENDACIONES	100
7. BIBLIOGRAFÍA.....	103
ANEXOS	119

RESUMEN

Los avances de la medicina y los medios tecnológicos que se han creado en esta época han traído a la sociedad respuestas a innumerables problemas; entre ellos la obtención de datos exclusivos a partir de una muestra de Acido Desoxirribonucleico (ADN), que se ha convertido en una herramienta fundamental en la negación de la paternidad, maternidad y sobre todo en materia de delitos; pero a su vez, genera problemas en su obtención y aplicación a casos concretos que afectan a derechos fundamentales entre ellos: el derecho a la libertad, integridad física o corporal, intimidad corporal o genética, dignidad, y derecho a no declarar contra sí mismo; sin embargo, se hace necesario rodear de legalidad las diligencias en la etapa preliminar de la investigación penal que es el momento oportuno en el que normalmente se recolectan medios de prueba, entre ellos el Acido Desoxirribonucleico (ADN) del ser humano con el fin de sustentar una acusación penal o en su caso otra acción.

En la administración de justicia, su obtención ha demostrado ser un medio importante de prueba para establecer hechos de relevancia jurídica, fundamentalmente en el área penal porque ante el acaecimiento de un hecho delictuoso se pueden dejar vestigios biológicos del sospechoso sobre la víctima, en el lugar de los hechos, en los instrumentos del delito, así como la víctima sobre el autor y sus pertenencias. Estas situaciones han dado lugar a nuevos problemas relacionados con la tutela de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política del Estado, tratados y convenios internacionales, entre el medio de prueba, el Acido Desoxirribonucleico (ADN), y la obtención del medio de prueba (intervención corporal del sospechoso), con claros atentados contra derechos fundamentales (artículo 15 de la Constitución Política del Estado), tales como el derecho a la integridad física, intimidad corporal o genética, con la sola finalidad de imponer una sanción penal al autor, violando los derechos del imputado.

Ante esta realidad del menoscabo de los derechos fundamentales el constitucionalismo moderno ha establecido que estos derechos no son absolutos sino relativos susceptibles de ser afectados en ciertas circunstancias, siempre y cuando, se preserve el principio de legalidad sustentado en los parámetros de proporcionalidad

y razonabilidad. Esta trilogía tiene que estar expresamente regulada en una ley orgánica como es el código de procedimiento penal y no en una ley reglamentaria como lo sería por ejemplo un manual de funciones como en Bolivia.

El derecho comparado y la jurisprudencia extranjera han generado un conjunto de reglas destinadas a evitar la vulneración de los derechos fundamentales (derecho a la libertad, integridad física o corporal, intimidad corporal o genética, dignidad y derecho a no declarar contra sí mismo) de los individuos sometidos a investigación penal en relación al uso del Acido Desoxirribonucleico (ADN) como medio de prueba. Países como Francia, Alemania, España, Italia, Portugal han generado debates importantes sobre la temática basados en el criterio de que el derecho interno tiene que armonizarse con los Tratados y Convenios Internacionales en un sistema de garantía que impida la violación de los derechos fundamentales.

En Bolivia, como en la mayor parte de las legislaciones latinoamericanas, no existe en el código de procedimiento penal, normativa que establezca los principios y requisitos en base a los cuales se pueda realizar la intervención corporal en el cuerpo del sospechoso, a objeto de tomar de manera legal muestras biológicas con o sin su consentimiento. La investigación ha llegado a la conclusión de que se hace necesaria una normativa específica en la norma orgánica antes señalada.

Para la demostración de la hipótesis se ha trabajado con unidades de análisis propuestas como: legislación nacional en materia de toma de muestras y análisis de Acido Desoxirribonucleico (ADN), procedimiento en el sistema penal boliviano, y se analiza también la legislación y jurisprudencia comparada constatando que en nuestro país se vulnera los derechos fundamentales al existir una ausencia de la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad en las intervenciones corporales, con miras a obtener Acido Desoxirribonucleico (ADN) en los sospechosos de la comisión de delitos. El muestreo a través de entrevistas a abogados, fiscales, jueces, investigadores ha confirmado la hipótesis de la necesidad urgente de contar con normativa especial, de manera tal que se cumpla con el principio de legalidad base para la obtención de Acido Desoxirribonucleico (ADN) sin menoscabo de los “derechos fundamentales”.

CAPÍTULO PRIMERO

DISEÑO DE LA INVESTIGACION

1. INTRODUCCION

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia promulgada el 7 de febrero del 2009, en sus artículos 8 párrafo I y II; 9 numerales 1, 2, 4; 13 párrafos I y II; 14 párrafos I, III y IV; 15 párrafos I, II y III; 21 numerales 2 y 6; 22; 23 párrafo I,¹ le garantiza a las ciudadanas bolivianas y bolivianos así como a los extranjeros que viven en el territorio nacional y aún a los extranjeros que se encuentran temporalmente en el país, una sociedad organizada, en la que debe imperar el respeto por los derechos fundamentales como la igualdad, dignidad, libertad, transparencia, que se traduzca en un bienestar común en el que exista justicia social como valor supremo.

Para el cumplimiento de esos valores el estado boliviano se ha propuesto como fines supremos, entre otros, garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad, igualdad y dignidad de las personas individuales, otorgándoles derechos y deberes expresamente reconocidos y consagrados en la Constitución, que son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos.

En el Título relativo a los “derechos fundamentales” se garantiza a los seres humanos, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de sus derechos, considerándose como tales: el derecho a la vida, la integridad física, psicológica y sexual,² tanto al interior de la familia como en el seno de la sociedad, obligándose el Estado a tomar medidas de prevención para eliminar y sancionar acciones u omisiones que degraden la condición humana, causen sufrimiento físico, sexual o

¹ El 7 de febrero de 2009 se promulgo la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, aprobada en Referéndum Nacional el 25 de enero de 2009, fs. 32 - 35, editorial quatro Hnos., edición y publicación institucional. Tribunal Constitucional Plurinacional, compendio normativo. (fs. 35-37)

² Sentencia constitucional Plurinacional 0572/2013. Para la interpretación de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero del 2009, debe existir un dialogo e interacción de los distintos métodos de interpretación constitucional para poder llegar a la finalidad de la interpretación, cual es la vigencia de los fines, principios y valores que se encuentran en el bloque de constitucionalidad.

psicológico tanto en el ámbito público como privado.

Sí, la nación boliviana sustenta los valores de “igualdad, inclusión, dignidad, libertad, bienestar común, responsabilidad” y fundamentalmente “transparencia” está evidenciándose una sociedad donde no solamente es un enunciado que todos gocen de igualdad ante la ley sino que también la esencia de la convivencia está en el respeto a la “dignidad humana”; es decir, el hombre individual y colectivamente, como centro de protección y al mismo tiempo como fin de la convivencia en sociedad; pero, además, esa búsqueda del bienestar común (vivir bien) debe generar en la convivencia diaria responsabilidad de todos y cada uno de los estantes y habitantes, de manera que las diversas conductas se adecuen a los preceptos constitucionales y a las leyes porque solo una sociedad podrá alcanzar esos fines cuando sus componentes, en un Estado de derecho, se sometan a los mandatos jurídicos generando justicia social, que no es otra cosa que la sociedad valore positivamente las decisiones que se toman en los distintos órganos e instituciones que existen en el Estado.

Ahora bien, los “derechos fundamentales” mencionados en la normativa constitucional en algunas ocasiones están en grave riesgo de ser menoscabados o suprimidos por servidores públicos, especialmente en la jurisdicción ordinaria en materia penal por investigadores, fiscales y jueces, e inclusive por personas particulares. Llama profundamente la atención lo relacionado con los medios de prueba porque no son los adecuados para demostrar un hecho del cual pueda surgir una consecuencia de derecho (prueba inconducente) o cuando el medio de prueba á sido obtenido en contra de lo que expresamente prohíbe la ley (prueba ilícita)³.

Ante las circunstancias anteriores las sociedades han buscado respuestas a innumerables problemas que han generado los avances de la medicina y los recursos tecnológicos que se han inventado cuya eficacia y trascendencia ha sido objeto de comprobación y demostración científica. Uno de ellos es el descubrimiento del “Acido

³ GIMENO SENDRA, Vicente, “Derecho Procesal Penal, cit., pág.444, admite que ciertas diligencias de determinación del imputado, como pueden ser el reconocimiento en rueda, dactiloscópico o antropomórfico, si bien implican una inspección corporal, no comprometen su intimidad.

Desoxirribonucleico” (ADN), que se ha convertido en una herramienta fundamental para resolver un amplio espectro de problemas médico-legales, pero que a su vez encuentra violaciones a los “derechos fundamentales” en su aplicación a casos concretos.

En la actualidad se ha convertido en un medio imprescindible para la identificación del autor de un hecho punible y el esclarecimiento de diversos delitos a través del examen científico de restos biológicos o muestras que puedan relacionarse con los autores y/o víctimas⁴.

El objetivo de la utilización de los perfiles de Acido Desoxirribonucleico (ADN) debe ser la obtención de una prueba válida, que goce de eficacia en un proceso penal, bajo el principio de seguridad jurídica⁵ que exige que sea lo más fiable posible, y que su obtención respete los “derechos fundamentales” como el derecho a la “libertad, integridad física o corporal, psíquica, intimidad corporal o genética y dignidad”. Estos aspectos deben darse en las distintas fases que integran lo que se ha llamado uso forense de la tecnología del Acido Desoxirribonucleico (ADN): obtención de la muestra por extracción del perfil y su tratamiento en la base de datos.⁶

⁴ MORENO CATENA, Víctor: “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, cit., pág.142 al tratar de la “viciosa practica policial de la retención”, como figura ajena al texto de la CE., y de la LECrim; ya advertía que debían reputarse ilegítimas, por vulnerar el derecho a la libertad personal, todas las retenciones policiales que no respondiesen a unas diligencias de investigación policial por hechos presuntamente delictivos o fuese procedente el internamiento del individuo en un centro sanitario mediando signos evidentes de enfermedad física o psíquica.

Idiendob *Prueba pericial y documental*. Editorial Colex, 1999. pág. 659-662.

ROMEO CASABONA, y ROMEO MALANDA; Los identificadores del ADN en el sistema de Justicia Penal, cit., pág. 99, respecto a la prueba de ADN, no existe ningún problema en este supuesto para quienes así la prueba o porque el proceso penal seguiría adelante y podría llegarse a una condena por medio de otras pruebas o indicios, pudiendo valerse la negativa como un indicio más y, en el caso de que la desobediencia conllevara una pena superior a la del delito investigado

⁵ LORENTE ACOSTA, J. A. *El ADN y la identificación*, Editorial Comares-2016. pág. 73-83. En efecto no en vano advierte: Un detective llamado ADN (Ácido Desoxirribonucleico) cit., páginas 181-182, que la primera impresión que levanta un estudio genético es el temor (Sic), pensando que se va a manipular la información genética o que se va a usar para fines distintos a los relacionados con el objeto de la prueba. A parte lo verdaderamente relevante es que la incorporación de la información genética obtenida de ficheros o bases de datos supone una injerencia en el derecho fundamental a la autodeterminación informativa.

Ver también: QUEVEDO GOICOCHEA, A., *Genes en tela de juicio*. McGraw-Hill, 1996. pág. 32 - 37.

⁶ DIAZ CABIALE “Cacheos Superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pags.74-75, atendiendo al momento en

La presente investigación está centrada en la articulación del proceso penal en el sistema judicial nacional, la incidencia en la intervención corporal para la obtención de los perfiles de Acido Desoxirribonucleico (ADN), su utilización como medio de prueba, su correcta valoración para evitar su vulneración por parte de investigadores, fiscales y jueces, en delitos como el asesinato, homicidio, violación, estupro, lesiones graves y leves, aborto, aborto seguido de lesión o muerte, abuso deshonesto que se atribuyen a un determinado individuo y el respeto a sus “derechos fundamentales” garantizados como se ha señalado por la Constitución Política del Estado Plurinacional.

Por otra parte, el objetivo al relacionar el Derecho Constitucional con el Derecho Procesal Penal es demostrar la existencia, no solo de vacíos legales en nuestra legislación interna en el ámbito penal sino también que no se cuenta con personal profesional calificado para desempeñar las labores de “recogida y conservación de muestras biológicas” de Acido Desoxirribonucleico (ADN).

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La convicción acerca de la “verdad material”⁷ de los hechos que la prueba tiende a crear en el juez o en el tribunal, especialmente en el ámbito penal, solo se puede dar cuando hay una preservación de las evidencias y/o muestras biológicas cuyo objetivo es garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de las mismas, desde el momento en que han sido colectadas, luego custodiadas, y finalmente presentadas en los estrados judiciales, como medio de prueba para demostrar la fuente (el hecho tal como ha ocurrido), sustentada en lo que la doctrina moderna denomina “máxima

que se llevan a efecto, distingue entre intervenciones corporales pre procesales y procesales. Las primeras se producen antes de la incoación de un proceso penal.

⁷ CAPOGRASSI, Giuseppe. *Proceso, Ciencia y Verdad*. Traducción al castellano del ensayo, publicado originalmente en 1950, del filósofo italiano, ensayo en el que el autor reflexiona sobre el proceso como método para llegar a la verdad. Con nota introductoria de Eugenia Ariano Deho., en revista de la Maestría en *Derecho Procesal*. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, Núm.2. Vol. 6. pág.202- 229.

SCP. 0398/2013 Principio de verdad material /la prueba tasada puede ceder en relación a la sana crítica para asegurar la verdad material.

Siguiendo esa línea de pensamiento, los ordenamientos jurídicos modernos establecen un cierto método de investigación para constatar los hechos concretos a los cuales están ligados a aquellas consecuencias jurídicas previstas en la ley, de tal modo que la única verdad posible, dentro de la lógica del sistema, es aquella que el ordenamiento jurídico puede alcanzar.

de libre investigación” como un deber oficial de los operadores de justicia, imperativo que se debe cumplir cuando el objeto del proceso es de interés público, como ocurre en los delitos de acción pública, porque no es posible conformarse solo con una mera probabilidad de la ocurrencia del hecho sancionado por la ley penal sino que el fin de toda investigación penal es encontrar, no una verdad ficticia o presunta por necesidad práctica, sino una “verdad material” o verdad legal que el autor italiano Giuseppe Capograssi en su obra “Proceso, Ciencia y Verdad” denomina “la verdad humana” aquella que los seres humanos podemos alcanzar procediendo humanamente a la investigación, con las posibilidades, los métodos y los medios que son propios de la condición humana en aquellos casos en que se presentan divergencias entre esa verdad y la verdad material, si ocurre es porque no ha seguido la vía de la lógica objetiva de la acción y de la ley.

En la doctrina procesal penal moderna se plantea la necesidad de contar con instrumentos legales específicos que permitan incorporar al Acido Desoxirribonucleico (ADN) como medio de prueba en la fase de investigación penal, debido a la seguridad y fiabilidad que brindan sus resultados. Esta prueba se comenzó a incorporar en la década de los noventa del siglo XX en los diferentes ordenamientos jurídicos de Europa mediante una regulación específica sobre “el uso de técnicos genéticos” en la investigación de los delitos de asesinato, homicidio, violación, estupro, lesiones graves y leves, aborto, aborto seguido de lesión o muerte, abuso deshonesto, que ha venido proporcionando buenos o inclusive excelentes resultados en aquellos países de alta sensibilidad jurídica, como por ejemplo, España, Inglaterra, Alemania, Francia⁸, al

⁸ Se consigna como ejemplo otras legislaciones:

a) D. Alemán. Podrá ordenarse la investigación corporal del inculpado para la constatación de los hechos que fueron 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 su salud. La ordenación correspondiente al juez, también a la fiscalía y a sus ayudantes cuando existiera peligro por el retraso que pudiese perjudicar el éxito de la investigación”.

b) D. Italiano. El Código de Procedimiento Penal Italiano 1988, que entro en vigor el 24 de octubre de 1989, también regula como medio de investigación del proceso, la posibilidad de la intervención corporal.

c) Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Países bajos, Polonia y Suecia, la extracción de datos de ADN en el marco de procedimientos penales no es sistemática, sino que se limita a ciertas circunstancias particulares y/o a las infracciones más graves en particular a las castigadas con ciertas penas de prisión.

permitir identificar al autor o autores del delito y el esclarecimiento transparente de los hechos punibles con una investigación, imputación y posterior acusación donde se respetan las garantías que otorgan sus constituciones en el marco de la tutela efectiva y eficaz de los “derechos fundamentales” de los implicados en el hecho y al mismo tiempo ha permitido que personas inocentes sean excluidos de la investigación.

En América Latina, varios países vienen implementando en su legislación procesal penal lo relativo a la prueba de Acido Desoxirribonucleico (ADN), entre ellos Argentina, Guatemala, Ecuador, Colombia, Perú y Chile, mientras que otros países, entre ellos Bolivia, tienen sobre la materia vacíos legales, situación que se agrava por la circunstancia de que en la actualidad se debe efectuar “intervenciones corporales” en delitos de “asesinato, homicidio, violación, estupro, lesiones graves y leves, aborto, aborto seguido de lesión o muerte, abuso deshonesto” sin cuya reglamentación clara y específica se realizan los análisis de Acido Desoxirribonucleico (ADN), para terminar convirtiéndose en medios de prueba ilícitos.

Esa actuación previa de naturaleza clínica constituye una importante injerencia en la esfera de los derechos fundamentales del individuo que afectan o pueden afectar al derecho a la “integridad física o a su libertad ambulatoria, o intimidad personal, corporal y genética”, en los términos previstos por la Constitución Política del Estado en los artículos 8 párrafo I y II; 9 numerales 1, 2, 4; 13 párrafos I y II; 14 párrafos I, III y IV; 15 párrafos I, II y III; 21 numerales 2 y 6; 22; 23 párrafo I, que permitiría interponer “nulidades procesales” por actividad procesal defectuosa e inclusive acciones constitucionales como el amparo constitucional, acción de libertad y acción de privacidad.⁹

La fase de investigación es trascendental en el curso del proceso penal¹⁰, en razón a

⁹ Sentencia Constitucional Plurinacional No.1002/2013-L Derecho a la garantía de protección por parte del Estado de su vida e integridad física, psicológica y moral la finalidad de las penas es la reinserción social a través de un programa progresivo, que incluya trabajo, psicoterapia, educación y fortalecimiento de relaciones familiares.

¹⁰ El Código de procedimiento penal boliviano de 1999 en su **artículo 69 (Función de la Policía Judicial)** señala: “**La Policía Judicial** en su función de servicio público para la investigación de los delitos. La investigación de los delitos se halla a cargo del ministerio público, de la policía nacional y del Instituto de Investigaciones Forenses, de conformidad con lo previsto por la Constitución Política

que tiene por finalidad la preparación del juicio oral, público y contradictorio, mediante la “colección” de elementos de prueba que permitan fundamentar de manera razonada la acusación fiscal o del querellante, o también una adecuada defensa del imputado, posterior acusado y posible condenado. No hay duda que el Acido Desoxirribonucleico (ADN) es un medio eficaz de prueba que ayuda a identificar al presunto culpable, de mayor relevancia inclusive que otros medios de prueba previstos en el ordenamiento legal¹¹, entre ellas la testifical, el reconocimiento en ruedo y hasta la propia confesión.

3. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL TEMA

Si entendemos por prueba la actividad desarrollada por los sujetos del proceso dirigida a crear en el juez o en el tribunal, la convicción de la verdad o la falsedad de los hechos que se alegan en la denuncia o acusación o en la defensa; no hay la menor duda que la prueba es absolutamente imprescindible en todo asunto judicial sea este civil, penal, laboral, administrativo, etc.

Sin embargo, las limitaciones de la investigación que derivan de algunos medios de prueba tales como: documentos, testigos, declaraciones, careos, hacen absolutamente necesario considerar la aceptación de lo que se denomina medios de prueba “modernos”, sobre todo aquellos cuya eficacia han sido generados por la ciencia y la tecnología.

Si se reconoce que existe una estrecha relación entre el derecho y la prueba, que no es más que una relación de hecho, se resuelve el problema intemporal de la aplicación de una normativa especial relativa a la prueba pericial de Acido Desoxirribonucleico

del Estado, las leyes y con los alcances establecidos en este código. La policía nacional, en ejercicio de funciones de Policía Judicial, y el Instituto de Investigaciones Forenses participan en las investigaciones de los delitos bajo la dirección del ministerio público”. Asimismo, conforme el **artículo 70 (Funciones del Ministerio Público)** “Corresponderá al ministerio público dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal pública ante los órganos jurisdiccionales”.

¹¹ El Código de Procedimiento Penal en su **artículo. 171. (Libertad probatoria)**, establece que “El juez admitirá como medios de prueba todos los elementos lícitos de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado. Podrán utilizarse otros medios además de los previstos en el código. Su incorporación al proceso se sujetará a un medio análogo de prueba previsto. Un medio de prueba será admitido, se refiere, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y sea útil para el descubrimiento de la verdad. El juez limitará los medios de prueba ofrecidos cuando ellos resulten manifiestamente excesivos o impertinentes”.

(ADN) en aplicación del principio de que “la admisibilidad de las pruebas se determina según la ley del tiempo en que el juicio se instaura”. No cabe duda de que las mismas razones que pueden justificar al legislador en un determinado momento histórico para incluir en el elenco de medios de prueba admisibles en juicio o para suprimir de él determinados medios, atendiendo a las transformaciones que se presentan con el progreso de la técnica o de la ciencia, válidas también para justificar la disponibilidad de nuevos instrumentos para el esclarecimiento de los hechos y con ello impartir justicia pronta, oportuna y acorde con los imperativos constitucionales. En consonancia con esta línea de pensamiento, el autor uruguayo Eduardo Couture expresa “ninguna regla positiva, ni ningún principio de lógica jurídica, brindan apoyo a la afirmación de que el juez no puede contar con más elementos de convicción que los que pudo conocer el legislador en el tiempo y en el lugar en que redactó sus textos”¹².

Sin duda, nuestras leyes van quedando anticuadas frente a las complejidades de la técnica moderna, anacronismo que afecta a la aportación y práctica de la prueba; en materia de muestras biológicas; sin embargo, no se ve razón para no admitir estos medios de prueba y más aún cuando han dado excelentes resultados en la administración de justicia, siempre y cuando se han reglamentado de manera clara, precisa y positiva para evitar impericias y lo peor con afectación de “derechos fundamentales” garantizados por la constitución. Pensamos que dictar una ley especial para llenar una laguna o vacío legal existente, no es otra cosa que reglamentar la Constitución Política del Estado para que esta materialice sus valores y fines y se brinde al ciudadano una tutela judicial efectiva y eficaz, porque no hay

¹² **Couture, Eduardo J.** (Buenos Aires-1946, pp.158-173), “*Las garantías constitucionales del proceso civil*, que tuvo una amplia repercusión entre los juristas latinoamericanos e inclusive los europeos”. Dentro de las garantías constitucionales del proceso, expresamente, recogió la referente a la prueba, llegando a afirmar que “la ley que haga imposible la prueba “en el proceso”, es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa”.

Couture Eduardo J. pág. 97-121. En los momentos actuales, uno de los ámbitos en los que parece complicada la valoración judicial de los hechos tiene lugar en la prueba científica, en la medida en que para poder valorarla correctamente es necesario un conocimiento especializado del que suele carecer el juez. Si bien es cierto que «ciencia» y «proceso» se mueven en planos diferentes, el protagonismo de la prueba científica está **poniendo en solfa** los conceptos básicos del derecho probatorio y, muy especialmente, los referentes a la valoración de la prueba científica.

nada más funesto para una sociedad que el abuso del poder y la arbitrariedad.

La toma de “muestras de material genético” y posterior custodia constituye una nueva técnica probatoria¹³ con grandes posibilidades de aplicación en el ámbito de la justicia penal, pero a su vez, con grandes dosis de riesgo, por su incidencia en “derechos humanos” que colisionan con fuertes objeciones de carácter ético.

La aplicación forense de las técnicas de toma de muestras de Acido Desoxirribonucleico (ADN) y su posterior custodia comporta una injerencia de elevada intensidad en determinados derechos de naturaleza fundamental en el ser humano y sin ninguna duda nos hallamos, una vez más, ante una manifestación del principio de legalidad conforme al cual toda diligencia aplicada a la investigación de un hecho punible debe hacerse dentro de los límites que específicamente deben estar establecidos en la norma procesal, que garanticen el respecto a la integridad física o libertad ambulatoria, o intimidad personal y corporal, de lo contrario se corre el riesgo de que el investigador, el fiscal y los propios jueces sean responsables penal y civilmente además el afectado podría acudir a instancias internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, denunciando violación de sus derechos que termine estableciendo responsabilidad en contra del Estado Boliviano por violación de “derechos fundamentales” al ser Bolivia signataria del Pacto de San José De Costa Rica “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, de fecha 22 de noviembre de 1969.

La falta de previsión legal expresa en materia de “muestras y perfiles” de Acido Desoxirribonucleico (ADN), en “intervenciones corporales”, comprende el estudio de

¹³ ALVAREZ RUIZ, Saúl Orlando “Análisis de la intervención corporal como medio de prueba en el proceso penal guatemalteco “Universidad Rafael Landívar 20124 fs.188-189. Intervenciones corporales y derechos fundamentales; Límites “Toma de muestras” Este tipo de intervención se encamina, igual que las anteriores a extraer evidencia que se pueda hallar al interior del cuerpo del imputado o capturado, diferenciándose de la inspección y el registro corporal, en que éstos buscan extraer evidencias físicas que constituyen elementos u objetos ajenos al cuerpo (armas, droga, etc.), mientras que la toma de muestras pretende hallar la fuente de la prueba, es decir, una evidencia natural del cuerpo de la persona intervenido (cabello, semen, sangre, etc.), que a la postre debe ser sometida al estudio de un experto y al análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad necesarios para no configurar la exclusión de la prueba obtenida. Para esta intervención se deberá proceder mediante autorización judicial y bajo los mismos requisitos que la inspección corporal

los requisitos de legalidad, la diligencia que se debe observar en cumplimiento de un protocolo que garantice de manera eficaz los llamados “derechos humanos” de primera generación¹⁴. Dicha previsión constituye una garantía del ciudadano que se ve sometido a un proceso penal y no una mera formalidad.

El investigado de un delito, podrá de esta manera conocer en que supuestos y en qué circunstancias puede verse sometido a ellas y, consiguientemente, controlar y, en su caso, impugnar la proporcionalidad e irregularidades de la toma de muestras y de la cadena de custodia.

En la práctica profesional del ejercicio de la abogacía y la judicatura se observa que algunos investigadores y fiscales no tienen el correspondiente conocimiento, para realizar estas labores técnicas que requieren estudios y practicas especializadas en la toma de muestras biológicas y la preservación de la cadena de custodia como sistema de seguridad para su conservación en la etapa de investigación, lesionando de esta manera el derecho a la “integridad física, o a su libertad ambulatoria, o intimidad personal y corporal”¹⁵. Por esta razón vamos a centrar nuestro análisis en los denominados derechos individuales o fundamentales que resultan en esencia afectados con prácticas empíricas; más aún, ante la ausencia de una normativa

¹⁴ El Tribunal Europeo de derechos humanos como el Tribunal constitucional español, han puesto de relieve, como primer presupuesto indispensable para que pueda llevarse a efecto la limitación de “derechos fundamentales” con fines de investigación penal, que exista una adecuada previsión legislativa. A este respecto, el TEDH, en interpretación de lo recogido en el art 8.2. CEDH, ha establecido la exigencia de previsión legislativa – entendida ésta en un sentido material y no formal, en cuanto disposición de carácter general...”

“En el mismo sentido, el Comité de ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación No. R(92), sobre -uso de los análisis de ADN en el marco del sistema de justicia criminal”, luego de destacar el importante avance que en el campo de la investigación criminal tiene la utilización de estas técnicas de identificación y de fomentar la iniciativa legislativa de los Estados miembros en pos de establecer normativas legales al respecto, ponía también de relieve la prevención del respeto de todas las que fueren dictadas a principios tan fundamentales como la dignidad intrínseca del individuo, el respeto al cuerpo humano, al principio de proporcionalidad como límites infranqueables a su desenvolvimiento”.

¹⁵ “**La extracción de muestras**, igual que la inspección corporal, se puede tomar únicamente de aquella persona que tenga la calidad de imputado, debido al riesgo en que son puestos los derechos fundamentales. Igualmente si la persona está prevista para la orden de intervención, se resiste a su práctica, las pruebas se podrán extraer aun en contra de su voluntad, evento en el cual, tendrá que someterse a la observación del juez de control de garantías, el caso, por ejemplo, de la muestra biológica obtenida de los cabellos de un preso hallados en la celda donde se encuentre recluido o el típico caso de extraer muestras de ADN del vaso de agua utilizado unos instantes antes por el sospechoso y puesto intencionalmente a su disposición.

específica que regule los presupuestos o requisitos que se deben cumplir por parte de los “técnicos genéticos”¹⁶ aseguraren una prueba idónea y eficaz en el proceso penal. Centraremos básicamente nuestra atención en dos derechos con procedencia común pero que, como consecuencia de una evolución relacionada con el desarrollo técnico han adquirido relevancia por sí mismos.

Nos referimos al derecho a la intimidad genética y al derecho a la autodeterminación informativa, o libertad informativa. Ambos devienen de un tronco común, el derecho a la intimidad o vida privada; aunque puede estimarse que en la actualidad han adquirido autonomía propia y que cuentan con un contenido diferenciado que será explicado en forma posterior; a fin de asegurar un tratamiento claro del objeto de la investigación.

Si la Constitución Política del Estado en el artículo 21 entre los derechos civiles y políticos le garantiza a las bolivianas y bolivianos el derecho a la privacidad y la intimidad, resulta inobjetable que tal como se viene desarrollando la toma de “muestras genéticas” en forma absolutamente deficiente y sin ningún control, pueden ser objeto de confusión, adulteración o sustracción; comportamiento negligente que conlleva la invalidez del análisis de la prueba de Acido Desoxirribonucleico (ADN) al acreditarse la infracción a los “derechos y garantías fundamentales”, tanto en inspecciones como en registros e intervenciones corporales.

Los motivos por los cuales en Latinoamérica y especialmente en Bolivia, no debe estimarse suficiente las referencias existentes en el Código de Procedimiento Penal o en otras leyes acerca de las actuaciones periciales merecen un estudio detenido que permitirá conocer con exactitud su problemática y como debe encararse la misma con el fin de plantear una regulación específica en materia de intervención corporal para la obtención de muestras de Acido Desoxirribonucleico (ADN), que impida la vulneración de la Constitución Política del Estado.

¹⁶ Auto constitucional del Tribunal Constitucional de Bolivia 0241/2010-CA de 24 de mayo, respuesta al recurso “recoge la validez de la prueba genética establecida en el artículo 209 inciso 2 y 3 del Código de Familia. “Que reconoce las pruebas científicas o procedimientos médicos, para la exclusión de la paternidad, en ese sentido el artículo 195.P.II de la CPE abrogada señala que la filiación se establecía por todos los medios que sean conducentes o demostrarla de acuerdo al régimen que determine la ley”.

En el campo estrictamente jurídico y procedimental la normativa no solo deberá determinar cuál es la autoridad competente para autorizar la recogida de muestras y en base a qué elementos debe hacerlo y como debe operar cuando la persona se niegue a proporcionar, por ejemplo, su “esputo”, o un “frotis bucal”, como llenar el protocolo y qué medidas se deben tomar para la cadena de custodia sustentados en la objetividad que proporciona la tecnología.

Finalmente; se deberá analizar cuál ha sido el tratamiento jurisdiccional en cuanto a la validez de la prueba de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) en los distintos casos tramitados en la justicia ordinaria en los que se hubieran interpuesto objeciones alegando violación de “derechos fundamentales”.

Las líneas jurisprudenciales emitidas por otros países que cuentan con normativa específica, nos permitirán saber con exactitud la orientación que han tomado los tribunales ordinarios y tribunales constitucionales sobre la intervención corporal para la obtención de muestras de Ácido Desoxirribonucleico (ADN), tomadas sin la observancia de los requisitos y formalidades que esta pericia requiere para garantizar resultados óptimos y positivos y nos brindará además una certeza en nuestra convicción de que existe necesidad de una incorporación en el sistema penal boliviano en consonancia con el respeto al debido proceso.

4. DELIMITACION DE LA INVESTIGACION

La temática, objeto de la investigación está relacionada en el campo del Derecho Constitucional sobre la tutela de “derechos fundamentales” y su probable vulneración en el ámbito penal, por ello nos permitimos delimitarla en los siguientes términos:

4.1. Delimitación temática

El Acido Desoxirribonucleico (ADN) es un medio de prueba que no solo, se utiliza en el ámbito del derecho penal sino también en otras áreas del derecho; sin embargo nuestro tema de tesis es el de “Derechos Fundamentales y el Acido Desoxirribonucleico” (ADN), por lo que se delimita el tema al estudio de los “derechos fundamentales” del ser humano “Derecho a la integridad física o corporal, derecho a

la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad” considerados por el artículo 21 numeral 2) en relación con el artículo 130 parágrafo I y II de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, y su relación intrínseca con la intervención corporal para la toma de muestras biológicas en la investigación penal como elemento de prueba para sustentar una imputación o acusación y probable condena.

4.2. Delimitación temporal

El estudio comprenderá los últimos 10 años que van desde el año 2007 al 2017 en la aplicación de la prueba de Acido Desoxirribonucleico (ADN), en el ámbito de la jurisdicción penal.

4.3. Delimitación espacial

La presente investigación se desarrolla en la Fuerza Especial de Lucha contra el Crimen (FELCC), Instituto de Investigaciones Forenses La Paz, relacionado a la etapa de investigación, así como sentencias y autos de vista emitidas en el distrito de La Paz, y en su caso autos supremos emitidos por el Tribunal Supremo de Justicia y sentencias constitucionales pronunciadas por el Tribunal Constitucional de Bolivia y el derecho comparado.

5. OBJETIVOS

5.1. OBJETIVO ESTRATEGICO

Revisar y analizar la Constitución Política del Estado en el Título II “Derechos Fundamentales y Garantías”, los tratados y convenios internacionales suscritos por Bolivia en materia de protección del derecho a la vida, la integridad física y corporal, la teoría del derecho constitucional y de los derechos humanos sobre la tutela de los derechos fundamentales; el código de procedimiento penal, la ley orgánica del Ministerio Público, de la Policía Boliviana, el manual de actuaciones investigativas de fiscales, policías, peritos y comparar con otras legislaciones que cuentan con leyes especiales en materia de “intervención corporal” para la obtención de muestras y perfiles biológicos para asegurar la tutela de los derechos fundamentales y la

jurisprudencia sentada por tribunales extranjeros en materia de vulneración de los “derechos humanos” por la utilización de muestras orgánicas como medio de prueba para identificar al autor de un delito.

5.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

2.1.1. Estudiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia (TSB) y las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP); Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH); Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional de España (TSE y TCE) sobre afectación de “derechos humanos” en casos de intervención corporal en la obtención de muestras biológicas como medio de prueba de una persona inculpada.

2.1.2. Revisar las disposiciones legales vigentes en la legislación boliviana en fase de investigación, para conocer si contamos o no con investigadores calificados; así como, la falta o ausencia de medios técnicos, que permitan la incorporación de una regulación específica sobre “intervención corporal” para la obtención de “Acido Desoxirribonucleico” (ADN) y proponer su incorporación normativa expresa que reglamente lo relativo a la toma de muestras y perfiles biológicos.

5.2.3 Analizar el régimen de la normativa Española “Ley de Enjuiciamiento Criminal” artículo 326 y la ley orgánica 15/2003, 10/007, modificación del artículo 520 de enjuiciamiento criminal operada por la ley orgánica 13/2015) y de otros países, su comparación con la normativa boliviana, para conocer el procedimiento de la recogida de muestras y perfiles del Acido Desoxirribonucleico (ADN) en fase de investigación y los problemas que han surgido en su aplicación y la necesidad de una normativa precisa.

6. MARCO TEORICO

6.1. DERECHOS FUNDAMENTALES

Para un desarrollo ordenado del contenido del presente trabajo, se analizará los

“derechos humanos”, partiendo de una noción que explique en substancia lo que se entiende por estos, para luego analizar su sujeto, objeto y su ubicación en el derecho interno e internacional.

6.1.1. NOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Precisar en pocas palabras la esencia de lo que constituyen los “derechos humanos” seguramente una tarea muy difícil, por ello los autores modernos evitan dar definiciones en la medida de lo posible porque resulta complicado definir las cosas y los aspectos de la vida humana en pocas palabras.

En el ámbito del derecho internacional y por extensión en el constitucional, el concepto de lo que se entiende por “derechos humanos” se lo tiene por sentado, como aquellos que protegen los derechos más esenciales del ser humano. Empero, nada más erróneo, a medida que se ha ido extendiendo la utilización del término de “Derechos humanos” se ha tornado más imprecisa en su significación.

En la literatura jurídica existe diversas nociones de lo que constituyen los “derechos humanos”, casi tantas como autores han dedicado obras para su estudio, que reproducirlas tiene poca utilidad teórica y práctica. Sin embargo para los fines del presente trabajo podemos citar, entre otros, a Héctor Faúndez, que expresa que los “derechos humanos” son las prerrogativas que conforme al derecho internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder, para preservar su dignidad como ser humano y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte”.¹⁷ Por otro lado, el autor Antonio Enrique Pérez Luño entiende que los derechos humanos son un “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a

¹⁷ FAUNDEZ, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*. Tercera edición. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004. pág. 5-6.

nivel nacional e internacional”.¹⁸

En la actualidad el prestigioso constitucionalista italiano Luigi Ferrajoli, desde el punto de vista del ius naturalismo, considera que “derechos fundamentales” son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto están dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”, en cuya noción se encuadra la idea de “derecho subjetivo” entendido este como cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) reconocida a un sujeto por una norma jurídica; sumado a la idea de “*status*” como condición de un sujeto, tutelada por una norma jurídica”.¹⁹

Las anteriores nociones aun cuando son extensas nos deben permitir diferenciar entre la idea de derechos humanos y derechos fundamentales que lo podemos hacer, apoyándonos en el criterio del español Luis Diez Picazo, que considera que bajo la expresión “derechos fundamentales” se designa a los derechos garantizados por la constitución y en cambio, la expresión “derechos humanos” hace referencia a los derechos protegidos por textos normativos internacionales; aun cuando agrega que tal diferencia afecta solamente a los usos lingüísticos y que ello nos autoriza a no “olvidar que se trata siempre de derechos tendentes a salvaguardar unos mismos valores que, desde un punto de vista moral y político, se consideran básicos”.²⁰

Los “derechos fundamentales” emergen de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de la organización de Naciones Unidas²¹ bajo la denominación de los “*derechos humanos*”

¹⁸ SC 1846/2004-R, de 30 de noviembre ha entendido que los valores superiores han sido instituidos por el constituyente como primordiales para la comunidad y en ese sentido, son la base del ordenamiento jurídico y a la vez presiden su interpretación y aplicación, de ahí que: Los valores superiores poseen una triple dimensión (Antonio Enrique Pérez Luño).

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, pág. 19. Uno de los logros indiscutibles de la propuesta de Luigi Ferrajoli ha sido la elaboración del concepto de “garantismo” como la base de una teoría del derecho; que colocaron a Luigi Ferrajoli en el escenario... a favor de la relevancia moral en un sistema jurídico, estamos ante un ius naturalismo.

²⁰ SAVATER, Fernando. *Ética como amor propio*, México Mondadori, 1991, pag.163 y ss. Citado por Uprimny, op.cit.,1992 pag.16” Los derechos humanos son una categoría jurídica del derecho internacional público, puesto que son valores que han sido positivizados en numerosos instrumentos internacionales, en los cuales se ha definido diversos tipos de obligaciones tanto como negativas”.

²¹ SC No.400/2006-R, de 25 de abril, el Tribunal Constitucional de Bolivia señala que: “Los derechos

que en sus arts.1 y 2 recogen valores en los que se sustenta los derechos de: libertad, igualdad y fraternidad y la no discriminación, considerándose a todas ellas como el reconocimiento al ser humano de aquellas libertades y facultades relativas al goce de bienes primarios o básicos por toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. De tales ideas debe inferirse, a modo de conclusión que los “derechos fundamentales” no son creación de un ordenamiento jurídico o político, sino que son aquellos que, por su carácter de íntimamente ligados a la dignidad y desarrollo de toda persona humana, son impuestos a un Estado. Derechos Fundamentales, garantizados por la Asamblea general de DD. HH. que los recoge y los propugna en su Constitución y los dota de una estructura normativa que será aquella que obligue al ciudadano, a la realización de determinados actos, constituyéndose en derechos subjetivos que tienen una naturaleza especial.

Como se observa los “derechos humanos” protegen la dignidad del ser humano contra actos ilícitos que puedan cometer los servidores públicos de un Estado y aseguran la observancia por parte de estos y de los particulares del cumplimiento de deberes que permitan su tutela adecuada tanto en el ámbito interno como internacional.

6.2. FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos por su status de persona de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar: entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, en ese entendido una de las notas caracterizadoras de todo derecho fundamental es el de ser un derecho subjetivo, lo que implica que su titular tiene la facultad de exigir su respeto y observancia, pudiendo acudir al órgano jurisdiccional competente para reclamar a través de los recursos que establece el respectivo ordenamiento jurídico la protección de tales derechos y la reparación del menoscabo sufrido”.

Los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, sean tratados o no, están dirigidos a proteger la dignidad de la persona humana. Este punto ha sido resaltado por la doctrina, por las cortes internacionales y por los tribunales constitucionales de manera reiterada. Ver, entre otros: Corte Interamericana, Opinión consultiva 01, de 1981, párraf.24, y Opinión consultiva OC-2, de 1982, párr. 47 Corte Internacional de Justicia

Los “derechos humanos” encuentran su razón de ser en la dignidad del ser humano, sin importar su nacionalidad, edad, creencia religiosa o política, sexo o condición social, porque se traducen en un conjunto de facultades, prerrogativas y libertades esenciales que tiene una persona por el simple hecho de serlo, sin los cuales no se puede vivir en una sociedad donde impere un estado constitucional de derecho.

El Estado no solo tiene el deber de reconocerlos, sino también de respetarlos y defenderlos, que debe concretarse a través de sus servidores públicos que actuando dentro de los límites señalados por la ley están obligados a enmarcarse al orden legal vigente.

El carácter social o intersubjetivo proporciona a los “derechos humanos” la consistencia necesaria para que puedan ser reconocidos, respetados y promovidos en su conjunto, de forma indivisible e interdependiente, y puedan proyectarse hacia un desarrollo siempre abierto y perfectible. Esa realidad no es otra cosa que la dignidad del ser humano, que constituye el fundamento último de todo derecho. En concordancia con los criterios anteriores el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha venido a señalar la línea que se debe seguir en cuanto a la protección de la dignidad humana, como se puede observar en la Sentencia Constitucional (SC) 489/2005-R de 6 de mayo, en la que afirma: “El artículo 6 parágrafo II de la Constitución Política del Estado (abrogada) proclama que la dignidad y la libertad de la persona son inviolables, respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado; ello implica que el contenido y alcances del concepto dignidad humana, no es únicamente un problema ético sino fundamentalmente del derecho positivo con el plus de estar positivado con la categoría de un valor jurídico fundamental en la norma suprema del Estado y, por tanto, vincula a todos: autoridades, funcionarios y particulares”²²

En este mismo contexto el Derecho Internacional de los derechos humanos

²² SCP.489/2005-R de 6 de mayo y 14/06-R de 4 de abril, emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, con relación al derecho a la dignidad señala como “Aquel que tiene toda persona por su condición de “humano”, para que se la respete y reconozca como un ser dotado de un fin propio, y no como un medio para la consecución de fines extraños, o ajenos a su realización personal. La dignidad es la percepción de la propia condición humana, y de las prerrogativas que de ellas derivan”.

(Integrantes del bloque de constitucionalidad), ven en la dignidad humana el valor fundamental que garantiza los derechos humanos y el Estado de Derecho. En este sentido, el preámbulo de la Declaración Universal de los derechos humanos expresa que “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre en la dignidad y valor de la persona humana”.²³ Para reconocer luego en su art.1 que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están en razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. En línea con los postulados anteriores el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969.²⁴

Reitera que el respeto a la dignidad del ser humano es el fin supremo de la convivencia social siendo un deber de los Estados su protección.

Adquiere particular relevancia el hecho de que el legislador constituyente haya impuesto al Estado Boliviano como deber primordial el respetar y proteger la dignidad de la persona, porque todo el orden jurídico ha sido creado para proteger al ser humano, pero esencialmente para proteger sus más importantes cualidades físicas y morales sin las cuales no se concibe su existencia.

En este sentido es posible concebir a la dignidad humana, como “el derecho de toda persona a un trato que no lesione su condición de ser racional, libre, igual y capaz de autodeterminación responsable”,²⁵ y, por otra parte, en relación a los particulares

²³ Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de la organización de Naciones Unidas. Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Carta de la Organización de los Estados americanos, Ley 248 de 12 de septiembre de 1950; Decreto Supremo No. 9096 de 16 de febrero de 1970

²⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966. Bolivia se adhirió el 12 de agosto de 1982.

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 2119 de 11 de septiembre de 2000, Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 3423 de 12 de junio de 2006

²⁵ **HAYES MICHEL** María Yamile. “La dignidad, la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y

“prohíbe la realización de actos, que tengan un contenido degradante o envilezca a la persona a un nivel de estima incompatible con su naturaleza humana cualquiera sea el lugar o situación en la que se encuentre”. Este componente del derecho a la dignidad debe ser verificado teniendo en cuenta la situación concreta en la que se produzcan conductas o actividades que puedan considerarse atentatorias.

6.2.1. ELEMENTO SUBJETIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El elemento subjetivo de los “derechos humanos” puede ser entendido como la persona o grupos de personas a las que va referida la titularidad, ejercicio y garantías de los derechos reconocidos en los tratados y convenios internacionales y la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

Sobre el sujeto de los “derechos humanos” existe una cierta confusión, debido entre otras razones, al carácter polisémico, incluso, de la palabra sujeto. El concepto de sujeto de derechos humanos posee, en consecuencia, una serie de connotaciones de diversa naturaleza, a saber. Etimológicamente el vocablo sujeto proviene de la palabra latina *subiectus* procedente a su vez, del verbo *subicio*, que viene a significar “lo que sustenta”, “lo que está detrás”, “lo que soporta” o “lo que está en la base”. En un significado lógico gramatical, significa “ser de quien se predica o anuncia algo”. También se tiene un significado antropológico que supone el ser humano, único e irrepetible, el sujeto intransferible e insustituible, actor protagonista; y, un significado jurídico, sujeto titular de derechos subjetivos y finalmente una dimensión ética, como entidad dotada de una conciencia individual y social.

En consonancia con lo explicado, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16 señala “Todo hombre tiene derecho en todas partes a ser reconocido como persona ante la ley”,²⁶ y, la segunda proclama que toda persona tiene derecho

protegerlas es deber primordial del Estado; ello implica que el contenido y alcances del concepto de la dignidad humana, no es únicamente un problema ético sino fundamentalmente de interpretación del derecho positivo con la categoría de un valor jurídico fundamental en la norma suprema del Estado por tanto vincula a todos”.

²⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre 1948. Declaración Americana de Derechos y deberes del hombre; Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

Sentencia Constitucional Plurinacional de Bolivia 1109/2013- La legitimación activa en la acción de

a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones y gozar de los derechos civiles fundamentales.

Relacionando con los criterios anteriores podemos llegar a establecer que, el sujeto activo de los “derechos humanos” es el titular del derecho respecto del cual se reclama la defensa y garantía, mientras que el sujeto pasivo, es a quién se reclama el reconocimiento y garantía del concreto “derecho humano”.²⁷

6.2.2. ELEMENTO OBJETIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Pretender precisar dónde está el objeto de los “derechos humanos”, resulta difícil porque se confundiría con el propio ser humano de tal manera que este sería sujeto y objeto a la vez; sin embargo, se sostiene que debe considerarse que el objeto de los “derechos humanos” está constituido por los bienes de la personalidad, que constituyen el conjunto unitario de realidades materiales y espirituales que por intrínseco valor forman el ámbito sobre el que se despliega el ejercicio y protección de los “derechos humanos”; es decir, está compuesto por manifestaciones determinadas, físicas o espirituales, de la persona, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos.

Los bienes de la personalidad²⁸ tienen especial importancia como bienes jurídicos fundamentales, esto es, como bienes regulados por las normas jurídico - positiva y garantizados básicamente, aunque no exclusivamente; a través de la coacción de las normas penales. Aunque debe expresarse que es aún muy ambiguo e insuficientemente desarrollado el concepto de bienes de la personalidad; incluso, frecuentemente confundido por parte de la doctrina con otros elementos estructurales de los “derechos humanos”.

amparo constitucional requiere que el accionante demuestre la concurrencia de un agravio personal y directo de sus derechos fundamentales. SC 0400/2006-R de 25 de abril, y SC 0626/2002-R de 3 de junio que señala:” no se puede plantear una demanda de amparo, sino demostrando ser el agraviado directo.

²⁷ **HAYES MICHEL, María Yamile.** *L Sujeto titular del derecho humano Derechos Humanos en los Instrumentos Internacionales y Jurisprudencia Constitucional.* Primera edición. Talleres Gráficos Gaviota del Sur. pág. 17 - 37.

²⁸ **SANTOS CIFUENTES.** *Elemento objetivo de los derechos humanos Derechos Personalísimos.* Buenos Aires: Astrea; 1995. Pág.175.

6.2.3. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El contenido de los “derechos humanos” viene dado por el conjunto de prerrogativas y facultades que el ser humano tiene reconocido por leyes de carácter internacional y por la Constitución Política del Estado.

En relación al contenido esencial de los “derechos fundamentales”, se debe tener en cuenta que se distinguen dos acepciones. La primera equivale a la naturaleza jurídica de cada derecho (vida, integridad física, psíquica, intimidad, imagen, honor etc.), que se consideran preexistentes al momento legislativo, “en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de este tipo abstracto en la regulación concreta”,²⁹ de forma que los especialistas puedan responder si lo que el legislador a regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por derecho de tal tipo. La segunda acepción corresponde a los intereses jurídicamente protegidos”,³⁰ en el sentido de que se lesionaría el contenido esencial cuando queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Para hacer realidad la garantía de los “derechos fundamentales” exigida por su función social y por su primacía en el ordenamiento jurídico, parece conveniente que el contenido de tales derechos se fije en normas claras y precisas solo así se hará posible ejercitar los “derechos fundamentales” en la confianza de que la conducta realizada esté efectivamente protegida y no será objeto de persecución; o reproche o desventaja jurídica por supuesto, salvo error - doloso o no - de quien tenga en sus manos tal protección. Pero las normas no siempre son claras y precisas, por lo que, lo habitual por inevitable, es que la protección de los “derechos fundamentales” se realice en la propia Constitución que en el caso de Bolivia se expresa en los artículos 8 párrafo I y II; 9 numeral 1, 2, 4; 13 párrafos I y II; 14 párrafos I, III y IV; 15 párrafos I, II y III; 21 numeral 2 y 6; 22; 23 párrafo I, donde de manera clara se

²⁹ **PEREZ LUÑO**, A. E. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Edición Tecno, 1999. pp. 30- 53. Naturaleza jurídica de los derechos humanos.

³⁰ Tribunal Constitucional Español, SC.140/1986, de 11 de noviembre, que el desarrollo de un Derecho o libertad “consiste en la determinación de su alcance y límites en relación con otros de otros derechos y con su ejercicio por las demás personas”.

las prescribe con una orientación hacia un valor que se estima deseable en nuestra sociedad y que tiene que ver directamente con el interés de las personas individuales.

6.2.4. LAS RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Uno de los aspectos difíciles de precisar es lo referente a las restricciones o límites de los derechos subjetivos considerados “derechos humanos” y luego diferenciarlos de las limitaciones establecidas por ley al ejercicio de estos derechos. Para resolver tal problema, señalaremos que las restricciones implican la existencia de una barrera infranqueable en el ejercicio de los “derechos humanos” que viene determinada, de un lado por la propia naturaleza del derecho que se lo ejerce y el contenido esencial de cada derecho, y de otro lado por la posibilidad de que el ejercicio de cualquiera de ellos no impida el ejercicio de otro u otros derechos. En términos sencillos podríamos decir que las restricciones son una limitación de las facultades que constituyen el contenido de los “derechos fundamentales”. Tales facultades son sin embargo, tan heterogéneas que resulta problemático construir un concepto unitario de límites, basta para ello recordar que los “derechos fundamentales” según su contenido, pueden englobarse por lo menos, en tres categorías: derechos de libertad negativa (derechos a no oponerse a inspecciones corporales cuando está de por medio el interés público), derechos de libertad positiva (o derechos a ejercer libremente una determinada actividad),³¹ como por ejemplo (El derecho a autorizar la publicación de la propia imagen), y derechos de prestación, (traducidas en obligaciones de dar, hacer y no hacer).

En cambio, las limitaciones no derivan de la naturaleza y estructura de los “derechos fundamentales”, sino que están regulados de manera concreta en la norma internacional o en la constitución. Los únicos límites que son considerados en el

³¹ SCP. 0524/2018-S2 de 14 de septiembre de 2018. En virtud a todo lo expuesto, es evidente que las demandadas incurrieron en afectación en un comportamiento que no condice con el marco constitucional e internacional sobre derechos humanos, regulado en agravio de la impetrante de tutela; quien por la publicación y divulgación de imágenes y videos privados de su personas, además por las alusiones efectuadas respecto a ella, en el Programa Televisivo “Divinas y Famosos”, vio afectada su vida íntima y privada habiéndola sometido a un escrutinio público en perjuicio de su imagen, en un ejercicio indiscriminado de la libertad de expresión que no considero el mínimo respeto de sus derechos fundamentales

momento de resolver una causa concreta donde se alega violación de los “derechos fundamentales” son las limitaciones taxativamente previstas en la ley, porque si los límites tuvieran su origen en la naturaleza y estructura de cada derecho daría lugar a que puedan ser ignorado o presentarse de manera oscura, generando justamente una desprotección con clara afectación a los “derechos fundamentales”.

Como se observará no se debe confundir los límites y las limitaciones de los “derechos fundamentales” de la delimitación de estos ya que este último permite la identificación del ámbito protegido por ellos y de la naturaleza de esta protección. Lo que se delimita es el contenido del derecho subjetivo, y la delimitación consiste en definir la línea que separa lo que está protegido por el derecho y lo que no está. Puede decirse entonces que los derechos tienen unos límites propios o internos que los delimitan, y que por otra parte están sujetos a unos condicionamientos ajenos externos que los restringen o limitan³². Ambos, sin embargo, son restricciones al ejercicio de los “derechos fundamentales”.

6.2.5. NATURALEZA JURIDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La doctrina y jurisprudencia han puesto de manifiesto la doble naturaleza jurídica de los “derechos fundamentales”: 1) como derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, 2) deberes positivos por parte del Estado como garante de su vigencia. Aquí interesa la perspectiva de los “derechos fundamentales” como límites al poder estatal.

El doble carácter de los “derechos fundamentales” como derechos subjetivos y como elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional tiene como consecuencia específica respecto de los “derechos fundamentales” sustantivos la adquisición de una dimensión procedimental conforme se observara en forma

³² "Esquema argumentativo aplicable en el Estado Plurinacional de Bolivia y estructura para decisiones judiciales acordes con el modelo argumentativo, “las condiciones para la limitación de los derechos” SCP.24/2018-S2.

Manuel Atienza Manuel “A vueltas con la ponderación” Anales de la catedra Francisco Suarez, No.44-2010, pp..43-59. Los desacuerdos básicos de Atienza con Alexy se refiere a lo poco útil de los intentos de Alexy, y a diferencia de Atienza y Ruiz Manero, no distingue entre principios y directrices ni diferencia su papel diferente ante la ponderación.

posterior respecto a las intervenciones corporales en el campo del procedimiento penal al evidenciarse intromisiones más o menos graves de los poderes públicos en el cuerpo de una persona cuya realización afecta diversos “derechos fundamentales”.

6.2.6. PONDERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En el campo constitucional Bernal Pulido, toma como base la estructura de los “derechos fundamentales” elaborada por el autor Robert Alexy, para explicar la ponderación de “derechos fundamentales” como una forma de resolver los conflictos que puedan presentarse entre los “derechos fundamentales” en base a la aplicación de principios. Al respecto, señala que para comprender la ponderación se hace necesario analizar tres elementos³³.

- 1) La ley de la ponderación;
- 2) La fórmula del peso y;
- 3) Las cargas de argumentación.

La primera se refiere a que en tanto mayor sea el grado de no satisfacción de uno de los derechos, mayor debe de ser la importancia de la satisfacción del otro. Esta ley contiene un procedimiento de tres pasos: 1) Determinar el grado de afectación de un derecho; 2) Determinar la importancia de la afectación del derecho que se opone en el conflicto; 3) Determinar si la importancia de la afectación del derecho opuesto justifica la afectación o la no satisfacción del otro derecho. Para determinar los enunciados anteriores, hay que remitirse a tres variables distintas, a saber: a) El grado de afectación de los derechos, definido mediante una escala de tres niveles, en la que los grados de afectación de los derechos corresponde a afectaciones leves,

³³ El Tribunal Constitucional Plurinacional aplico la ponderación de derechos y el test de proporcionalidad en numerosos casos, entre ellos los correspondientes a la SCP 1787/2013 de 21 de octubre, 0886/2013 de 20 de junio, 2029/2010-R de 9 de noviembre, 2695/2010-R de 6 de diciembre, 0548/2007-R de 3 de julio, 0618/2011-R, 1663/2013, 0100/2014, entre mucha otras más.

GRANDEZ, Pedro. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano”, El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, Palestra, Lima, 2010. El libro es de gran utilidad para informarse sobre la tesis de Alex y, sobre sus desarrollos y sobre las críticas que se le han dirigido. Para entender los mecanismos interpretativos del TC. Peruano y su evolución me sido de gran utilidad el libro de Marcial Rubio”.

medias o intensas. b) El peso abstracto de los derechos, referido a que los derechos en conflicto posean la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho que los emite. En este aspecto se especifica que, tratándose de dos derechos constitucionales con una misma jerarquía normativa, uno de ellos puede tener un mayor peso en abstracto como, por ejemplo, el derecho a la vida sobre el derecho a la libertad. c) La certeza en las apreciaciones empíricas, se traduce en la afectación que la medida concreta proyecta sobre los derechos relevantes; lo anterior es explicado por el autor al indicar que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los derechos en conflicto pueden tener distintos grados de certeza. A estas certezas se les atribuyen las calificaciones de seguro, plausible y no evidentemente falso, a las que se les atribuyen los valores de 1, $\frac{1}{2}$ y $\frac{1}{4}$, respectivamente.

Para valorar lo anterior se establece la fórmula del peso, que determina que el peso de un derecho A en relación con un derecho B, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre la afectación del derecho A, su peso abstracto y la certeza de las apreciaciones empíricas relacionadas con su afectación; y la afectación del derecho B en concreto, su peso abstracto y la certeza de las premisas empíricas relacionadas también en su afectación³⁴.

Completa la estructura lo relativo a las cargas de argumentación que han de variar según las circunstancias de cada caso objeto de ponderación precisando el grado de afectación de un derecho, su importancia, el derecho que se opone o está en conflicto, que permita medir la satisfacción o no del derecho vulnerado o que se estima vulnerado para finalmente calificar si la lesión al derecho es leve, mediana o intensa en la escala de valores.

³⁴ ALEXY, R., (2004 pag.171)31 entiende a los principios de la siguiente manera; "... cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" "Teoría de los Derechos Fundamentales ", Ed. centro de estudios constitucionales, Madrid 1993, pág.89 y ss. Debe precisarse que: "la ponderación postula un principio general que es el de proporcionalidad, que consta de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto: los cuales siguiendo a Alexy, expresan la idea de optimización, relativa a las perspectivas fácticas..." (Alexy, 2010, pp.104-105).

MANUEL ATIENZA "a vueltas con la ponderación" Publicación oficial de Bolivia, Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales "Un debate sobre la ponderación" Sucre 2018, pag.13-42.

6.3. DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS POR LA CONSTITUCION

Para los fines que persigue el presente estudio es necesario hacer un análisis de los “derechos fundamentales” reconocidos por nuestra constitución, que pueden verse vulnerados en la obtención de muestras de Acido Desoxirribonucleico (ADN) en la etapa preliminar de investigación de delitos.

6.3.1. DIGNIDAD HUMANA

La dignidad constituye la base y razón de ser de los derechos inherentes al ser humano³⁵. En este sentido la dignidad como valor jurídico fundamental, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 14, párrafo I CPE.) y los derechos a la vida, integridad física, psicológica y sexual (artículo 15, párrafo I CPE.), a la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen, libertad de pensamiento, espiritualidad, religión y cultura (artículo 21 CPE.).³⁶

El contenido de las reglas constitucionales citadas asigna a la dignidad un valor supremo espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consiente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de las demás personas.

En contexto con lo anterior el plano internacional con preocupación ha abordado el tema objeto de la presente investigación que el análisis de Acido Desoxirribonucleico (ADN), como medio de prueba en el ámbito judicial, lo cual ha llevado a que se

³⁵ Ver art.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Para Miguel Ángel ALEGRE MARTINEZ, Miguel Ángel “los derechos inviolables inherentes a la persona en razón de su dignidad serán aquellos cuya vulneración atente contra la personalidad o contra su desarrollo y no solo los Derechos que la Constitución califica como fundamentales”. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León, 1996. p.74.

³⁶ TCP de Bolivia 0096/2016 –S3 “La dignidad humana en su sentido moderno, designa un conjunto de creencias, valores normas o ideales que, de una manera u otra, asumen como postulado que hay un valor intrínseco o una condición especial de lo humano lo que implica que hay una forma de existir superior que de hecho esta vencido la gente. El respeto de todo ser humano como un fin en sí, empieza por el respeto a la vida y al reconocimiento de los múltiples derechos en los que se despliega su dignidad, lo que presupone el reconocimiento de su derecho a la existencia. De tal forma, se puede afirmar categóricamente que el derecho a la dignidad humana es aquel que tiene toda persona por su sola condición.

suscriba Convenios³⁷ entre ellos los Derechos Humanos y la biomedicina (1977) del Consejo de Europa, como la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997), donde se hace referencia, en su articulado y preámbulos a que la tutela de la dignidad humana constituye un “límite infranqueable en las practicas que recaen sobre el material genético”, debido al carácter sensible del material que se maneja y de la información a partir de dicho material, sumado a las repercusiones sobre la salud en las personas de cuyo Acido Desoxirribonucleico (ADN) se trata.

Por otra parte, una muestra de la afectación a la dignidad humana en materia de investigaciones corporales extraído de la doctrina alemana está en los llamados test “falos métricos” que tratarían de medir la reacción del pene ante un estímulo sexual mediante un “erectómetro”. Por otra parte la jurisprudencia española se ha pronunciado al respecto mediante (STS de 28 de abril de 1982) Sentencia del Tribunal supremo de España que ha calificado este test como denigrante para quienes lo realizaron y para la persona sobre la cual se llevó a cabo, aunque el mismo lo hubiese solicitado, dado que la dignidad humana nunca es negociable; la prueba solicitada consistía en la designación de dos especialistas para que informaran sobre la capacidad general en el varón de realizar sucesivamente varios coitos con

³⁷ El Parlamento Europeo también se ha pronunciado sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, de 16 de marzo de 1989, posteriormente la Declaración Ibero Latinoamericana sobre ética y genética (Declaración de Manzanillo de 1996, revisada en Buenos Aires el 7 de noviembre de 1998).

ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales...de “humano”, para que se lo respete y reconozca como un ser dotado de un fin propio y no como un medio para la consecución de fines extraños, o ajenos a su realización personal.

Sentencia constitucional de España 0338/2003-R de 19 de marzo. “La dignidad es la percepción de la propia condición humana, y de las prerrogativas que de ellos derivan”.

Sentencia del Tribunal Constitucional de España 531/1985 de 11 de abril, “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (f.j.8).

Sentencia Constitucional Plurinacional de Bolivia 0096/2016 –S3 “La dignidad humana, en su sentido moderno, designa un conjunto de creencias valores, normas e ideales que, de una manera u otra, asuman como postulado que hay un valor intrínseco o una condición especial de lo humano, lo que implica que hay una forma de existir superior que de hecho esta vencido la gente.

El respeto de todo ser humano, como un fin en sí, empieza por el respeto a la vida y al reconocimiento de los múltiples derechos en los que se despliega su dignidad, lo que presupone el reconocimiento de su derecho a la existencia. De tal forma se puede afirmar categóricamente que el derecho a la dignidad humana es aquel que tiene toda persona por su sola condición.

eyaculación, concretando número y tiempo, y que al mismo tiempo, se realizara un estudio del recurrente, tras el cual se debería informar, en la dirección ya expresada, sobre su capacidad concreta para realizar varios coitos sucesivos con eyaculación.³⁸

Sin embargo, no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona, un examen hematológico o un examen ginecológico realizado por un profesional de la medicina, en circunstancias **adecuadas**³⁹.

No hay duda que la dignidad humana es un valor fundamental e inalterable, aún y cuando puede ser interpretado de manera **diversa**⁴⁰, su fundamento radica en que todo ser humano con capacidad para razonar y decidir se hace acreedor a ella. La dignidad humana es un fin en sí mismo en el ser humano, y nunca un medio que permita satisfacer bienes ajenos. Si bien, bajo la perspectiva jurídica aún no se ha llegado a un concepto preciso sobre la dignidad, dada su relevancia, se le ha incorporado a los ordenamientos constitucionales y documentos convencionales, puesto que, de ella, según el consenso mayoritario, se desprenden los principales “derechos fundamentales”. Finalmente, la dignidad, como esencia de la existencia humana, hace posible la realización de la persona en todos sus aspectos. El fin último del ser humano es buscar los medios adecuados y eficaces para lograr su realización material⁴¹ fin último del ser humano es buscar los medios adecuados y eficaces para

³⁸ HUERTAS Martín, El sujeto pasivo del proceso penal, como objeto de la prueba, cit., pág.374 nota 513, cita la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 15 de septiembre de 1989 en la que rechaza por su carácter repulsivo e inusual una prueba de sexometría consistente en el reconocimiento y descripción del volumen y grosor del órgano sexual en erección del agresor y la capacidad vaginal de la víctima.

³⁹ SSTC103/1985, Tribunal Español de 17 de enero de 1994, (examen hematológico, o uno ginecológico).

⁴⁰ Fr. de 15 de septiembre de 1989, EDJ.1989/UTO, de esa preocupación pueden mencionarse algunos convenios y declaraciones internacionales, por ejemplo, el Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina, de 4 de abril de 1997, del Consejo de Europa. Este instrumento refleja ya en su preámbulo la constatación del rápido desarrollo de la biología y de la medicina, el convencimiento de la necesidad de respetar al ser humano no sólo como individuo, sino también como perteneciente a la especie humana, y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad, así como la conciencia de que un uso inadecuado de la biología y de la medicina pueden conducir a actos que amenace la dignidad humana. A su vez, en su art.2 señala que “el interés y el bienestar del ser humano prevalecerán frente al exclusivo interés de la sociedad o de la ciencia”.

⁴¹ GARCÍA GONZÁLEZ, ARISTEO. La Dignidad Humana: Núcleo Duro de los Derechos Humanos. En: *Derecho Civil y Social*. Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo. No. 102 (Año XI), Julio – diciembre 2015. pág. 26.

lograr su realización material⁴¹.

El criterio anterior ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en su SCP. 0076/2017 señala que la dignidad humana es "...aquél que tiene toda persona por su sola condición de humano para que se le respete y reconozca como un ser dotado de un fin propio, y no como un medio para la consecución de fines extraños, o ajenos a su realización personal. La dignidad es la percepción de la propia condición humana y de las prerrogativas que de ellas derivan"⁴².

6.3.2. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA

El Derecho a la integridad física es aquel derecho humano que tiene su origen en el respeto a la vida y sano desarrollo de ésta; en otros términos, es el derecho del ser humano a ser protegido por la ley en toda su extensión, bien sea en su integridad física, psíquica y moral. El reconocimiento de este derecho implica, que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica⁴³.

Este derecho fue reconocido progresivamente en instrumentos internacionales. En principio, de manera implícita en el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg de 1945, en el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 4 del II Protocolo a los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a los conflictos armados, entre otros. Posteriormente, fue recogido de manera expresa en

⁴² Sentencias Constitucionales Plurinacionales No. 0053/2019, expresa que la integridad personal es un derecho inherente a la persona; implica su preservación física, psíquica y sexual, e incluye el reconocimiento de la dignidad inherente al ser humano, y, por lo tanto, se traduce en el derecho a no ser víctima de ningún dolor o sufrimiento físico, psicológico o agresión sexual; Así concretamente señalo: 'La integridad física hace referencia a la plenitud corporal del individuo, por ello toda persona tiene derecho a ser protegida contra agresiones que puedan provocar lesiones en su cuerpo, causándole dolor físico o daño a su salud. La integridad psicológica ésta referida al conjunto de facultades intelectuales y emocionales; su inviolabilidad se relaciona con el derecho a no ser obligado o manipulado mentalmente contra su voluntad. Finalmente, la integridad sexual está referida a la protección al derecho de las personas a tener capacidad para expresarse válidamente, a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad.

⁴³ GOMEZ, J. A. *La vertiente Educativa y Social de los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2014. pág. 49.

Sobre la regulación española y los últimos proyectos de Ley. GOMEZ AMIGO L. La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN (1) Diario la Ley, No.8324, 3 de junio de 2014, así como CASTILLEJO MANZANARES R., La prueba de ADN en el borrador del Código Procesal Penal, Diario La Ley, No.8213, 17 dic.2010.

los tratados generales de derechos humanos, como sucede con el artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el artículo 5 de la Convención Americana sobre derechos humanos “Pacto de San José de Costa Rica” de 1968⁴⁴.

En la línea que venimos analizando, el derecho a la integridad física se hace extensivo a las intervenciones corporales, las cuales se reputan ilícitas cuando coercitivamente por parte de un tercero se hace una intromisión en las funciones físicas o psíquicas de una persona, practicadas contra su voluntad. Cabe destacar el criterio formulado por el Tribunal Constitucional Español sobre esta cuestión, “lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, más no es una condición sine qua non para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física”.⁴⁵

En cualquier caso, se condiciona la admisibilidad de las intervenciones corporales a que las mismas afecten solo levemente la integridad física; resultando inadmisibles dichas intervenciones cuando provoquen grandes dolores o importantes trastornos así sean transitorias en la salud física o mental del individuo. Esta medición de la afectación de la integridad física debe hacerse en estricta aplicación del principio de proporcionalidad examinando de forma casuística las circunstancias concretas del

⁴⁴ GUZMÁN, J. M. El derecho a la integridad personal. En: *Primer Congreso Nacional de Derechos Humanos* (7 y 10 de diciembre de 2007). Santiago de Chile: CINTRAS – Centro de Salud Mental y Derechos Humanos. pág. 1.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal constitucional de España No.207/1996, de 16 de diciembre de 1996, que señala “De forma que la intimidad personal” “Es un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 de la Constitución), sin el cual no es realizable ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma” (STC. 20/1992, de 14 de febrero, FJ3). 0071/ SCP 0071/2019-S2, de 3 de abril de 2019 “**Sentencia constitucional boliviana sobre derechos a la intimidad** III.1. Una aproximación del derecho a la intimidad y privacidad, y su protección legal y constitucional en el ámbito interno, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional comparada”

sujeto afectado.

6.3.3. LA LIBERTAD PERSONAL

El derecho a la libertad personal es un valor superior en nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo a lo que establece el artículo 23 parágrafo I de la CPE, así como del ordenamiento jurídico internacional conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 e instrumentos regionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 7).

No obstante, la dificultad de precisar en pocas palabras un concepto de libertad personal, a los fines del objeto de nuestro trabajo aceptamos el concepto que da Ramón Soriano: “La libertad debe configurarse como un derecho público subjetivo en la medida en que pertenece a la persona por razón del «status jurídico» que esta ostenta en relación con el Estado, y porque se inscribe en una relación jurídico - pública cuyo sujeto activo y pasivo son el sujeto individual y el Estado, titular de derecho y obligaciones respecto a los individuos”⁴⁶

En una sociedad organizada cada individuo puede elegir libremente entre las distintas opciones vitales que la sociedad ofrece según su criterio, ideales, sexo, edad y conveniencia.

Siguiendo los lineamientos anteriores, la jurisprudencia Constitucional de Bolivia ha señalado sobre el derecho a la libertad personal que: “Es reconocido como un derecho fundamental en la Constitución Política del Estado y los principales

⁴⁶ STC Plurinacional de Bolivia, SCP. 0974/2012, de 22 de agosto de 2012, pág.3004-3010 “toda persona que considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, o que es indebidamente procesada o privada de libertad, podrá interponer acción de libertad y acudir, de manera oral o escrita, por sí o por cualquiera a su nombre y sin ninguna formalidad procesal, ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal y solicitara se guarde tutela a su vida, cese la persecución indebida, se restablezcan las formalidades legales o se restituya su derechos a la libertad”. En ese orden la Sentencia del T. Constitucional de Bolivia.2209/2010-R de 19 de noviembre, estableció: “Este mecanismo extraordinario de protección que se halla consagrado en el art.125 de la CPE. Como una acción jurisdiccional de rango constitucional que está destinada a la defensa y protección del derecho a la vida y a la libertad personal, manteniendo su fin esencial tal cual es, ser una acción tutelar preventiva correctiva y de trascendental importancia que garantiza sobre todo el derecho a la libertad personal y ampliando su núcleo esencial y otorgando un paraguas más amplio, protegiendo el derecho a la vida, siempre y cuando esta esté relacionada con el derecho a la libertad.”

instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Así el artículo 23, parágrafo I de la CPE., “reconoce el derecho a la libertad personal, estableciendo que ésta sólo puede ser restringida en los límites señalados por la ley, para asegurar el descubrimiento de la verdad histórica en la actuación de las instancias jurisdiccionales”⁴⁷.

En consecuencia, una interpretación sana de lo glosado anteriormente nos puede llevar a señalar que una detención breve en sede policial que, si bien afecta la libertad ambulatoria, dada la escasa duración en el tiempo, justificada por su finalidad, que se practica con moderación y con el máximo respeto a la persona no constituye un atentado contra este bien jurídico.

En el Derecho Constitucional se llega al punto de minimizar la exigencia de indicios o sospechas en las diligencias de identificación y registro, al admitir que el sujeto afectado puede verse sometido a esas actividades sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona, como ocurre por ejemplo con los controles preventivos de alcoholemia, en el curso de una actividad preventiva que incumbe a la Policía Nacional. Sin embargo, a fin de evitar extralimitaciones, se exige que la actuación policial se realice con racional cautela y también racional espíritu investigador, lo que conlleva la necesidad de actuar por simples sospechas siempre que éstas no sean ilógicas, irracionales o arbitrarias.

Según la jurisprudencia constitucional española el derecho a la libertad regulado en el artículo 17.1 Constitución Española protege una de las principales proyecciones de la libertad humana. Así la STC. de Bolivia 120/1990, 27 de junio, señala: “la libertad personal protegida por este precepto es la libertad física”, la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general o actuación a una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico”.

⁴⁷ SORIANO SORIANO J.R. La prueba pericial de ADN: problemas procesales. En: *Estudios de Derecho Judicial*. Año 2007, No. 120. pp. 580.

6.3.4. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Si de una manera general, entendemos el derecho a la intimidad o vida privada como la facultad que reconoce la constitución y las leyes a la persona para impedir que servidores públicos o particulares se introduzcan o en su caso divulguen hechos o actos que se los considera excluidos del conocimiento de los demás, salvo que exista consentimiento expreso o tácito o cuando la ley expresamente lo autoriza⁴⁸.

El punto que nos ocupa es el derecho a la intimidad o vida privada, ya que al respecto no hay un consenso unánime de la doctrina al no tener claro la cuestión porque para unos, una cosa es el derecho a la intimidad y otra distinta es el derecho a la vida privada y no falta quienes consideran que se refieren al mismo contenido.

Se puede tomar como punto de partida la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 12 señala: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.⁴⁹ No se puede menoscabar la relevancia que dicha declaración tuvo en la Construcción de los “derechos humanos”, entre ellos el que nos ocupa a pesar de no haber sido consagrado expresamente en ella.

En el desarrollo constitucional de la protección del derecho a la intimidad ha contribuido La Corte Constitucional Colombiana⁵⁰ al haber establecido principios que

⁴⁸ ST Constitucional de España 70/2002 Referente al derecho a la intimidad “Con la suficiente habilitación legal, se realicen determinadas prácticas que constituyen una inferencia leve en la intimidad de las personas sin autorización judicial, particularmente en el ámbito de investigaciones por delito, siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad”.

⁴⁹ Declaración Universal de derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, con la nueva Constitución Política del Estado resalta entre una de sus características la presencia de una vocación estatal al fortalecimiento de los derechos humanos del pueblo boliviano en los términos previstos en el art.3, que se traduce en el acogimiento de los tratados, las declaraciones y los convenios internacionales en materia de Derechos humanos”.

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de la dignidad del ser humano, aprobado el 4 de abril de 1996 ratificado por España en fecha 23 de julio de 1999.

⁵⁰ Sentencia C-822/05 Corte Constitucional de Colombia. “Se centra la demanda en la inconstitucionalidad de los arts. 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004”, por la cual se pide que se expulse del código de procedimiento penal, por considerar que dichas disposiciones son violatorias de

sustentan la protección del derecho a la intimidad, y sin los cuales, se perdería la correspondiente intangibilidad del contenido garantista de la inmunidad del individuo frente a la innecesaria injerencia de los demás. Esos principios son los siguientes⁵¹:

1) **El principio de libertad**, según el cual, los datos personales de un individuo, sólo pueden ser registrados o divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso o tácito del titular, a menos que el ordenamiento jurídico le imponga la obligación de relevar dicha información, en aras de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo. En este contexto, la obtención y divulgación de datos personales, sin la previa autorización del titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal, se consideran ilícitas; 2) **El principio de finalidad**, el cual se expresa en la exigencia de someter la recopilación y divulgación de datos, a la realización de una finalidad constitucionalmente legítima, lo que impide obligar a los ciudadanos a revelar datos íntimos de su vida personal, sin un soporte en el Texto Constitucional que, por ejemplo, legitime la cesión de parte de su interioridad en beneficio de la comunidad; 3) **El principio de necesidad**, la información personal que deba ser objeto de divulgación, se limita estrechamente a aquella que guarda relación de conexidad con la finalidad pretendida mediante su revelación. Así, queda prohibido el registro y la divulgación de datos que excedan el fin constitucionalmente legítimo; 4) **El principio de veracidad**, exige que los datos personales que se puedan divulgar correspondan a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos; 5) **El principio de integridad**, según el cual, la información que sea objeto de divulgación debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registre y divulgue datos parciales, incompletos o fraccionados. El conjunto integrado de los citados principios, permite no sólo garantizar el acceso legítimo a la

los arts.1,2,4,9,12,15,16,28,29,93 y 250 de la Carta, así como de varios artículos de la Declaración Universal de los derechos humanos, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana sobre derechos humanos, y del Estatuto de la Corte Penal Internacional, las razones de su solicitud se resume a continuación. El motivo: La violación de la Dignidad Humana en los casos en los cuales, "sin el consentimiento de quien está siendo sujeto a investigación, se realizan sobre él, intervenciones corporales, convirtiéndolo de tal forma no como un ser humano, sino como un objeto donde se encuentra la evidencia". "El núcleo fundamental de esta violación es la privación del consentimiento, de la voluntad de decidir sobre sí mismo, razón que hace inconstitucionales los tres artículos expuestos, máxime de que si se contara con este se estaría autorizando las intervenciones en el cuerpo humano, territorio solo a disposición de cada ser humano".

⁵¹ COBOS Campos, A. P. El contenido del derecho a la intimidad. En: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Vol. 2013, Núm. 29 (Julio-diciembre 2013).

información personal, sino también la neutralidad en su divulgación y, por ende, asegurar un debido proceso de comunicación”.

Como podemos advertir, la Corte Constitucional Colombiana concibe el derecho a la intimidad a partir de la autodeterminación de que cada individuo puede libremente decidir someter o no al conocimiento de los demás sus actos. Se estima la referida autodeterminación como eje central de la tutela en el ejercicio de la libertad personal con el fin de proteger la dignidad humana.

La justicia constitucional boliviana se ha pronunciado sobre este derecho en la SCP.0192/2015- S2⁵², al señalar “Deniega la acción de protección a la privacidad, con relación al Fiscal de Materia de Sustancias Controladas, puesto que, no se abrió causa penal dentro la “Fiscalía de Sustancias Controladas”, y además dicha institución no tiene competencia sobre el manejo del archivo de antecedentes policiales. Por lo que, que concede la acción de protección a la privacidad, con relación al Director Departamental de la FELCN de Beni, ordenando a dicha autoridad la eliminación del antecedente policial del accionante, por cuanto en el caso de antecedentes policiales, en los que conste denuncia, que no hubiera derivado en el inicio de un proceso penal ni investigación alguna respecto a la misma, resulta procedente la cancelación de éstos, sin orden judicial previa alguna, toda vez que se entiende que, la causa no estuvo sometida a control jurisdiccional alguno. Además, previo a acudir a la justicia constitucional a través de esta acción de defensa, su solicitud de eliminación del antecedente policial no fue atendida, por lo que se cumplió

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2006 “resulta indudable que el desnudo integral de la persona incide en el ámbito de su intimidad corporal, constitucionalmente protegido, según el criterio socialmente dominante en nuestra cultura” (f.j.5). Así recientemente, la sentencia de la audiencia provincial de Madrid, sec. 4ta, de 10 de diciembre de 2012, ha considerado una clara vulneración del derecho a la intimidad corporal el hecho de que en el proceso de recogida de muestras de ADN de los calzoncillos del detenido, este tuviera que desnudarse ante los agentes llegando a estar completamente desnudo ante los mismos quienes en esas circunstancias le tomaron al menos dos fotografías obrantes en autos, en las que podrían apreciarse parcialmente sus órganos genitales. El TC. de España, en la sentencia 207/1996, de 16 de diciembre niega la existencia de vulneración de la intimidad corporal, pero admite la lesión del derecho a la intimidad personal, no ya por el hecho en sí de la intervención sino por su finalidad, esto es, por la que a través de ella se pretende averiguar. Criterio segundo desde entonces en ulteriores sentencias entre otras, 234/1997, de 18 de diciembre (f.j.9); 196/2004, de 15 de noviembre (f.j.5) y 25/2005, de 14 de febrero /f.j.6).

con el principio de subsidiariedad”. Esta decisión está enmarcada en los lineamientos de la protección de la intimidad porque impide que cualquier funcionario público así sea policial pueda realizar conductas al margen de un control jurisdiccional y de esta manera afectar aquellos actos que corresponden a la vida privada de la persona que no tiene por qué conocerlos la ciudadanía.

6.3.5. INTIMIDAD CORPORAL

La constitución boliviana garantiza el derecho a la intimidad personal en su artículo 21, numeral 2., del cual forma parte la intimidad corporal, constituyéndose en una sub especie. En 1989, el Tribunal Constitucional Español desarrollaba el contenido del derecho a la intimidad corporal, señalando que implica ser inmune “frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo que quiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento jurídico en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la **comunidad**”⁵³.

El ámbito de intimidad corporal, constitucionalmente protegido, no es tan extenso como la del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural. En consecuencia, el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que pueden considerarse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones sobre las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos que se utilizan que afecten al pudor o al recato de la persona; sin

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional de España No.37/1989, de 15 de febrero de 1989, señala “En relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad establecemos que era “solo posible por decisión judicial”. (FJ7), aunque sin descartar la posibilidad de que en determinados casos y con la consecuente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales pudieran ser dispuestas por la policía judicial (FJ. 8) “En particular hemos admitido que la actuación, el modo de comisión del delito o/su gravedad (STC 173/201, de 7 de noviembre).

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 207/1996, de 16 de diciembre, señala “Llegamos a la conclusión de que la intimidad personal se veía afectada cuando se pretendía esclarecer a través del análisis de un cabello, si el imputado en un proceso penal es consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes y el tiempo desde lo que pudiera ser “. Se niega la existencia de vulneración de la intimidad corporal.

Por otro lado, y vía jurisprudencial, se dispuso la existencia de una serie de asuntos que en razón de su contenido pueden asociarse con la intimidad de una persona, como ser la intimidad corporal (**STC 37/1989, FJ 7.**)

embargo, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es este un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones. Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible solo por decisión judicial que habrá de proveer que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno.⁵⁴

La doctrina moderna en el desarrollo del derecho a la intimidad ha extendido su contenido a la intimidad genética que está relacionada con la obtención coactiva de materiales biológicos por parte de servidores públicos procedentes del cuerpo humano supone por sí misma una injerencia corporal. Pero además cabe plantearse si tal intervención afecta igualmente al derecho a la intimidad en su vertiente de intimidad corporal.

En este caso podría plantearse el interrogante de si el derecho a la intimidad comprende el derecho a no exponer partes del cuerpo ante intereses, por ejemplo, a no remangarse o quitarse una camisa para que pueda tomarse una muestra de sangre o pelo de una axila o incluso abrir la boca para poder tomar muestras de saliva, lo cual dejara a la vista de un tercero la dentadura del afectado. Una persona, por diversas razones, podría impedir que esas zonas de su cuerpo no sean accesibles a terceros (por ejemplo, un tatuaje que desea que no se vea, un problema dermatológico o una dentadura que le crea vergüenza), etc.

Las ventajas de la existencia de exámenes genéticos⁵⁴ son muchas, sin embargo, la información genética, mal utilizado, puede afectar la intimidad personal y familiar, generando, incluso, discriminación. En consecuencia, los datos derivados del genoma de una persona y de su familia son confidenciales y deben estar sujetos a

⁵⁴ Pruebas genéticas “Mayo Clinic.” La ventaja Todas las personas tienen un genoma único, compuesto por el ADN presente en todos sus genes. Este análisis complejo pueda ayudar a identificar variaciones genéticas que puedan estar relacionadas con la salud. Esta prueba se suele limitar únicamente al análisis de las partes del ADN que codifican proteínas, denominadas “exomas”

medidas de seguridad adecuados, debiendo ser utilizados según los fines para los cuales fueron recabados y no deben ser cedidos a terceros, salvo consentimiento expreso del interesado o en virtud de mandamiento judicial. En términos similares se han pronunciado, por lo demás, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y el Consejo de **Europa**⁵⁵.

6.3.6. EL DERECHO A LA INTIMIDAD FRENTE A LA INFORMÁTICA

La tecnología una de cuyas expresiones es la informática adquiere una extraordinaria importancia cuando se trata de analizar el derecho a la intimidad. Para comprender la temática es necesario considerar la existencia de los siguientes aspectos: La existencia de bancos de datos; el derecho a la libertad informativa y la autodeterminación informativa.

La existencia de bancos de datos, la recepción de publicidad, folletería, correspondencia e incluso tarjeta de crédito dirigida a personas totalmente individualizadas y a su domicilio particular, habla de la existencia de bancos de datos que constantemente obtienen información sin que los individuos en general puedan controlar su contenido. Sin embargo, el derecho a la intimidad ingresa en este ámbito, como límite a la difusión y conservación de ciertos datos, cuando la persona considere que estos son erróneos, no actualizados o sensibles, y pretenda su modificación o eliminación, por cuanto si bien la recolección de información constituye una necesidad imprescindible de ser satisfecha por el Estado a la hora de adoptar decisiones que conciernen a la sociedad, debe establecerse un límite que determine la legitimidad del acopio, procesamiento y transmisión de tal información, de forma que tales operaciones compatibilicen los derechos fundamentales de las personas con el fin último del Estado, cual es propender hacia la mayor realización espiritual y material posibles de los integrantes de la comunidad, con pleno respeto de los

⁵⁵ Limitaciones frente a la informática, el Tribunal europeo de derechos humanos hace hincapié en las limitaciones de los derechos fundamentales han de respetar el principio de proporcionalidad y necesidad. En la esfera internacional desde hace ya años, una firme voluntad el de potenciar el intercambio de información genética entre las autoridades de diferentes estados a fin de facilitar la persecución de hechos delictivos y evitar la comisión de nuevos ilícitos penales.

derechos que a estos correspondan.

Lo anterior se complementa con el derecho a la libertad informativa, que es el derecho que tiene toda persona a verificar la información y datos que fueron obtenidos y almacenados sobre ella, cuáles de ellos se difunden y con qué objeto, de manera que se corrijan o aclaren la información o datos inexactos,

Cierra el círculo la autodeterminación informativa, que es la transformación del derecho a la intimidad y la privacidad como un derecho de acción en defensa de los intereses personales de libre decisión de datos, esto en relación al consentimiento sobre la utilización de datos de índole personal sin soslayar la posibilidad de poder solicitar la corrección, rectificación, actualización, eliminación e inclusión de datos personales e impida su difusión y, en su caso, se eliminen si se tratan de datos o información sensible que lesionan su derecho a la vida privada o íntima en su núcleo esencial referido a la honra, buena imagen o el buen nombre.

Según el criterio de José Cuervo,⁵⁶ la genealogía de la autodeterminación informativa se encuentra en el Informe Younger, documento publicado en 1972, en el cual se distingue dos facetas de la intimidad, la intimidad física, que supone, la libertad frente a toda información sobre uno mismo, en su casa, familia o relaciones y la intimidad informática, que es “el derecho a determinar personalmente cómo y en qué medida

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 292/2000 de 30 de noviembre, la peculiaridad de ese derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental como es el de la intimidad que radica en su distinta función.

La función del Derecho fundamental a la intimidad del art.18.1 Constitución Española. Es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (por todas STC 144/1999, de 22de julio, (F.J.8). En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho afectado.” (f.j.6).

En consecuencia, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, pues extiende su garantía no solo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.I CE., sino a lo que el propio tribunal constitucional ha venido denominando como esfera de los bienes de la personalidad pertenecientes al ámbito de la vida privada.

“De este modo el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros.

se puede comunicar a otros, información sobre uno mismo”.

6.3.7. EL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SI MISMO Y EL DERECHO A NO CONFESARSE CULPABLE

El derecho, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, se traduce en no obligar a la persona a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en el artículo 23, parágrafo I de la Constitución Política del Estado.⁵⁷

Los derechos a no declarar y a no confesarse culpable se encuentran constitucionalizados en el artículo 121,⁵⁸ parágrafos I y II de la Constitución Política del Estado; cuyo contenido también se manifiesta en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; 8, num.2) inc. g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Según Pico i Juno, se trata de dos derechos íntimamente conectados entre sí, ambas garantías o “derechos instrumentales” del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación. Por ello, el órgano judicial debe siempre ilustrar al imputado, o a quien pueda adquirir tal condición, desde el primer acto procesal, sus derechos constitucionalizados⁵⁹.

⁵⁷ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, Artículo 23. parágrafo I “Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal, la libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites señalados por la ley, para asegurar el descubrimiento de la verdad histórica en la actuación de las instancias jurisdiccionales”.

⁵⁸ CPE. Boliviana, en su artículo 121 parágrafo I “En materia penal, ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma, ni contra sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, El derecho de guardar silencio no será considerado como un indicio de culpabilidad”. SCP.0224/2012” La declaración del imputado que contenga una confesión del delito obtenida sin presencia de su abogado defensor.

⁵⁹ PICO i JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997. pág. 151. El juez y la prueba, óp. Cita; p 3. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual.

Estos derechos tienen las siguientes características:

1. No obligatoriedad en la declaración del presunto culpable;
2. Validez plena de las confesiones hechas de modo voluntario, aunque sean contra sí mismo;
3. No desvirtuarían o invalidarían la declaración realizada en la etapa preparatoria por el hecho de su rectificación en el acto del juicio oral;
4. Insuficiencia para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia de la declaración contra sí mismo efectuada sin presencia de un órgano jurisdiccional;
5. Distinción del derecho a no declarar contra sí mismo y no declararse culpable con actos que, en mayor o menor medida, entran en conflicto con el mismo, como el deber del ciudadano de someterse al «test de alcoholemia», el deber del contribuyente de aportar los documentos acreditativos de su situación económica, etc...

Una aplicación de las características antes detalladas está en lo relativo a la declaración contra sí mismo en la que medie engaño la cual no debe ser tenida en cuenta e invalidarse por privarla del carácter de voluntaria que le es esencial. De igual manera la declaración contra sí mismo prestada por medio de tortura, o bajo constricción o compulsión, es una prueba inadmisibile y radicalmente nula al violentar los citados derechos⁶⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto al derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo señalando que en el “desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo, la incorporación de nuevos derechos procesales”⁶¹, tales

⁶⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos pese a reconocer que, vinculado a la presunción de inocencia, el derecho a no auto incriminarse presupone que en el proceso penal las autoridades ha de lograr probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión.

⁶¹ En contra de la voluntad de la persona acusada, no considera que suponga una autoincriminación someterse

como el derecho a no auto incriminarse que hoy en día figura en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. La confesión ha sido entendida por la Corte como “el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos y sus efectos”. De acuerdo con el **Tribunal Español**, también “pudiera entrañar un acto de disposición de los derechos sobre los que existe contienda. En ese sentido, la confesión ha sido considerada por la Corte como un acto dentro del proceso que posee especial trascendencia para la definición de ciertas consecuencias jurídicas que afectan la esfera de derechos y responsabilidades del **justiciable**.⁶²

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este derecho “también se tiene que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trata⁶³.

a una prueba de alcoholemia en tanto no se concibe como un acto de inculpación sino como un medio de prueba, cuyo resultado puede sea favorable o desfavorable. Caso Wech c/ Austria, sentencia de 8 de abril de 2004, págs. 39-43 resume la jurisprudencia del TEDH sobre este particular.

Sentencia del Tribunal Supremo Español 18/2005, de 1 de febrero, sobre la presunta vulneración del que el recurrente califica como “derecho a no auto incriminarse “o derecho a la no autoincriminación.

⁶² Opinión consultiva OC-16/99, corte Interamericana de Derechos Humanos, ... proceso los derechos a no auto incriminarse y a declarar en presencia de abogado.

⁶³ En el ámbito del proceso penal, al amparo del art.24.2 de la Constitución Española al reconocer el derecho de todo imputado a no declarar contra sí mismo, impide al órgano jurisdiccional, en aquellos casos en los que el imputado se niega a declarar, interpretar el ejercicio de este derecho como una causa que exonere al Ministerio fiscal del desafío probatorio que asume desde el inicio de las investigaciones.

Sentencia del Tribunal Constitucional de España 161/ 1997, formulada por el magistrado don Pablo García Sayán al que se adhirió el magistrado don Vicente Gimeno Sendra, la Sala del Tribunal Constitucional de España, en la sentencia sobre “el derecho del detenido a no declarar y los derechos de todos a no declarar contra sí mismos y a no declararse culpables con una de las manifestaciones de la inocencia según la cual, corresponde a la acusación la carga de la prueba sin que pueda hacerse recaer en el imputado la obligación de aportar elementos prueba que supongan un auto de incriminación, sin embargo la amplitud de tal garantía se matiza respecto procedimiento sancionador en el sentido de entender referidas las pasantías frente a la autoincriminación solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y únicamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio.

Doctrina consolidada, Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (...) son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una

El Tribunal Constitucional ha analizado este derecho de manera conjunta con aquel contemplado en el artículo 8.3 de la Convención, según el cual la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Siguiendo los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha emitido la SCP 0224/2012⁶⁴ de 24 de mayo que señala con relación al derecho a la libertad: “una declaración del imputado, cuya información fue obtenida ilegalmente, al ser incorporada sin la presencia de un abogado defensor, que contiene una confesión del delito “violenta sus derechos a la defensa técnica y no declarar contra sí mismo”. Asimismo, dicho fallo señala: El derecho a declarar es la prerrogativa que posee el imputado de introducir al proceso la información que considere adecuada, si se parte de la premisa que nadie puede ser obligado a declarar en su contra (...). En este entendido, el imputado es quien determina que información desea introducir en el proceso y puede declarar cuantas veces lo considere necesario, salvo que sea manifiestamente reiterativo dilatorio. Cosa muy distinta es que el imputado libre y voluntariamente quiera confesar, sin embargo, esta facultad es personalísima y no puede ser inducida por él estado, mediante argucias o diversas formas de coacción.

De lo anotado, se extraen las siguientes sub reglas: a) El término “declaración” debe ser entendido como el ingreso de información a través de una manifestación oral y escrita del imputado; b) El imputado tiene la facultad de abstenerse de declarar; su negativa o silencio no le generan perjuicio, razón por la cual no pueden ser utilizados como fundamento de una resolución administrativa, fiscal o judicial en su contra (artículos 6 y 92 del C.P.P.); el imputado tiene la libertad de decisión sobre su declaración, que no puede ser coartada por ninguna forma de coacción física o psíquica, como ser tortura, amenaza, juramento, cansancio, pérdida de serenidad, preguntas capciosas, sugestivas o tendientes a obtener alguna confesión, respuestas inducidas, promesa ilegítima de alguna ventaja (artículo 114 Constitución Política del

imputación quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estima más conveniente para sus intereses sin que en ningún caso puede ser forzado o inducido, bajo construcción o impulsión alguna a declararse contra sí mismo o a confesarse culpable”.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, SCP 0224/2012 de 24 de mayo de 2012.

Estado y artículo 93 Código Procedimiento Penal), la voluntariedad de la declaración del imputado no puede ser eliminada o menoscabada por medios que la excluyan (psicofármacos o “sueros de la verdad”) o instrumentos que registran reacciones inconsistentes o reflejos o condicionados (polígrafos y similares).

7. EL ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) EN EL SISTEMA NORMATIVO

7.1. ANTECEDENTES HISTORICOS

El británico Alec Jeffreys implementó en 1985 el uso del material genético Acido Desoxirribonucleico (ADN) para identificación humana, obteniendo un patrón de bandas similar a un código de barras al que denominó huella digital del Acido Desoxirribonucleico (ADN) (en inglés DNA fingerprinting); prueba que hoy es conocida como perfil de ADN, huella genética, o prueba de Acido Desoxirribonucleico (ADN). Este perfil es prácticamente único e irreplicable, a excepción de los gemelos mono cigotos, permitiendo diferenciar a cualquier persona de otra, así como establecer sus relaciones biológicas de **parentesco**.

Siendo el componente fundamental de los cromosomas, el Acido Desoxirribonucleico (ADN) tiene la información hereditaria para transmitir, de generación en generación, similitudes y diferencias. El ser humano tiene 46 cromosomas que se agrupan en 23 pares; contenidos en el interior del núcleo celular. De ellos, 22 no presentan diferencias en función al sexo ("pares autosómicos"); en cambio, el par 23 ("par sexual"), tiene características diferentes determinadas según el **sexo**. Si bien existen genes (los genes son trayectos de Acido Desoxirribonucleico (ADN) localizados en determinadas zonas de los cromosomas) que transmiten familiarmente caracteres evidenciables, otros no lo hacen. Esta excepción que acabamos de mencionar y que de algún modo podría ser el punto débil de la técnica, la probabilidad de que un examen genético determine que el Acido Desoxirribonucleico (ADN) de dos personas coincida sin estar relacionadas entre sí es de uno en mil millones de casos.

Cuando dos personas son hermanos, este margen de error aumenta a uno en diez mil casos. Los hermanos gemelos de por sí comparten el mismo material genético, lo

que puede ser problemático a la hora de presentarse un examen de Acido Desoxirribonucleico (ADN) como prueba judicial ante un tribunal.

El análisis del Acido Desoxirribonucleico (ADN) con fines de identificación implica el empleo de técnicas de laboratorio que utilizan diversos "marcadores" o "sistemas", los que podrían definirse conceptualmente como instrumentos que investigan esos fragmentos de Acido Desoxirribonucleico (ADN) en los cuales se instalan las secuencias repetitivas aludidas. Los resultados que se logran de este análisis de diversas áreas de Acido Desoxirribonucleico (ADN) configuran, en conjunto, el perfil genético propio de cada individuo. El perfil genético, así definido, tiene una capacidad discriminativa de gran potencia para diferenciar personas. Es esa cualidad del método, que le permite discriminar con altos grados de certeza, la que explica la denominación de "huellas digitales genéticas" o "fingerprinting" de la literatura anglosajona, que suele utilizarse para designar este sistema de **identificación**.⁶⁵

7.2. LA APLICACIÓN DEL ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL

Las pruebas de Acido Desoxirribonucleico (ADN) fueron utilizadas por primera vez en 1985, por el genetista Alec Jeffreys, en el caso conocido como *Enderby – asunto Queen vs. Pitchfork* en Inglaterra. En este caso, la prueba de Acido Desoxirribonucleico (ADN) permitió que se determinase la libertad del principal sospechoso Richard Buckland, de 17 años de edad, a pesar de haber confesado los hechos, por no corresponderse genéticamente las muestras de semen halladas en ambas víctimas, con las muestras de sangre de **Buckland**⁶⁶.

Desde entonces, la aparición de estas pruebas se ha revelado de una gran eficacia en la investigación penal para el esclarecimiento de la participación o no, de un sujeto en un hecho delictivo, sustentando no sólo condenas sino, lo que es más importante, absoluciones e incluso revisiones penales de condenas firmes, a pesar de haber sido

⁶⁵ BUTLER JM. "*Forensic DNA typing*", Elsevier Academic Press, Burlington, MA, USA, pág. 201-240 (2005). EL ADN con fines de investigación.

⁶⁶ DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Toma de muestras, infractores, víctimas y menores. Consentimiento. Asistencia letrada* "en línea". 2014 "Fecha de consulta: 2 de septiembre 2018". pp. 2-3.

dictadas éstas en el caso citado con pruebas de cargo contundentes como el reconocimiento sin dudas de la víctima o como ocurrió en el primer caso en que se utilizó esta prueba en 1985, según se ha indicado *supra*, con la conformidad del propio acusado⁶⁷. Algunos casos de renombre fueron reflejados por la prensa, en Francia dos hermanos gemelos idénticos fueron arrestados en la investigación de una serie de violaciones, seis en total, cometidas en la ciudad francesa de Marsella entre septiembre de 2012 y enero de 2013. Se trata repartidores desempleados de 24 años, Elwin y Yohan. No se pudo determinar cuál es el responsable dado que las pruebas estándar de Acido Desoxirribonucleico (ADN) no permiten diferenciar el material genético de los gemelos. También podría darse el caso de que los dos fuesen culpables⁶⁸.

En la Provincia de Entre Ríos, (Argentina), Luis Wagner, condenado por dos violaciones ocurridas en 2010 y acusado de una tercera, dijo ante juez, fiscal y abogados, “No fui yo; fue mi hermano gemelo”. Se realizaron nuevos estudios y en el Servicio de Genética del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia se llegó a la conclusión que no se podía determinar a quién de ellos pertenecen los restos genéticos hallados en el lugar del delito, fue absuelto del tercer delito. En un análisis normal se comparan 400 pares de bases de nucleótidos que componen el Acido Desoxirribonucleico (ADN); para diferenciar a gemelos idénticos tendrían que compararse billones de ellos. Los dos cigotos que surgen del único óvulo tienen modificaciones posteriores que pueden alterar la expresión de la secuencia del Acido Desoxirribonucleico (ADN).⁶⁹

Así en 2013, un equipo de investigadores de la Universidad de Huddersfield (Alemania), publicó un estudio donde aseguran haber encontrado una técnica que sería capaz de diferenciar el Acido Desoxirribonucleico (ADN) de gemelos idénticos.

⁶⁷ En España los primeros casos forenses en que se utilizaron sondas de locus único fueron realizados por el Instituto de Medicina Legal de Santiago 1987, simultáneamente al primer caso de aplicación forense de la prueba en Alemania e Italia.

⁶⁸ El ADN de dos gemelos acusados de violación dificulta a la Policía francesa su investigación “en línea”. 20 Minutos. España. 10 de febrero de 2013.

⁶⁹ Sorpresa y Desconcierto en Entre Ríos: Lo acusan de violar por tercera vez y él dice que fue su gemelo “en línea”. Clarín. Argentina. 10 de agosto de 2013.

La técnica de los académicos se basa en la metilación del Acido Desoxirribonucleico (ADN) humano, el mecanismo que hace que ciertos genes se activen o no, sin producir una alteración en la secuencia del Acido Desoxirribonucleico (ADN). A medida que dos hermanos gemelos envejecen, pueden realizar un sin número de acciones que produce cambios mediante la metilación, como por ejemplo comenzar a fumar cigarrillos, o que uno ingrese a un trabajo de oficina y el otro a un trabajo en exteriores. El análisis de los investigadores consistiría en someter las muestras de Acido Desoxirribonucleico (ADN) a temperaturas cada vez mayores hasta que comiencen sus enlaces de hidrógeno, y como las dos secuencias de Acido Desoxirribonucleico (ADN) deberían tener diferentes grados de metilación, esto se expresaría en que se romperían a temperaturas diferentes “lo que puede ser medido” permitiendo así establecer la diferencia entre dos Gemelos idénticos. Finalmente, también está el problema que se requiere de una gran cantidad de muestras, algo que no siempre estará disponible si se utiliza para la investigación forense.⁷⁰

8. HIPOTESIS DEL TRABAJO DE LA INVESTIGACION

La libertad, integridad física o corporal, intimidad corporal o genética y dignidad, de los individuos como derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política del Estado, son objeto de violación por falta de una normativa específica en el Código de Procedimiento Penal, sobre intervención corporal para la obtención de muestras biológicas de Acido Desoxirribonucleico (ADN), en la fase de investigación de un delito.

8.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

La libertad, integridad física o corporal, dignidad e intimidad corporal y genética de los individuos como derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política del Estado.

⁷⁰ RAMALLO MACHIN, A.C. ADN: Huellas Genéticas en el Proceso Penal. Universidad de la Coruña, 2015: pp. 18-19.

8.2. VARIABLE DEPENDIENTE

Son objeto de violación por falta de una normativa específica en el código de procedimiento penal, sobre intervención corporal para la obtención de muestras biológicas de Acido Desoxirribonucleico (ADN), en la fase de investigación de un delito.

8.2.1. UNIDADES DE ANALISIS

Con el fin de demostrar la hipótesis a través de sus variables nos hemos propuesto las siguientes unidades de análisis.

1. Legislación Nacional en materia de intervención corporal para la toma de muestras y análisis de Acido Desoxirribonucleico (ADN).
2. Fase de investigación. El procedimiento en el sistema penal boliviano.
3. Legislación boliviana y comparada en materia de intervención corporal para la obtención de muestras biológicas y la afectación a derechos fundamentales.
4. Muestreo a través de entrevistas a policías, médicos forenses, fiscales y jueces. Datos estadísticos.

9. Diseño de la investigación

El diseño de la investigación es analítico toda vez que la variable de estudio es la falta de una normativa específica en el código de procedimiento penal, sobre intervención corporal para la toma de muestras biológicas para análisis de Acido Desoxirribonucleico (ADN), en la fase investigación que permita llegar a conclusiones y sugerir la dictación de normas específicas con la finalidad de proteger los derechos fundamentales.

10. Métodos a ser utilizados en la Investigación

10.1. Método comparativo

Permitirá encontrar similitudes y diferencias con otras legislaciones sobre la

intervención corporal para la obtención del medio de prueba de Acido Desoxirribonucleico (ADN), ayudándonos a comprender que es importante el contar con una normativa específica para el respeto de los “derechos fundamentales”.

10.2. Método deontológico

Es una lógica aplicada a los valores que maneja el derecho, cuya finalidad no es otra que dar sentido al orden jurídico en consideración a la realidad social, económica, política, cultural y tecnológica imperante en un momento dado.

10.3. Método jurídico

De manera sistemática, a los fines de la demostración de la hipótesis, nos permite ponderativamente analizar y reflexionar sobre el contenido de La Constitución Política del Estado, código de procedimiento penal, Ley orgánica del Ministerio Público y Policía Boliviana y Manuales de actuaciones investigativas de fiscales, policía y peritos, determinando que no obstante los derechos fundamentales están protegidos por la Constitución Política del Estado y que las leyes que la reglamentan buscan su observancia sin embargo existe un vacío normativo en lo relativo a las intervenciones corporales en la fase de investigación penal.

Las técnicas e instrumentos que serán utilizados para recopilar y obtener información sobre el tema de investigación, que se encuentra publicada en sentencias emitidas por el Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Español y Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el área penal, y de otros países latinoamericanos, libros, documentos, informes y sentencias judiciales, así como entrevistas a personas vinculadas con el tema.

CAPITULO SEGUNDO

2. VERIFICACION DE LA HIPOTESIS EN BASE A LAS UNIDADES DE ANALISIS.

1. LEGISLACION NACIONAL EN MATERIA DE INTERVENCION CORPORAL PARA LA OBTENCION DE MUESTRAS Y ANALISIS DE ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN)

Si bien de manera expresa la Constitución Política del Estado nos hace una referencia a la intervención corporal para la obtención de Acido Desoxirribonucleico (ADN) como medio de prueba porque obviamente esto debe hacerse mediante una norma que reglamente la Constitución; sin embargo la Constitución en el artículo 180⁷¹ al establecer los principios procesales de legalidad, eficacia, eficiencia, verdad material y debido proceso está señalando el marco normativo con el cual se puede sustentar una pretensión en el ámbito civil, familiar, laboral etc., o una investigación y una posible imputación y posterior acusación en el campo penal.

2.1. CODIGO DE LAS FAMILIAS Y DEL PROCESO FAMILIAR

Por otra parte, si nos ponemos a revisar de manera detallada los códigos y leyes dictadas en nuestro país que desarrolla el marco normativo vigentes en el sistema positivo podemos establecer que la única ley orgánica que de manera expresa reglamenta como medio de prueba el Acido Desoxirribonucleico (ADN) y la toma de muestras biológicas, a los fines de la filiación, es el Código de las Familias y del proceso familiar Ley 603, en su artículo 30 señala “Pericia I. La acción de filiación judicial, la acción de impugnación de filiación o la acción de negación de filiación se prueban mediante pericia científica biológica aplicada por la entidad autorizada por el estado, salvo lo previsto en el artículo 19 y los incisos c) y d) Parágrafo I del artículo 21 del presente código, a no ser que la o el demandado impugne la denuncia al

⁷¹ Arias López Boris Wilson Teoría Constitucional y Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, Artículo 180 parágrafo I. “La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez”.

contestar la demanda. II El resultado de la pericia es el medio de prueba para la determinación de la filiación materna o paterna. En el caso citado para prueba científica, que sin justo motivo se niegue a someterse a la prueba, se presumirá por cierto lo afirmado por la contraparte. III. La prueba en contrario estará a cargo de quien niegue la filiación en caso de probarse la no filiación, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación”. Se observa que si bien hay norma expresa por la cual se señala que el medio idóneo para probar cuestiones relativas a la filiación es el Ácido Desoxirribonucleico (ADN); sin embargo, tampoco en esta norma de reciente data, se determina sobre cómo debe obtenerse el material biológico y menos se señala cual debe ser el procedimiento para su obtención lo que da lugar a una interpretación que en nuestro criterio sería de que la parte que afirma o niega la paternidad o maternidad no está obligada aportar el medio de prueba científica sino más bien existe una inversión de la carga de la prueba basado en que si se cita a una persona para que otorgue su consentimiento a una toma de muestra y esta se niega a someterse debe considerarse que lo afirmado por la parte contraria es cierto; consecuentemente existe una presunción jure et de jure en contra de la persona que voluntariamente no comparece a una toma de muestra ante un centro especializado y permite la obtención del medio del medio biológico.

2.2. CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

En cambio, en el código del procedimiento penal, Ley 1970⁷² podemos encontrar disposiciones genéricas sin ninguna mención al Acido Desoxirribonucleico (ADN) y la toma de muestras biológicas a través de intervención corporal.

Sin embargo de su normativa se puede establecer que en materia de legalidad de las pruebas estas deben ser obtenidas por medios lícitos conforme se puede evidenciar de las normas contenidas conforme a un procedimiento establecido por la Ley penal careciendo de valor aquellas que hayan sido obtenidas mediante torturas, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o violaciones a los derechos fundamentales

⁷² Código de las familias y del Proceso Familiar, Ley No. 603 del 19 de noviembre de 2014, artículo 30. “Pericia”.

de los seres humanos estando obligados a cumplir esta actividad los servidores públicos que trabajan en la policía, ministerio público, jueces, personal técnico especializado. Esa labor de recolección de las pruebas para su valoración está a cargo de los fiscales que tienen que ser muy cuidadosos y ecuanímenes en la obtención de los medios probatorios no pueden utilizar contra un imputado pruebas obtenidas en violación de la constitución política del estado o leyes o tratados internacionales vigentes. En Bolivia existe un órgano especializado que se encarga de hacer los estudios científicos- técnicos, el Instituto de Investigaciones Forenses, que implica la existencia de un personal especializado con reglamento especializado para el ejercicio de sus funciones pues su labor es delicada en la obtención del material probatorio; es más los fiscales pueden ordenar requisas incluso de carácter personal cuando encuentran motivos suficientes para presumir que en el interior de su cuerpo o adherido al mismo encuentran elementos que sirvan para establecer la comisión de un hecho punible siempre respetando sus derechos humanos tal como se puede observar de la lectura de los artículos 71,74, 175, 205 al 207, 295, del CPP.

Comentario una normativa bastante desarrollada.- Seguramente que en términos generales Bolivia cuenta con normas bastante desarrolladas en relación al objeto de la investigación pero no es muy precisa en varios aspectos como por ejemplo se tiene a la ADN o material biológico que por su propia naturaleza debido a la relación ser humano – ciencia técnica, especialización requiere un tratamiento mucho más concreto y preciso de tal manera que los servidores públicos actúan en el marco de la ley, la constitución y los tratados.

2.3. LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Mucho más general en cuanto a la temática objeto de estudio es la ley orgánica del M. Publico donde si bien se regula la finalidad que tiene el instituto de investigaciones forenses para fines de estudio científico técnico laboratoriales requeridos para la investigación de los delitos estando facultado inclusive para acudir al instituto de investigación científico técnico de la universidad policial – ICUP como organismo especializado haciendo responsables civil y penalmente a sus peritos no contienen una normativa específica en materia de obtención de muestras de ADN. (arts. 83,

85,86 y 87).

2.4. LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

En la misma línea del Código de Procedimiento Penal⁷³ sigue la ley del Órgano del Ministerio Público⁷⁴.

II. “El Instituto de Investigaciones Forenses” IDIF es la institución encargada de realizar los estudios científicos técnicos laboratoriales requeridos para la investigación de los delitos por el Ministerio Público. Igualmente se encargará de los estudios científicos técnicos para la comprobación de otros hechos encomendados por orden judicial. El Ministerio Público ante la imposibilidad técnica del Instituto de investigaciones Forenses – IDIF, podrá acudir al Instituto de Investigaciones Técnico Científico de la Universidad Policial – IITCUP, como organismo especializado de la Policía Boliviana”. Artículo 83. (Finalidad)

“El Instituto de Investigaciones Forenses tendrá las siguientes funciones: 1.- Practicar las pericias, análisis y exámenes científico técnicos y de laboratorios, y realizar estudios forenses que sean solicitadas por la o el fiscal y/encomendadas por orden judicial; 2.-Desarrollar y elaborar programas científicos de investigación forense y criminalística aplicando los resultados de tales avances; 3.-Editar y publicar las actividades, programas e investigaciones científicas resultantes, incluyendo datos estadísticos que permitan establecer factores de violencia y criminalidad; 4.- Coordinar programas de capacitación y de intercambio en avances científicos con organismos de investigación, nacionales e internacionales, así como con entidades encargadas de conocimientos en el área penal; 5.-Colaborar dentro y fuera del Estado Plurinacional, con gobiernos, instituciones, autoridades y personas en relación a la investigación criminal en coordinación con la administración del Ministerio Público; 6.- Asegurar que, en la cadena de custodia, los indicios o elementos probatorios que sean entregados no se contaminen, extravíen, alteren y/o deterioren; bajo

⁷³ Código de procedimiento penal, Ley No. 1970 de 25 de marzo de 1999

⁷⁴ Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley No. 2175 de 13 de febrero de 2001

responsabilidad.

2.5. “MANUAL DE ACTUACIONES INVESTIGATIVAS DE FISCALES, POLICIAS Y PERITOS”

Resolución conjunta de la Fiscalía General y Comando General de la Policía Nacional No.001/2007, de 22 de febrero de 2007, se emitió con el fin de facilitar la coordinación interinstitucional y mejorar los resultados de la investigación clarificando los roles de cada uno de los actores en la etapa preparatoria. Este manual contiene algunas menciones expresas sobre el Acido Desoxirribonucleico (ADN) y la toma de muestras biológicas, conforme se puede evidenciar de la siguiente normativa.⁷⁵.

2.5.1. CADENA DE CUSTODIA

“La cadena de custodia es un sistema de seguridad para la preservación de las evidencias y/o muestras, establecido por la norma jurídica, cuyo objetivo es garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de las mismas, desde el momento en que han sido **colectadas, custodiadas, transportadas, procesadas y presentadas en los estrados judiciales** como medio de prueba hasta su disposición final. Conforme lo disponen los artículos 74, 295 inc. 10 y 12 del C.P.P. y 75 de la L.O.M.P., cada sujeto por cuyas manos pase el material probatorio debe convertirse en un eslabón verificable y comprobable de la cadena y establecer marcas personales, sellos u otros medios de autenticarlo”.

2.5.2. SISTEMA DE CADENA DE CUSTODIAS DEBE CUMPLIR LAS SIGUIENTES REGLAS:

- 1.- Debe garantizar la autenticidad de las evidencias físicas colectadas y examinadas es decir que correspondan al caso investigado sin lugar a confusión, adulteración, ni sustracción alguna.
2. Todo funcionario que colecte, reciba o analice evidencias y/o muestras en cualquier etapa del proceso, es componente ineludible de la cadena de custodia

⁷⁵ Manual de actuaciones investigativas de fiscales, policías y peritos, Resolución No. 001/2007 de 22 de febrero de 2007.

de las mismas y debe velar por su seguridad, integridad y preservación.

3.- Se inicia con el funcionario que colecta la evidencia, aunque sea accidentalmente o se desconozca la comisión del hecho: y finaliza con el juez de la causa y los otros funcionarios judiciales hasta su destino final.

4.- Los procedimientos de custodia, deben obligatoriamente aplicarse a todas las evidencias y/o muestras obtenidas, incluso el cadáver y los documentos e informes respecto de ellos.

5.- Toda evidencia y/o muestra o su remanente si los hubiere debe llegar al juicio debidamente embalada y rotulada bajo responsabilidad de su poseedor, quien además se encargará de su conservación.

6.- Todo perito o especialista que analice evidencias y/o muestras debe dejar en su informe o dictamen constancia escrita de la descripción detallada de las mismas, las técnicas y procedimientos utilizados, así como las modificaciones que sufrió o de las que fue objeto, mencionando si estas se agotaron o existe algún remanente”.⁷⁶

Consideraciones Generales

1. **Manejo por personal especializado.** Las evidencias y/o muestras colectadas y la documentación de la cadena de custodia generada desde las diligencias preliminares (intervención policial preventiva o acción directa). El registro del lugar del hecho, levantamiento de cadáveres, requisas, inspecciones oculares, autopsias, necropsias, reconstrucciones: así como de la colección, embalaje, transporte, análisis de laboratorio o forense, almacenamiento, conservación, preservación y su disposición final, debe ser objeto de un manejo cuidadoso por personal especializado en las áreas de las ciencias forenses, con el fin de garantizar la autenticidad y naturaleza de la evidencia y dispuesta dicha documentación para cualquier momento en que la autoridad lo requiera”.

⁷⁶ Tribunal Constitucional Español STC.7/1994 establece que “la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos”.

2.5.3. “Clasificación de la Evidencia por su naturaleza:

a) **Evidencias biológicas.** Son aquellas que tienen origen orgánico (humano animal o vegetal). Ej.: Órganos, sangre, semen, orina, contenido gástricos, flujo vaginal, pelos hojas de marihuana y otros”.

2.5.4. PROCEDIMIENTO

Colección de evidencias conforme a los procedimientos técnicos particulares para cada uno de ellas.

Clasificación. Cada evidencia deberá ser clasificada de acuerdo a su naturaleza física, química y biológica.

Codificación de las evidencias colectadas (numeral y/o literal), de manera secuencial según el orden en que fueron colectados o fijados. Rotulado o etiquetado del embalaje, cada evidencia colectada deberá contar con un formulario en el que conste la siguiente información: número de caso, víctima, cantidad, peso (si el caso amerita, por ejemplo, en joyas, sustancias controladas, etc.,) medida, estado y valor si lo tiene y otros datos que se considere importantes”.

En el orden investigativo y probatorio se toma en cuenta el trabajo elaborado en forma conjunta por la Policía Boliviana Nacional, médicos forenses y la Fiscalía General con el título de “Manual de actuaciones investigativas”. En este manual no solo se hace menciones a la Acido Desoxirribonucleico (ADN) y a la toma de muestras, sino que existe un catálogo de reglas relativas al tema que tratamos, con el que trabaja la Policía cuyas partes más relevantes son las siguientes:

2.5.5. CATALOGO DE ESTUDIOS PERICIALES MEDICINA FORENSE⁷⁷

⁷⁷ En Costa Rica la circular No.17-2005: Adición al Manual de Procedimientos para la Contención, conducción e intervenciones corporales de detenidos. Que el Consejo Superior, en sesión Np.99-04, celebrada el 23 de diciembre del año anterior, artículo LIII, dispuso modificar el “**Manual de Procedimientos para la Contención, Conducción e Intervenciones Corporales de Detenidos**”, publicado mediante circular No. 50- 2002, en el Boletín Judicial No. 107 de 5 de junio del 2002, en el capítulo X, se establecen las disposiciones para la realización de pericias que requieran la intervención corporal del imputado. En el caso que el privado de libertad se resista a la intervención corporal, el perito contará con los servicios de un médico acreditado por el Poder Judicial para tal efecto a fin de que valore y diagnostique sobre su estado de salud en el sentido que puede ser sometido a la intervención corporal

Clínica forense, lesionología y valoración del daño corporal, valoración de delitos de carácter sexual”.

“PARTE V ASPECTOS TECNICOS DE LA REMISION DE EVIDENCIAS Y MUESTRAS DE LABORATORIO. Requisitos legales, requisitos técnicos de envío a Laboratorio.

LABORATORIO DE BIOLOGIA FORENSE

Determinación de la presencia de espermatozoides y semen, estudio comparativo de pelos (pilos copia), pruebas de inmune hematología, determinación de amilasa salival.

LABORATORIO DE GENETICA FORENSE realiza: análisis de paternidad o maternidad a través de Acido Desoxirribonucleico (ADN), análisis de Acido Desoxirribonucleico (ADN) en agresiones sexuales, análisis de Acido Desoxirribonucleico (ADN) en evidencias y muestras forenses en casos de homicidio, robos y otros.

MEDIOS DE PRUEBA

b) Pruebas de investigación 2.- Periciales

Requerimiento para la realización de la pericia, designación de perito y puntos de pericia (Form.23).

sin ningún riesgo. En caso contrario el perito se abstendrá de realizar el acto y lo hará del conocimiento inmediato del gestionante. Cuando el privado de libertad se oponga a la intervención corporal y exista orden de la autoridad competente de realizarla aun en contra de su voluntad, los Conductores de Detenidos o el personal de Investigación del Organismo deberán proceder de la siguiente manera: a) El privado de libertad se trasladará a las celdas del Complejo mientras se reúne el personal de apoyo en el consultorio designado por la Sección de Clínica Médico Forense. b) Cumplido el punto anterior se procederá a la evaluación médica para determinar el estado de salud que permita la contención. C) El psiquiatra forense o el psicólogo clínico explicará al privado de libertad lo ordenado por la autoridad judicial y el procedimiento a seguir y solicitará su colaboración. En caso de rehusarse se procederá a la contención mecánica y restricciones de movimientos como lo dicta el arte médico, auxiliándose del mobiliario requerido para procurar la integridad del privado de libertad y los intervinientes en la pericia d) Se notificará a la autoridad competente el resultado de la diligencia. Según fundamenta los artículos 67 y 73 del Manual aludido.

Documentos que avalan la idoneidad y acta de juramento del perito particular, notificación de las partes e informe y/o dictamen pericial. Documentos o constancia de la cadena de custodia (ver Módulo III)”.

“SERVICIOS DIVISION DE LABORATORIO BIOQUIMICO FORENSE IDIF

Comprende las áreas de:

Biología Forense: Se encarga de la determinación, búsqueda, detección de indicios biológicos (semen, sangre, saliva) en muestras/o evidencias colectadas a la víctima(s) y en el lugar del hecho, permitiendo en forma objetiva determinar su relación con el mismo mediante un estudio sistemático que permite apoyar, técnica y científicamente, el esclarecimiento de los hechos y la administración de justicia.

Genética Forense: Se aplica en los siguientes casos:

Paternidad: Permite establecer la paternidad y/o maternidad biológica, a partir de las muestras obtenidas del presunto padre, del niño/niña y de la madre. (Aplicable a la determinación de hermandad, media hermandad y otros).

Identificación: Permite la identificación de la persona desaparecida y/o restos cadavéricos realizando la comparación con las muestras de referencia de los familiares en primer grado de consanguineidad (madre, padre e hijos).

Criminalidad responsabilidad penal: Permite comparar los perfiles genéticos obtenidos de las evidencias de interés criminal con las muestras de referencia (víctima/imputado), con el fin de determinar de los familiares en primer grado de consanguineidad”.

2.5.6. LABORATORIO DE BIOLOGIA FORENSE

Realiza las siguientes pruebas:

1.- Tipificación de grupo sanguíneo a partir de sangre total, 2.- Tipificación de grupo sanguíneo a partir de manchas de sangre, 3.- Análisis de cabellos y vellos (muestra dubitada e indubitada) 4.- Análisis de fluido seminal (PSA, observación

de espermatozoides en muestras dubitadas e indubitadas), 5.- Análisis de saliva, 6.- Test de embarazo en sangre, 7.- Detección de HIV (preliminar y confirmatorio) diagnóstico de otras ITS: gonorrea, sífilis, clamidiasis, hepatitis B. Además, cuenta con: Lector de Elisa, Microscopio óptico, estufa.

El Instituto de Investigaciones Forenses (IDIF); a partir del 2005, se constituye en el brazo operativo de la investigación al ser el encargado de practicar las pericias, realizar los exámenes científico técnico y de laboratorio requeridos para la investigación de delitos por parte del Ministerio Público y/o encomendadas por orden judicial. El 2013 se fortalece económicamente lo que le permite incorporar a nuevos profesionales y dotar de equipamiento de última generación, así como mejoras en su infraestructura.

El laboratorio de genética del IDIF ha participado de varios controles de calidad en el exterior del país que valida su trabajo. El primero fue en el grupo de lenguas Española e Portuguesa de la Internacional Society for Forensic Genetics (GHEP-ISFG) y el segundo en el grupo iberoamericano de trabajo de Análisis de DNA – GITAD.

El ICTUP es un organismo especializado de la Policía Boliviana que tiene por finalidad desarrollar investigación científica, realizar estudios técnico- científicos y coadyuvar en la especialización de recursos humanos, en busca de aportar soluciones y enfrentar los desafíos del progreso institucional.

2.5.7. LABORATORIO DE GENETICA FORENSE

Brinda servicios de análisis de ADN (Ácido desoxirribonucleico) con fines forenses en la investigación de los delitos requeridos por el Ministerio Público y por orden judicial.

Las pruebas de Acido Desoxirribonucleico (ADN) en genética forense se fundamentan en el estudio de regiones polimórficas de tipo STR (Short Tandem Repeat) que se encuentran distribuidas en el genoma humano y cuyo número de repeticiones en el mismo es único para cada persona, lo que origina una huella genética exclusiva para cada persona. Es posible identificar a un individuo mediante

el análisis de pequeñas cantidades de muestras de sangre, saliva, tejido, semen, pelo, restos óseos, etc.

Servicios que presta.

2.5.8. DETERMINACION DE PATERNIDAD Y/O MATERNIDAD A TRAVES DE ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN)

(Ácido Desoxirribonucleico) es el método más preciso que existe en la actualidad para determinar situaciones en las que se duda de la paternidad o maternidad hacia un presunto hijo o hija. Unas gotas de sangre o hisopado bucal serán suficientes para esta prueba. Es aconsejable contar con las tres muestras de referencia correspondientes a la madre biológica, presunta hija o hijo biológico y el presunto padre biológico.

2.5.9. ANALISIS DE ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) EN DELITOS DE AGRESION SEXUAL

El análisis de Acido Desoxirribonucleico (ADN) ha demostrado ser un recurso imprescindible para la identificación del autor o autores de un delito de agresión sexual, ya que, en el sitio del suceso, sobre el cuerpo de la víctima o sobre el cuerpo del sospechoso quedan restos biológicos o evidencias que pueden relacionarse con los autores y/o víctimas.

2.5.10. ANALISIS DE ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) EN EVIDENCIAS Y MUESTRAS DE INTERES FORENSE EN CASOS DE CRIMINALISTICA.

En el Acido Desoxirribonucleico (ADN) presente en cada ser humano es único, por lo que permite diferenciar a una persona de entre los demás. Mediante la comparación de perfiles de Acido Desoxirribonucleico (ADN) obtenidos de las evidencias con las muestras de referencia nos permite identificar al autor o autores de un crimen.

2.5.11. IDENTIFICACION DE PERSONAS, CADAVERES O RESTOS HUMANOS A TRAVES DE ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN). El análisis de Acido

Desoxirribonucleico (ADN) nos permite identificar a personas desaparecidas a través

de los restos cadavéricos humanos como huesos y dientes. Para realizar las muestras se utilizan los siguientes equipos: **ANALIZADOR GENETICO; BAÑO MARIA Y ULTRACENTRIFUGADORA; TERMOCICLADOR; CENTRIFUGADORA; CAMPANA DE PCR, FREEZER MILL.**

Este manual es el que contiene una normativa expresa en materia de Acido Desoxirribonucleico (ADN) y las personas que están autorizadas a manipular con el material genético; observándose, además, que hace un detalle de los laboratorios con que cuentan el IDIF e ICTUP, pero sin embargo se observara que no tiene ninguna normativa sobre intervención corporal consentida o autorizada por autoridad competente.

2.6. ANALISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA

De lo anteriormente detallado y transcrito podemos establecer como líneas normativas en el sistema positivo boliviano en relación a la intervención corporal para la obtención de Acido Desoxirribonucleico (ADN) como medio de prueba y la toma de muestras biológicas lo siguiente:

1.1. El Código de las Familias y del Proceso Familiar de manera expresa a los fines de la prueba de la filiación o negación de la paternidad o maternidad señala que se puede acudir a este medio de prueba científico, otorgándole valor legal aun cuando de manera muy limitada toda vez que no establece bajo qué condiciones o requisitos técnicos deben tomarse las muestras por parte de los peritos, limitándose a señalar que debe realizarse a través de una entidad autorizada por el Estado.

2. 2. El Código de Procedimiento Penal sin mencionar en forma específica sobre intervención corporal para la toma de Acido Desoxirribonucleico (ADN); sin embargo, contiene una referencia implícita a su obtención como medio de prueba válido en la etapa de la investigación y durante el proceso penal al señalar que solo tendrán valor si han sido obtenidos por medios lícitos al carecer de valor probatorio aquellos que se obtengan por medio de coacciones,

amenazas, engaños o violación a los derechos humanos; y para ese cometido faculta a los funcionarios policiales al registro del lugar, de las cosas, los rastros y otros elementos materiales, elaborando un acta que describa los elementos probatorios útiles y al fiscal disponer requisas personales externos o internos del cuerpo humano respetando el pudor del requisado con su autorización y aun contra su voluntad si el requerido no lo hace voluntariamente con intervención de un testigo; mostrando claramente que si bien se pretende que los funcionarios policiales y fiscales actúen en el marco del respeto a la dignidad humana no contiene reglas precisas sobre sus actividades que precautelen la integridad física o psíquica.

2.3. La Ley Orgánica del Ministerio Público faculta al Instituto de Investigaciones forenses a realizar estudios técnico científico de laboratorio requeridos para la investigación de los delitos en base a los cuales debe emitir informes y dictámenes conforme a reglas científicas señalándoles las responsabilidades penales, civiles, a los peritos para el caso de no cumplir con lo que manda la ley sin especificar cuáles son las condiciones o requisitos exigidos por la ley para que una toma de muestra biológica o comparación de perfiles sea considerada válida y perfecta.

2.4. En el Manual de Actuaciones Investigativas de Fiscales Policías y Peritos, se limita a señalar algunas reglas en cuanto a la cadena de custodia para garantizar el medio de prueba obtenido mediante prueba científica técnica. Pero si bien determina un procedimiento el mismo no es preciso porque no determina si se debe contar o no con el consentimiento de la persona de cuyo cuerpo se busca obtener la muestra biológica y más aún como debe constar ese consentimiento.

2.7. FASE DE INVESTIGACION. EL PROCEDIMIENTO EN EL SISTEMA BOLIVIANO

El Código de procedimiento penal boliviano, permite una investigación bajo la

dirección funcional del fiscal y el control del órgano jurisdiccional. La Fiscalía y Policía están obligados a recolectar la prueba y elementos de convicción suficientes para sustentar debida y legalmente una acusación en contra del que con probabilidad es el autor de los hechos delictivos.

La etapa preparatoria tiene por finalidad la preparación del juicio oral y público, mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y la defensa del imputado. La fiscalía tiene a su cargo la investigación de todos los delitos de acción pública y actuara con el auxilio de la Policía Nacional y del Instituto de Investigaciones forenses (artículos 69, 74, 75, 277 CPP.).

El fiscal y la policía actúan siempre bajo control jurisdiccional. Los fiscales no pueden realizar actos jurisdiccionales ni los jueces actos de investigación (artículo 279 Código procedimiento penal). La policía Nacional ejerce las funciones de policía judicial en materia penal ordinaria.

La etapa preliminar se inicia con una: denuncia verbal o escrita que se presenta ante la Policía o la Fiscalía; querrela y con una intervención policial preventiva, en las localidades donde no exista fiscalía o policía.

Conocido un hecho por funcionarios o agentes de la policía, bajo la dirección funcional del fiscal, practican las diligencias preliminares para reunir o asegurar los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultamiento de los sospechosos. Las que deberán ser puestas a conocimiento del fiscal dentro de las 8 horas de su primera intervención.

El plazo máximo para las diligencias preliminares es de 5 días, vencido este plazo en las siguientes 24 horas los funcionarios policiales deberán remitir a la fiscalía los antecedentes y objetos secuestrados a menos que el fiscal haya dispuesto con anterioridad su remisión. (Artículos 174, 192, 281, 293, 294, 295 y 300 Código de procedimiento penal).

Practicar, previa orden fiscal, el registro o requisas personales y de vehículos y previa orden judicial debe hacer constar en acta el registro del lugar de las cosas, los rastros

y otros efectos materiales que sean consecuencia del delito, la descripción de allanamiento a inmuebles o domicilios particulares, salvo el caso de delito flagrante. Asimismo, practicar previa orden judicial de allanamiento, el registro de locales públicos o inmuebles, salvo autorización personal del propietario que se trate de delito flagrante. (Artículos 175, 176, 180, 187 Código de procedimiento penal).

En el caso de registro de personas se realizará si existen motivos suficientes para presumir que una o más personas ocultan entre sus pertenencias o lleven en el interior de su cuerpo o adherido a él, objetos relacionados al delito y previa advertencia acerca de las sospechas y conminatoria a exhibirlo en forma voluntaria y esta debe realizarse por personal del mismo sexo y respetando el pudor del requisado (artículos 175, 176, 180, 187 Código de procedimiento penal).

En todos los casos de registro o requisa, se debe hacer constar en acta el registro del lugar de las cosas, los rastros y otros efectos materiales que sean consecuencia del delito, la descripción del estado actual de los objetos, consignando el estado anterior, el modo, tiempo y causa de su desaparición o alteración y los medios de prueba de los cuales se obtuvo ese conocimiento. El registro igualmente debe realizarse en presencia de un testigo hábil para que presencie el registro y firme el acta y cuando no sea posible convocar a un testigo, se debe asentar en el acta el motivo de su prescindencia (artículos 174, 175, 176, 180, 187 Código de procedimiento penal).

“Otras actuaciones policiales y fiscales. Recoger, retener, asegurar y sellar los objetos, instrumentos y demás piezas de convicción, observando los procedimientos establecidos en la ley, reglamentos o manuales operativos vigentes. Ordenar el reconocimiento médico del imputado. Requerir información escrita de empresas públicas y privadas, relacionadas al hecho que se investiga. Proceder al levantamiento de cadáveres, Ordenar autopsias o necropsias. Requerir peritajes. Ordenar inspecciones oculares. Ordenar reconstrucción de hechos. Ordenar la retención de correspondencia y documentos y otros”, (artículos 177, 178, 179, 184, 186, 188, 189, 190, 257, 258 Código de procedimiento penal).

Conclusión de la investigación preliminar. Las investigaciones preliminares efectuadas por la policía, deberán concluir en un plazo máximo de cinco días de iniciada la prevención y en las veinticuatro horas siguientes: debe remitir a la fiscalía, los antecedentes y objetos secuestrados, salvo que el fiscal disponga en cualquier momento su remisión. Vencido el plazo de las diligencias preliminares el fiscal tiene las siguientes opciones; Imputación formal, complementación de diligencias. Rechazo de actuaciones policiales, Salidas alternativas. (Artículos 21,23, 300, 301, 304,373, 377 Código de procedimiento penal)

Complementación de diligencias contrario sensu, cuando de las investigaciones preliminares se determine que las actuaciones policiales son insuficientes, no se reúnan los suficientes elementos de convicción para sostener una imputación penal, acusación y posteriormente un juicio, el fiscal puede disponer la complementación de la investigación, fijando un plazo para este objetivo. (Artículos 73 y 301 num.2. Código de procedimiento penal)

Etapa preparatoria y proposición de actos o diligencias. En caso de imputación formal de la comisión del delito denunciado, el fiscal debe continuar con las investigaciones. En la etapa preparatoria además de complementarse las investigaciones iniciadas en la etapa preliminar, las partes pueden en cualquier momento de la etapa preparatoria proponer actos o diligencias que se estimen esenciales, lícitos, pertinentes y útiles sobre las que el fiscal debe pronunciarse.

Que, actos son diligencias. - Se entiende por actos o diligencias, cualquier actuación policial y fiscal tendiente a averiguar la verdad acerca de los hechos denunciados, por ejemplo, inspecciones oculares, realización de informes técnicos, recepción de declaraciones, etc. En caso de rechazo las partes pueden objetar el mismo ante el superior jerárquico (artículo 306)

STC de España 29/2008 de 20 de febrero, con cita de la 92/2006, de 27 de marzo, "las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim) que no constituyen en si

pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido” (f.j.5)

Los anticipos de prueba deben solicitarse en audiencia conclusiva.- De otra parte la Ley 1970, establece que las partes, fiscal, imputado, querellante y/o víctima pueden proponer en la audiencia conclusiva el anticipo jurisdiccional de prueba que por su naturaleza o características se consideren como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo, se presuma como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo, se presuma que no podrá producirse durante el juicio.

Este anticipo de prueba puede consistir en practicar reconocimientos de documentos, de personas, registros, reconstrucciones o pericias sobre cuestiones que requieran conocimientos técnicos o científicos, recepción de declaraciones, etc. Ante el juez instructor quien puede admitirlos o rechazarlos. Esta resolución es apelable ante el tribunal de apelación. (Artículo 73, 307, 326 CPP.).

La prueba en el proceso penal en Bolivia.

Varios principios forman el fundamento del moderno proceso penal, en relación a la prueba: 1) **El principio de la libertad probatoria** según el cual el juez admite como medios de prueba, todos los elementos lícitos de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado. (artículo 171 Código de procedimiento penal). 2) **El principio “in dubio pro reo** que se da a favor del imputado en razón de la presunción de inocencia mientras no se haya probado su culpabilidad, (artículo 6). 3) **Principio de oralidad** por el cual las pruebas se incorporan al proceso por su lectura (artículo 333) 4) **Principio de inmediatez** que obliga a que las pruebas sean practicadas en presencia de las partes.

Instrumentos para conseguir las pruebas durante la investigación

En la fase de investigación, existen varios instrumentos para conseguir y asegurar las pruebas para el proceso: la policía debe hacer un registro de los hechos (artículo 174), pueden registrar personas y vehículos bajo las condiciones de los (artículos 175,176), levantar e identificar cadáveres (artículo 177), realizar autopsias (artículos 178), inspeccionar y reconstruir los hechos (art. 179), allanar bajo las condiciones del (art. 180) domicilios, secuestrar objetos y documentos (artículos 184, 185, 186, 295 inciso 11) Interceptar correspondencia (artículos 190), y tomar los otros medios de prueba (artículo 217).

En caso necesario, para tomar una de las pruebas antes del juicio por el peligro que no podrá producirse en éste, el fiscal o una de las partes pueden pedir al juez que realice estos actos antes del inicio de juicio con valor probatorio para este mismo (artículo 307).

La pericia. La pericia se ordena cuando es necesario para descubrir o valorar un elemento de prueba con necesarios conocimientos especiales (artículo 204). Los peritos son designados en el caso necesario por el fiscal en la etapa preparatoria y por el juez o tribunal en cualquier etapa del proceso (artículo 209, P. I).

Al igual que los testigos, los peritos están obligados a comparecer y desempeñar su cargo, previo juramento o proceso (artículo 211, Parágrafo I.)

Si no comparece se puede ordenar mandamiento de aprehensión igual como a los testigos (artículos 211, 198).

El perito está obligado a dar y fundamentar su dictamen de una manera clara y precisa con los detalles de las pericias (artículo 213).⁷⁸

⁷⁸ Código de Procedimiento Penal, capacitación a través de la red interinstitucional para la vigencia plena versión 01/2001, autores equipo técnico de implementación, primera edición enero de 2001.

SC114/1984. La exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, según la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984 de 29 de noviembre anterior a la LOPJ 6/1985, de 1 de julio y precedente inmediato del citado precepto, dado la posición preferente

CAPITULO TERCERO

3. VULNERACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ANALISIS Y EXPLICACION EN BASE A LEGISLACION NACIONAL, LEGISLACION COMPARADA.

Toda discusión jurídica acerca del alcance de la prueba de Acido Desoxirribonucleico (ADN) en el proceso penal y extensiva a otras áreas del Derecho como por ejemplo el Derecho de Familia y el Derecho de Menores, debe tomar como punto de partida la Constitución Política del Estado, en el capítulo de la tutela de los “derechos fundamentales” artículos 8, parágrafo I y II; 9 Núm. 1, 2, 4; 13 parágrafos I y II; 14 parágrafos I, III y IV; 15 parágrafos I, II y III; 21 Núm. 2 y 6; 22; 23 parágrafo I, y para operativizar esta relación intrínseca se hace necesario analizar los límites jurídico - penales y el orden procesal en la aplicación de técnicas de toma de muestras biológicas a través de intervención corporal con fines de investigación y producción de medios de prueba aptos para enervar la presunción de inocencia, (artículo 116 de la CPE.).⁷⁹ Esto demostrará que la genética es el medio o instrumento que utiliza el derecho para las demostraciones de ciertos hechos en el proceso penal en la fase de investigación, sin vulnerar los “derechos fundamentales” como ser el derecho a la

de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento y su condición de inviolables .Su recepción procesal vulneraría el derecho a un proceso con todas las garantías y entrañaría una inaceptable desigualdad entre las partes.

Auto constitucional del Tribunal Constitucional de Bolivia 0241/2010-CA de 24 de mayo, respuesta al recurso “recoge la validez de la prueba genética establecida en el artículo 209 inciso 2 y 3 del Código de Familia. “Que reconoce las pruebas científicas o procedimientos médicos, para la exclusión de la paternidad, en ese sentido el artículo 195.II de la CPE abrogada señala que la filiación se establecía por todos los medios que sean conducentes o demostrarla de acuerdo al régimen que determine la

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de España 501/2005, de 19 de abril en la que el órgano de casación entendió que se había lesionado **él derecho a la presunción de inocencia del Sr. Orkatz porque “la prueba pericial de ADN, prueba determinante para la condena en base de unas prendas encontradas en el lugar de los hechos no se ha practicado con las debidas garantías pues no ha contado con la debida intervención judicial, ni con resolución derecho a la presunción de inocencia del Sr. Orkatz porque “la prueba pericial de ADN (prueba determinante para la condena en base a unas prendas encontrada en el lugar de los hechos) no se ha practicado con las debidas garantías pues no ha contado con la debida intervención judicial, ni con resolución motivada del juez y no se documentó por la policía en acta alguna la recogida de vestigios biológicos del detenido”**

La Sentencia del Tribunal Supremo de España No.1311/2005 de 14 de octubre “no da una explicación razonable del cambio de criterio”, reseñándose tan solo que no es precisa la intervención judicial para la recogida de restos biológicos del recurrente para la determinación de su perfil de ADN porque el caso ahora analizado hace referencia a “un acto voluntario de expulsión de materia orgánica”, realizado por este.

integridad física, a la libertad personal, la intimidad corporal o genética y la dignidad; que encuentra su límite, aunque parezca una contradicción, en el mismo derecho constitucional y el derecho procesal penal, para cuya demostración nos valdremos de las unidades de análisis que constituyen la legislación boliviana y el derecho comparado.

3.1. FINALIDAD DE LA INVESTIGACION PENAL

En una línea objetiva de investigación de los delitos se hace necesario plantearse la idea de cuál es la finalidad del proceso penal; es decir, esto es, hasta dónde se quiere llegar en el proceso penal en la averiguación y demostración de los hechos expuestos en sentido histórico en las respectivas pretensiones procesales. Una vez establecida la finalidad se hace necesario determinar la importancia constitucional que tiene una resolución judicial motivada del juez, en relación a la restricción de cualquiera de los derechos de carácter fundamental que tenga como finalidad la verdad material, como exigencia constitucional para el investigador, el perito forense, el fiscal y el juez.

3.2. EL CONSENTIMIENTO DEL INVESTIGADO PARA LA OBTENCION DE UNA MUESTRA BIOLOGICA

En diligencias de investigación dirigidas a la constatación de un hecho delictivo, así como a la determinación de su autor o autores, en ciertas ocasiones se puede requerir la obtención y análisis de materiales biológicos.

Para lograr la obtención y análisis se hace necesario, la intervención corporal como paso previo a la toma de muestras⁸⁰ y estas, en ciertos casos pueden entrar en

⁸⁰ **LA TOMA DE MUESTRAS BIOLOGICAS PARA LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE ADN.** El acuerdo de 24 de 2014 del Tribunal Supremo Español se suma a otros dos acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Penal que se han dictado sobre la toma de muestras biológicas para la práctica de la prueba de ADN. Los acuerdos son los de fecha 13 de julio de 2005 (LA LEY 156996/2005) y 31 de enero de 2006 (La Ley 48908/2006. el primer acuerdo del Tribunal Supremo de 2005 se relaciona directamente con el acuerdo de septiembre de 2014 que se analiza en este trabajo, mientras que el acuerdo de 2006 se refiere a una cuestión conexas cual es la toma de muestras biológicas abandonadas por sospechoso. Precisamente la razón por la que ahora se dicta el acuerdo de septiembre de 2014 es por la deficiencia de criterio adoptado en el acuerdo de 2005, que es prácticamente ininteligible, mientras que el acuerdo del 2006 sí que ha conseguido establecer un criterio uniforme respecto a la cuestión de la toma por la policía de muestras biológicas abandonadas por el sospechoso. El acuerdo de Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2006 estableció que: “La policía judicial

conflicto con algunos “derechos fundamentales” constitucionalmente protegidos tales como el derecho a la integridad física (si por ejemplo se pretende obtener una muestra biológica a través de una intervención corporal, esta intervención pueda ser calificada de ilícita cuando se la hace sin el consentimiento del sujeto de cuya integridad física se pretende la muestra).

Por otra parte, se afecta el derecho a la libertad personal (cuando durante la toma de la muestra se limita la capacidad de movimiento del sujeto afectado), o el derecho a la intimidad corporal, si la intervención requiere acceder a zonas íntimas del sujeto) y/o intimidad - genética (siempre que la muestra biológica sea objeto de análisis para obtener información útil para la investigación).⁸¹ Cuando no sea necesaria una intervención corporal para obtener una muestra biológica (lo cual excluiría la afectación a los derechos fundamentales a la libertad, integridad física y en su caso,

puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial. Este en un acuerdo, como mínimo comprensible y útil, en tanto que resuelve una cuestión jurídica de interés mediante un texto correctamente redactado que emplea términos unívocos que nos sitúan en un contexto seguro de interpretación, efectivamente el acuerdo se refiere al: “sospechoso”, expresión que no deja lugar a dudas que se refiere a la persona sometida a investigación judicial, pero no imputada. En este acaso conforme con el acuerdo citado, la policía está autorizada a recoger muestras genéticas, sin que sea precisa la autorización judicial ni tampoco el consentimiento del sospechoso. En ese sentido se ha pronunciado la STS 11 de octubre de 2006 (LA LEY 112234/2006) y otras posteriores., Manuel Richard Gonzales, doctor en Derecho, Profesor titular de derecho, Procesal UPNA. Investigador del Instituto de Probática y Derecho Probatorio, Diario La Ley, No. 8445, Sección Tribuna, 19 de diciembre de 2014, Año XXXV, Ref. D- 427, Editorial La Ley Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014. “El acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 tiene por objeto unificar los criterios respecto a la toma de muestras biológicas del detenido para la práctica de la prueba de ADN. El presente trabajo analiza la forma y contenido de los Acuerdos del Supremo en general y en especial respecto a los requisitos que deban observarse en la toma de muestras biológicas del detenido, repasando a ese fin los acuerdos dictados y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia de tanto interés en la actual practica procesal penal”.

⁸¹ Algar Herrero –Tejedor, Fernando. Óp. Cit., Págs. 1916-1917 El autor Fernando Algar Herrero-Tejedor desarrolla que en el derecho comparado “se encuentran ejemplos más taxativos como lo es la Ley procesal penal alemana (STPO) regula la investigación corporal; extracción de sangre, y dispone en su parágrafo 81 a) que:(1) Podrá ordenarse la investigación corporal del inculpado para la constatación de los hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esta finalidad serán admisibles extracciones de sangre y otras injerencias corporales, que serán tomadas por un médico según las reglas del sabor médico, sin consentimiento del inculpado, cuando no se temiera ninguna desventaja para su salud. (2). La ordenación corresponderá al juez también a la Fiscalía y a sus ayudantes “parágrafo 152 de la Ley Orgánica de los Tribunales”, cuando existiere apeligro por el retraso que pudiese perjudicar el éxito de la investigación. Las extracciones de sangre y otras células corporales obtenidas del inculpado únicamente podrán tener aplicación en el proceso en el que se solicitaron o en otra causa pendiente en su contra; deberán destruirse inmediatamente de ser necesarias”. Loc. Cit.

intimidad corporal); sin embargo, siempre estará presente la afectación al derecho fundamental a la intimidad genética y a la protección de datos personales (genéticos), pues las muestras biológicas (dubitadas o indubitadas) serán objeto de análisis y los resultados serán incluidos en una base de datos de perfiles genéticos, lo cual ya constituyen una vulneración de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política del Estado y convenios internacionales y en el derecho comparado, (Artículo 21 núm. 2 de la CPE.; artículo 11, num.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 19 Constitución Española; y 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

3.3. PROBLEMAS DERIVADOS DEL CONSENTIMIENTO

En la práctica investigativa pueden presentar una diversidad de situaciones relacionadas con la obtención o no del consentimiento del sospechoso, relacionados con la tutela de los “derechos fundamentales”. No obstante, su diversidad se puede señalar los siguientes supuestos:

1. En aquellos casos en que al sospechoso se le informa de manera detallada sobre la diligencia a ser practicada y sus consecuencias jurídicas requiriéndole su consentimiento⁸² por escrito y en caso de estar detenido el consentimiento debe ser otorgado en presencia de su abogado, firmando ambos el acta, y si este otorga dicho consentimiento expreso y por escrito, entonces la obtención de la muestra será perfectamente lícita.⁸³
2. El supuesto de un inicial consentimiento prestado por el sospechoso para la extracción de muestras destinadas a fines terapéuticos, que sirvan también a la

⁸² STS español de 7 de julio de 2010 (RJ2010.7322) que cuando se trate de muestras o fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de este actuara como verdadera fuente de legitimación de la injerencia. Si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisara la asistencia letrada.

⁸³ SCE 161/1997, en opinión de Raúl Castaño Vallejo, según el criterio vertido por el Tribunal Constitucional Español inexiste el derecho u obligación a someterse a estas pruebas, y si por el contrario la obligación es soportarlas, además el acto declarativo del imputado se entiendo como: “Asociación positiva verbal, (...) En este caso el imputado solo está obligado a consentir que se practique sobre el una inspección, registro o toma de muestras con el fin de obtener evidencias físicas que interesen al proceso actitud que no puede compararse a dar una declaración que lo perjudique o que implique la aceptación de su culpabilidad.

investigación.

Para el caso de realizarse la toma de muestras y proceder al análisis de perfiles sin el conocimiento o consentimiento del interesado, se puede distinguir dos supuestos:

a) En primer lugar, en caso que se hubiera hecho uso de la muestra biológica obtenida inicialmente con fin terapéutico, y sin autorización judicial debidamente motivada, posteriormente ser empleado para fines de investigación criminal.⁸⁴

La fuente de prueba en estos casos es ilícita, al haberse obviado el conocimiento y consentimiento del sujeto titular de la muestra, y tampoco se ha obtenido la autorización judicial.

b) Distinto al anterior, es el caso de que se obtiene las muestras con fines terapéuticos, pero la policía pide autorización al juez para hacer uso de la muestra biológica obtenida inicialmente para fines terapéuticos con el consentimiento del sujeto y que posteriormente sea utilizada para realizar una investigación criminal.⁸⁵

3. Importante destacar los casos en que la persona sospechosa de haber participado en un hecho delictivo se halle privada de sus facultades cognitivas e intelectivas o imposibilitada por cualquier causa, de prestar consentimiento y sea preciso extraer muestras de su cuerpo para la investigación. Habrá que considerar que únicamente mediante resolución judicial motivada puede

⁸⁴ Recomendación No R (92) 1 del Consejo de Europa Más concretamente en el párrafo segundo de su recomendación 8ª se dispone que “las muestras obtenidas de personas vivas para realizar análisis de ADN con fines médicos, y las informaciones obtenidas de las investigaciones y persecuciones penales, salvo en el caso de que esté expresamente previsto por el Derecho interno” .De la lectura del memorando explicativo que acompaña a dicha Recomendación cabe complementar que las salvedades a este principio pueden ser aquella en las que el paciente presta su consentimiento o en las que el secreto médico a de ceder en casos graves conforme al Derecho nacional.

⁸⁵ Como regla general, el principio 3 de la Recomendación Núm. R (92) dispone “... las muestras recogidas de personas vivas para el análisis de ADN con fines médicos, así como la información derivada de dichas muestras, no podrán ser utilizadas con fines de investigación y procesamiento por infracciones penales, salvo en las circunstancias expresamente establecidas en el Derecho Nacional”.

autorizarse la extracción de las muestras.⁸⁶

4. El caso de muestras obtenidas con el conocimiento del sujeto sospechoso, pero sin su consentimiento porque se haya empleado la fuerza física para reducir su oposición y constreñirle a su sometimiento.⁸⁷

5. Aquellas muestras obtenidas del sospechoso sin que el mismo, se haya podido apercebir de estas circunstancias.⁸⁸

6. En caso de que exista resolución judicial motivada autorizando la extracción de muestras y apercebimiento de incurrir en delito de desobediencia en caso de negarse al sometimiento.⁸⁹

La negativa de someterse a la prueba de Acido Desoxirribonucleico (ADN) carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir

⁸⁶ STS de 4 de junio de 2003 (RJ 4292) En el caso de autos se había acordado la extracción de saliva del sospechoso. Aunque inicialmente se había negado a la recogida

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de España 4 de junio de 2003 (RJ 4292) En el caso de autos se había acordado la extracción de saliva del sospechoso. Aunque inicialmente se había negado a la recogida, posteriormente el juzgado de Instrucción dicto auto autorizando la extracción bajo la conminación de que no someterse a dicha recogida, podría ser imputado de desobediencia.

⁸⁸ El sometimiento obligatorio a extracción de muestras biológicas, a la negativa dicho sometimiento y, conectado con este, las consecuencias jurídicas derivadas de tal oposición, como ocurre con el derecho comparado en que, a veces se establece no solo la obligatoriedad de sometimiento sino incluso la realización de la diligencia sin el consentimiento o incluso con la oposición del sospechoso.

Sentencia de la Audiencia de Granada de 27 de mayo de 1998 "a la imputada no se le requirió su consentimiento para ser sometida a la exploración en la cavidad corporal, sino que fue trasladada directamente al centro médico para que allí la realizase el facultativo correspondiente, lo que implica no estar probada la existencia de consentimiento": Audiencia, 1998, núm. 8.

⁸⁹ Tal es el caso, por ejemplo, de la muestra biológica obtenida de los cabellos de un preso hallados en la celda donde se encuentre recluido o el típico caso de extraer las muestras de ADN del vaso de agua utilizado unos instantes antes por el sospechoso y puesto intencionadamente a su disposición.

Para el Tribunal Supremo de España los vestigios biológicos, una vez se separan del cuerpo de la persona, sin que éste muestre una voluntad de mantenimiento de su titularidad sobre los mismos, se convierten en res nullius y por ende accesible a la fuerza policial, si puede constituir un instrumento de investigación de los delitos. Así pues, estas muestras, consideradas abandonadas por su titular originario (el sujeto fuente), pueden ser recogidas por la policía e incorporadas válidamente al proceso penal en curso. Por supuesto, ello debe ser válido no únicamente para los casos en los que se recogen muestras biológicas "supuestamente" indubitadas procedentes del sospechoso, sino también para cualesquiera otras muestras biológicas dubitadas (sangre, pelos, semen, encontrado en el lugar del crimen), o para muestras biológicas "supuestamente" indubitadas procedentes de otros sujetos (por ejemplo, la víctima).

puede ser inculpatorio o exculpatorio.⁹⁰

Los supuestos citados son comprensibles que puedan darse en la realidad y justamente constituyen la aplicación de los principios de legalidad, autorización judicial motivada, proporcionalidad, derecho a la prueba, íntimamente relacionados con los derechos fundamentales tales como la integridad física, la dignidad, intimidad corporal y genética, que pueden generar una serie de conflictos tanto en la etapa preliminar de investigación y preparación del juicio, como en el juicio mismo, porque las situaciones concretas pueden ser muy variadas y de difícil identificación en cuanto a su adecuación a uno de los supuestos. La línea que separa un supuesto de otro es muy delgada, y puede dar lugar a erróneas aplicaciones e interpretaciones, para lo cual se hace necesario analizar los aspectos que se han tratado en el marco teórico del presente trabajo.

3.4. NECESIDAD DE UNA RESOLUCION JUDICIAL MOTIVADA

Al existir varios “derechos fundamentales” en juego no significa, en modo alguno, que la falta de consentimiento por parte del sujeto investigado impida la toma de muestra biológica, porque los “derechos fundamentales” no tienen carácter absoluto y pueden estar sujetos a limitaciones y ceder ante razones justificadas de interés general

⁹⁰ La STC español 207/1996 vino a corregir la doctrina establecida en la STC 37/1989 que deducía como consecuencia de la negativa a someterse a la extracción sanguínea la eventual comisión de un delito de desobediencia genérico cuando no se aportará causa justificativa que sirviera de fundamento a tal denegación.

Expresión del consentimiento, que abra de plasmarse por escrito. En este sentido la STS de 31 de octubre de 2005, núm.1237/2005, tras evitar la validez de libre consentimiento corporal radiológica no admisible, por cuanto , sin perjuicio de que la policía tenía elementos suficientes para ordenar la detención de un delito “infraganti” sin necesidad de esperar a formalizar esa situación hasta la realización de las pruebas corporales , debió documentar con la firma de los acusados el consentimiento que estos habrían prestado a someterse a prueba corporal (f.j.2). STC.196/2004, de 15 de noviembre, f.j.9) Para el Tribunal constitucional español, sin embargo, parece que sería suficiente el consentimiento verbal o incluso deducido de estos antecedentes del sujeto afectado por la medida. Así aunque referido al consentimiento prestado para un reconocimiento médico practicado a una trabajadora en el marco de la relación laboral mantenida con su empresa el T. Constitucional afirmaba :”...la LPRL no establece ni la constitución impone como requisito del consentimiento; la forma escrita bastara, en principio desde la perspectiva constitucional que quepa verificar la voluntad real de someterse a la prueba médica, lo que en absoluto excluye la eficacia del consentimiento verbal o incluso la de realización de actos concluyentes que del consentimiento verbal o Incluso la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad, todo ello sin perjuicio de los requisitos que eventualmente pueda establecer la normativa infra constitucional sobre la materia.

expresamente previstas por la Ley entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del ius puniendi. Así el interés público propio de la investigación de un delito y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal aun sin el consentimiento de la persona.

De lo anterior se deduce que la injerencia de los poderes públicos en los “derechos fundamentales” será lícita, siempre que esté sujeta a requisitos de legitimidad estrictos, de tal modo que la legitimidad de dicha injerencia dependerá del grado de afectación de los concretos “derechos fundamentales” implicados, siendo más rigurosa la exigencia y el control de tales presupuestos de legitimidad, cuanto mayor sea el grado de afectación del “derecho fundamental”.

En definitiva, la obtención de la verdad material en el proceso, aunque se halle ordenada al buen y atendible fin de asegurar la satisfacción del interés colectivo de la eficaz persecución de los autores de hechos delictivos, está sometida a un conjunto de garantías procesales, que benefician en primer lugar a los imputados o procesados, pero que contribuyen al mismo tiempo a reforzar la credibilidad del sistema judicial, en la fase de investigación de los delitos (artículo 25, parágrafo I y II Constitución Política del Estado; artículo 221 Código de procedimiento penal).⁹¹

3.5. LA MOTIVACION JUDICIAL Y LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

A diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de “derechos fundamentales” que pueden ser adoptadas en el curso de la investigación del proceso penal, (allanamiento de domicilio, incautación de comunicaciones privadas, artículo 25, parágrafo I y II CPE.), en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, no existe en la Constitución Política del Estado una norma expresa que

⁹¹ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, art.25, P.I y II y Código de Procedimiento penal art. 221 (Finalidad y alcance). La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidas a toda persona por la Constitución Política del Estado, las convenciones y tratados Internacionales vigentes y este Código, solo podrán ser restringidos cuando sea indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley.⁸

autorice mediante una resolución judicial⁹² para llevar a cabo por policías, médicos forenses o fiscales en la fase de investigación penal, con lo que se plantea el problema relativo a saber si los jueces pueden autorizar mediante resolución judicial las intervenciones corporales y/o genéticas en personas respecto a las cuales existe sospecha en la comisión de un delito.

La orientación de la jurisprudencia constitucional comparada en relación con la práctica de diligencias que pudieran suponer una limitación del derecho fundamental a la intimidad, señala que ello es “...sólo posible por decisión judicial...”, aunque sin descartar la posibilidad de que, en determinados casos, y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial. La extracción de una muestra del cuerpo de una persona (o la exploración o intervención corporal), no obstante de no existir mandato constitucional que faculte al juez no impide que mediante una ley se pueda autorizar a la policía o al Ministerio Público para que puedan disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, inclusive, una intervención corporal leve, siempre y cuando se

⁹² Auto Tribunal Constitucional español 405/2006, de 14 de noviembre (LA LEY 319783/2006) en el que el Tribunal Constitucional, se pronuncia con relación a la orden dictada por un juzgado de Instrucción para obtener Acido Desoxirribonucleico (ADN) de un imputado en la que se requería para someterse a la intervención corporal para la obtención de una muestra. En la resolución, confirmada por la audiencia Provincial de Barcelona, se incluía el apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial. No cumplida por el imputado, la orden de someterse a la intervención corporal, que la Sala de la audiencia provincial había considerado válida, para obtener una muestra de Acido Desoxirribonucleico (ADN) se le juzgó y condenó por un delito de desobediencia a la autoridad judicial. El recurso de amparo se dirigió frente a la sentencia condenatoria por entender que se había vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, a la integridad física y a la intimidad corporal y a no declararse contra sí mismo y a no confesarse culpable. Estos derechos se habían infringido, al decir del recurrente, en tanto que la orden judicial para que le tomare una muestra biológica requiere de una actuación positiva, activa o pasiva, del acusado tendente a su eventual culpabilización. El Tribunal Constitucional se pronunció, en la resolución sobre la admisión del recurso de amparo, indirectamente sobre la obligación de someterse a la intervención corporal que se había acordado por el juez de instrucción y que, finalmente, no se produjo ante la negativa del imputado a acceder a ello. Negativa que se tradujo en una condena por desobediencia a la autoridad judicial que el Tribunal Constitucional, Convalidó al entender acreditada la comisión del delito, considerando que: 1o) No puede ampararse la negativa a obedecer una resolución judicial dictada conforme a derecho y confirmada por un tribunal Superior 2o) No existe en la STC 234/1997, de 18 de diciembre (La Ley 385/1998), en relación con la obligación impuesta a los conductores por el art. **380 CP.3.**) La aplicación del tipo penal que sanciona el delito de desobediencia grave es previsible y anunciado, sin que en la misma se hayan manejado pautas valorativas extravagantes que pudieran haber provocado una lesión en el principio de legalidad. Por estos argumentos el TC inadmite el recurso de amparo.

observen en su práctica los principios de proporcionalidad y razonabilidad⁹³.

La gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales afectados que suponen las intervenciones corporales exige necesariamente su autorización judicial, ya que es el órgano judicial, el garante de que dichas injerencias no traspasen el límite de la proporcionalidad y, por tanto, de lo constitucionalmente admisible. Al estar los jueces sometidos exclusivamente al imperio de la ley y a ningún otro órgano o poder político en los sistemas jurídicos configurados a la hora de dar respuesta como un Estado de Derecho, se garantiza que, de este modo, las previsiones de la ley en esta materia se aplicarán con la necesaria independencia y ponderación. Ese es el criterio que han adoptado países como Alemania, Francia, Inglaterra y Colombia entre otros⁹⁴.

Por otra parte, no es tan clara la unanimidad sobre si debe ser preceptiva la intervención directa del juez o su autorización cuando se trata de recoger vestigios biológicos hallados en el escenario del crimen, o cuando han sido abandonados en otro lugar voluntariamente por el sujeto sospechoso o sujeto de investigación policial. La cuestión se plantea con mayor crudeza si existe una necesidad urgente sobre la recogida del material en caso de riesgo de que la misma se destruya o se contamine, como suele ocurrir con los vestigios biológicos. Tratándose de la prueba de perfiles

⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo de España 01/2005, de 19 de abril “la prueba pericial de ADN (prueba determinante para la condena en base a unas prendas encontradas en el lugar de los hechos) no se ha practicado con la debida intervención judicial, ni con resolución motivada del juez y no se documentó por la policía en acta alguna la recogida de vestigios biológicos del detenido” y la Sentencia del Tribunal Supremo de España 1311/2005, “se observa un cambio de criterio a la hora de dar respuesta a la cuestión nuclear planteada sobre si es necesaria o no autorización judicial para la práctica de la prueba pericial de ADN, sosteniendo esta última que no es precisa tal garantía porque nos encontramos ante una toma de muestras derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica”.

⁹⁴ **S. Tribunal Constitucional de España 49/1999**, de 5 de abril. “En ese sentido hemos afirmado que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar debidamente fundamentada, de forma que las razones fácticas y jurídicas de tal limitación puedan ser reconocidas por el afectado, ya que sólo a través de la expresión de las mismas se preserva el derecho de defensa y puede hacerse, ¡siquiera sea a posteriori!” juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece”.

S. Tribunal Constitucional de España 37/1989, de tres de febrero, afirma que el respeto a la regla de la proporcionalidad impone la motivación de la resolución judicial que excepciones o restrinja el derecho (...) pues solo tal fundamento permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado que da control, después, la razón que justifico, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental”. Sentencia constitucional Plurinacional 0100/2013 de 17 de enero. Elementos de una resolución fundamentada, motivada. Finalidades implícitas, que determinan el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada o derecho a una resolución motivada”

de Acido Desoxirribonucleico (ADN).

No obstante, lo anterior, el Juez no tiene una absoluta discrecionalidad en este ámbito, con el fin de prevenir cualquier manifestación de arbitrariedad. Para el logro de tal objetivo el Juez deberá dictar una resolución motivada sobre la pertinencia de la realización de la prueba, con el fin de garantizar la satisfacción tanto del principio de contradicción, como que su decisión estará fundamentada materialmente en el principio de proporcionalidad.⁹⁵

3.6. RESOLUCIONES MOTIVADAS

En la doctrina constitucional moderna, una exigencia 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 o corporal y a la intimidad en el curso de un proceso penal viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. La decisión de la autoridad judicial de acordar la práctica de la prueba debe estar presidida por el principio de “proporcionalidad de sacrificio”.⁹⁶ Conforme a este principio deben ponderarse los

⁹⁵ Sentencia Constitucional de Bolivia 207/1996, de 16 de diciembre, sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional afirmando, en el sentido indicado, que “...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 CE), ni se satisface, pues, con cualquiera forma de motivación que permita conocer la ratio decidendi de la resolución judicial (por todas SSTC.128/1995 y 158/1996)”.La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989 y 7/1994, entre otras). Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada de este Tribunal que la ausencia de motivación ocasiona, por si sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (SSTC. 128/1995 y 158/1996, 181/1995 y 54/1996), todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 158/1996) ...”

⁹⁶ **Sentencia del Tribunal Supremo de España 1311/2005** puede calificarse como “fruto de mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores”, sino que, por el contrario, el criterio explicitado en la citada sentencia “es razonado, presenta visos de razonabilidad y fue reflejado con vocación de futuro en cuanto destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas excluyen todo significado de resolución ad personam. Asimismo “no se da una explicación razonable del cambio de criterio”, reseñándose tan solo que no es precisa la intervención judicial para la recogida de restos biológicos del recurrente para la determinación de su perfil de ADN porque el caso analizado hace referencia a “un acto voluntario de expulsión de materia orgánica” realizado por este. De hecho, diversas sentencias posteriores del Tribunal Supremo la siguieron entre estas **SSTS/2006**, de 14 de febrero;35/2006, de 20 de marzo; 701/2006, de 27 de junio, y 949/2006, de 4 de

intereses que entran en conflicto, a saber, los intereses de un particular, consistentes en el respeto de sus “derechos fundamentales”, por un lado, y el interés público en la persecución de los responsables de hechos delictivos, por otro lado debe tenerse en cuenta que en esta segunda parte de los elementos de ponderación pueden hallarse, asimismo, “derechos fundamentales” de personas concretas (por ejemplo el derecho a la tutela judicial efectiva por parte de la víctima o incluso, del propio imputado, artículo 115 parágrafo I. y II. de la Constitución Política del Estado).

3.7. PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

De acuerdo con el principio de proporcionalidad;⁹⁷ el juez en el momento de pronunciar la resolución deberá realizar los siguientes juicios de valor:

a) Juicio de idoneidad. Si tal medida es susceptible de conseguir el

octubre.

⁹⁷ Sentencia Tribunal Constitucional-España 167/2002 de 18 de septiembre, f.j.4;” este Tribunal tiene declarado en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos (sentencia de 6 de septiembre de 1978-caso Klass -, de 2 de agosto de 1984 – caso Malene -, 24 de abril de 1990 – caso Kuslin y Huving -, 25 de marzo de 1998- caso de Haldorf -, 25 de marzo de 1998; caso Kalopp; 30 de julio de 1988-, caso Valenzuela), que una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones solo puede entenderse constitucionalmente legítima, desde la perspectiva de este derecho fundamental, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si “...la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como entre otros, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves, y es idónea e imprescindible para la investigación de las mismas(SST .5/1994, de 14 de marzo, F.J.3; 181/1995.

Idoneidad GONZALES –CUELLAR Serrano, el principio de idoneidad “constituye un criterio de carácter empírico insistió en la prohibición constitucional de exceso, que hace referencia tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten, la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación.

El mismo autor denomina adecuación cualitativa constituye, en realidad, un problema de falta de necesidad estricta, o bien un problema de proporcionalidad en sentido estricto en su último término un exceso en la ejecución de una medida ordinaria de manera proporcionada.

La Sentencia Constitucional Plurinacional 37/1989 de 15 de febrero, disponía en su fundamento jurídico séptimo;... lo que la protección de la intimidad reclama no es solo la regularidad formal de la decisión judicial que motivadamente y con fundamento en una inexcusable previsión legislativa, la delimite, sino también, ya en el orden sustantivo, la razonable apreciación por la autoridad actuante, de la situación en que se halle el sujeto que puede resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con la exigencias de la actuación judicial en curso, pues no se acomodaría, ciertamente al derecho fundamental la resolución que constriñese el ámbito de intimidad de quienes no se hallan en una posición o situación específica respecto de aquella actuación, como tampoco respetaría la garantía que consideramos la medida desatenta toda estimación de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho la situación en que se allá aquel a quien se le impone” (p.j.7).

objetivo propuesto.

b) Juicio de necesidad. En el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia.

c) Juicio de Proporcionalidad en sentido estricto. Si la misma es equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Si se cumplen con estos juicios de valor la medida adoptada y practicada respetará los “derechos fundamentales” en juego. Sólo de este modo la fuente de prueba obtenida será lícita y podrá ser utilizada a efectos probatorios en el proceso penal., o dicho de otro modo, si la medida adoptada no cumple dichos presupuestos de legitimidad constitucional, con la misma se habrán vulnerado los “derechos fundamentales” afectados y la fuente de prueba deberá ser considerada ilícita.⁹⁸

Tratándose de la prueba de Acido Desoxirribonucleico (ADN) en la fase de investigación penal, no cabe duda, de que tanto la obtención de muestras biológicas de la persona a través de intervención corporal, objeto de pericia, como el posterior análisis del Acido Desoxirribonucleico (ADN) están sobradamente justificados con carácter general, desde el punto de vista del juicio de idoneidad, pues tanto como otros resultan del todo adecuados, útiles y apropiados en relación con el fin perseguido. Se debe considerar que para obtener una muestra biológica de un individuo y proceder a la realización de un análisis de Acido Desoxirribonucleico (ADN), el juez deberá ordenar que se practique aquella que resulte menos lesiva o perjudicial. Es decir que, si basta con la saliva, no estará justificada la orden de extraer sangre. En ningún caso se podrá aceptar la práctica de una intervención corporal cuando implique soportar un riesgo o quebranto de su integridad física o síquica.

⁹⁸ El Tribunal Constitucional alemán sobre el concepto de proporcionalidad manifestó así: “(...) Es el medio previsto legalmente por el legislador que lo tiene como adecuado y exigible para alcanzar el objetivo propuesto. Un medio es adecuado cuando mediante él puede lograrse el resultado deseado; es exigible cuando un legislador no habría podido optar por medio distinto, igualmente eficaz, que no limitara o que lo hiciera en menor grado, el derecho fundamental. Castaño Vallejo, Raúl Öp.C.it. Pág. 523.

Para la extracción de muestras de Acido Desoxirribonucleico (ADN) el personal debe ser idóneo; es decir, médico especializado cuando se trate de una intervención grave; requisito que no se requiere cuando se trata simplemente de tomar muestras de saliva de la cavidad bucal. En todo caso la intervención se ha de practicar 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 estos sobre los que pesa una prohibición absoluta.⁹⁹

3.8. DELITOS EN LOS QUE SE AUTORIZA LA TOMA DE MUESTRAS

En el conjunto de normas en la legislación no se especifica los delitos en los cuales se puede aplicar la práctica de la obtención de identificadores a partir del análisis del Acido Desoxirribonucleico (ADN). El principio de proporcionalidad conduce a preservar este tipo de prueba, por lo que comporta, una afectación a “derechos fundamentales”, a delitos particularmente graves como, por ejemplo: asesinatos, violaciones, estupro, secuestros, asaltos a mano armada.

La orientación de la jurisprudencia comparada muestra que para delitos leves no es admisible disponer la intervención corporal así se observa por ejemplo en la Sentencia de la audiencia Provincial de Sevilla (España), de 24 de septiembre de 2002; que resuelve la apelación en contra de una sentencia absolutoria dictada en un juicio de faltas. El recurso se fundamentaba en indefensión por denegación de la prueba de Acido Desoxirribonucleico (ADN). La denuncia versaba sobre unos escupitajos que presuntamente el denunciado había lanzado en la fachada de la casa del denunciante. El recurrente pretendía que se analizaran los mismos y se cotejaran con el Acido Desoxirribonucleico (ADN), del denunciado. La Audiencia desestima el recurso con fundamento en los criterios de racionalidad y proporcionalidad,

⁹⁹ Sentencia Tribunal Constitucional de España 53/1985 de 11 de abril “La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.

No estaríamos ante una injerencia en el derecho a la intimidad corporal, pues al sujeto no le ha sido realizada ninguna intervención corporal para extraerle las muestras biológicas. Como ha señalado en esta sentencia el TC., únicamente cabría hablar de afectación al ámbito de su intimidad personal en cuanto al círculo privado de relación que no es transparente ni tiene porque ser conocido por los demás.

señalando que “...este criterio conduce a negar que para acreditar infracciones de mínima gravedad y trascendencia social, como lo es una falta semipública, sean exigibles medios probatorios como una identificación de Acido Desoxirribonucleico (ADN), técnicamente complejos y muy costosos económicamente y que además exigen la colaboración del imputado aportando una muestra de sus fluidos corporales. El despliegue de medios públicos, materiales y humanos, que sería necesario para llevar a cabo la prueba propuesta no se justifica por el interés público en juego en el supuesto enjuiciado, cuando tales recursos limitados apenas sí dan para abarcar los casos de grave trascendencia en los que habitualmente se recurre a este medio de investigación (...).”.

3.9. LA OBSERVANCIA DE LA LEGALIDAD O RESERVA DE LA LEY

A la vista de las posibles afectaciones “con diferente intensidad” de diversos “derechos fundamentales” vinculados tanto con las intervenciones corporales para la obtención de muestras biológicas indubitadas, como con la realización misma de los perfiles de Acido Desoxirribonucleico (ADN)., y a la vista también de la valiosa información de utilidad forense que aportan (sin olvidar su posible archivo para consultas relacionadas con futuros delitos, debe insistirse en que esta clase de investigaciones debe estar regulada por la ley “principio de legalidad o de reserva de ley” y sometida a toda clase de garantías, las que sean necesarias para salvaguardar tales derechos¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 24 de abril de 1990 en el caso denominado *Kruslin Hoving*, señala varios parámetros para la admisibilidad y legitimidad de la práctica de las intervenciones corporales señalando los siguientes; la necesidad de su legislación y reglamentación a efecto de respetar el principio de legalidad; que la negativa a someterse a una prueba biológica podrá tener valor probatorio como indicio y no podrá generar delito de desobediencia a la autoridad judicial; que toda violencia institucional en contra la decisión del imputado de no someterse a una prueba biológica podrá tener valor probatorio como indicio y no podrá generar delito de desobediencia a la autoridad judicial; que toda violencia institucional en contra de la decisión del imputado de no someterse a la intervención corporal es de naturaleza degradante (Artículo 3 del Convenio Europeo); para justificar la práctica de las intervenciones corporales verificando la tutela efectiva, debe motivarse el porqué de lo imprescindible de la práctica de dicha medida, entendiéndose aquellos casos donde existe voluntad del imputado en someterse a los mismos, tomando en cuenta los principios de proporcionalidad del sacrificio (que no sea desmedido, confrontando el beneficio de la prueba con las garantías a guardar dentro del proceso) y la racionalidad. Análisis de la Intervención Corporal Como Medio de Prueba en el Proceso Penal Guatemalteco- Saúl Orlando Álvarez Ruiz

El principio de legalidad en la limitación de “derechos fundamentales” emana (al menos indirectamente) de la propia Constitución¹⁰¹ a través del artículo 23, párrafo I CPE.¹⁰² según la cual, “...Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. La libertad personal solo podrá ser restringida en los límites señalados por la ley, para asegurar el descubrimiento de la verdad histórica, en la actuación de las instancias jurisdiccionales”; que se complementa con el artículo 25, párrafo II Constitución Política del Estado que expresa “Son inviolables la correspondencia, los papeles privados y las manifestaciones privadas contenidas en cualquier soporte, estos no podrán ser incautados salvo en los casos determinados por ley, para la investigación penal, en virtud de orden escrita y motivada de autoridad judicial competente”.

En el marco constitucional toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al “derecho fundamental” a la integridad física (o, en su caso, de la intimidad), no puede ser regulada en una norma reglamentaria, sino

¹⁰¹ SCP. Sentencia Constitucional Plurinacional No.680/2012, de 2 de agosto de 2012. El principio de reserva legal “Al efecto debemos referirnos a la disposición contenida en el art.109.II de la Constitución Política del Estado, relativa a los derechos y garantías solo podrán ser regulados por la ley, implica: por una parte, que solo el Órgano Legislativo es el competente para emitir leyes que desarrollen los preceptos o derechos fundamentales” en su sentido material sin alterar su núcleo esencial” contenidos en la Ley Fundamental y a su vez impongan sus límites; y por otra, constituye una restricción frente a otros Órganos “Ejecutivo, Judicial y el Electoral” que intenten regular derechos que solo pueden realizarse a través de una ley”.

“La jurisprudencia constitucional, ratifico el principio de reserva legal que debe observar el estado para establecer la restricción o limitación al ejercicio de los derechos fundamentales previstos en la Constitución SCP.0006/2000, de 21 de diciembre “. El principio de la reserva legal es la institución jurídica que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que por disposición de la constitución deben ser desarrolladas en una ley; es una institución que impone un límite al poder Legislativo como al Ejecutivo; a aquel impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a este evitando que se pronuncie sobre materias que como se dijo, debe ser materia de otra ley”.

¹⁰² Algar Herrero - Tejador, Fernando. Óp. Cit. Pág. 1915. En su declaración más contundente el autor cita la sentencia STC 37/1989, que tras declarar que: “la medida de exploración ginecológica por el Médico Forense posee cobertura legal, afirma que su ejecución no puede ser llevada a cabo mediante el empleo de la fuerza física; “ejecución a la que en otro caso podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa, o de la valoración que de esta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero no, claro está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el artículo 15 de la Constitución”. Sin embargo, existen casos en los que el empleo de la fuerza puede resultar indispensable. Piénsese en la detención no voluntaria, o en los cacheos, aparte de las medidas que garantizan el buen orden en los establecimientos penitenciarios”. Ibíd. Págs. 1915-1916.

que debe estar prevista en una Ley orgánica (Código de Procedimiento Penal)”.¹⁰³

La necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está establecida expresamente en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye tales derechos dentro del más genérico derecho “al respeto de la vida privada y familiar”.

Pues bien, el apartado 2 del mencionado art. 8 expresamente señala que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley (...)”. Así pues, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que cualquier injerencia estatal en el ámbito de los “derechos fundamentales” y libertades públicas (artículos 14 a 29 y 30.2 Constitución Española), tanto incida directamente su desarrollo como que limite o condicione su ejercicio, comporta una reserva legal, a través de la cual se satisface el objetivo de que los derechos de los ciudadanos reconocidos constitucionalmente no se vean afectados por ninguna injerencia estatal más allá de la establecida por sus representantes públicos. Dicha ley debería, además, tener el rango de Ley Orgánica.

¹⁰³ Una ley orgánica “es aquella que se requiere constitucionalmente para regular ciertas materias, debido a la importancia de las materias que regula (Derechos Fundamentales de los ciudadanos o articulación de los diversos poderes del estado, por ejemplo)”, para que un órgano legislativo pueda aprobar una ley orgánica se exige más que una mayoría simple. La Constitución suele prescribir que dichas normas sean aprobadas, por ejemplo, por mayoría absoluta o por algún otro tipo de mayoría cualificada. Con ello se pretende que no sea una mayoría parlamentaria coyuntural la que configure aspectos básicos y fundamentales de la convivencia ciudadana o la estructura y organización de los poderes políticos de un Estado. Ley orgánica –Wikipedia.

CAPITULO CUARTO

4. EL TRATAMIENTO DEL TEMA EN LA LEGISLACION COMPARADA

La segunda fase de la presentación y discusión de resultados corresponde al análisis de los sistemas legislativos comparados, con la finalidad de ver los avances que se han dado en el campo constitucional en relación a este medio de prueba Acido Desoxirribonucleico (ADN) y la tutela de los derecho a la “libertad, integridad física o corporal, psíquica, intimidad corporal o genética y dignidad” determinando los alcances y limitaciones esencialmente en cuanto a intervenciones corporales que sirven para justificar la hipótesis planteada de la necesidad de incorporar una normativa específica en el Código Procesal Penal

4.1. ECUADOR. El Código de Procedimiento Penal establece en su art. 82 que: “Para la obtención de muestras de fluidos corporales y componentes orgánicos de una persona, se precisa de su conocimiento expreso, o del requerimiento del juez para que las proporcionen, sin que pueda ser físicamente constreñida. Este requerimiento judicial procederá, a pedido del fiscal, solamente si por la naturaleza y circunstancias de la infracción, tales elementos de prueba fueren indispensables para evitar la incriminación de un inocente o la acción penal de un delito”. Destaca de esta norma procesal la imposibilidad de una intervención corporal compulsiva, y la naturaleza excepcional de este tipo de medios probatorios.

4.2. CHILE. Mediante Ley NUM.19.970 se crea el Sistema Nacional de Registros de Acido Desoxirribonucleico (ADN) artículo 1 Constituido sobre la base de huellas genéticas determinadas con ocasión de una investigación criminal. La obtención de huella genética se realizará por profesionales y técnicos que se desempeñan en el Servicio Médico Legal, o en Instituciones públicas o privadas que se encontraren acreditadas para tal efecto ante dicho servicio. La administración y custodia del sistema estará a cargo del Servicio de Registro Civil e identificación, correspondiendo en general al Servicio médico legal el ingreso de la información, así como previa acreditación especial al efecto y sólo respecto de las huellas que hubieren determinado, a las instituciones públicas o privadas aludidas en el inciso

precedente”. Por otra parte, entre los artículos 10 al 14 se regula lo relativo a la toma de muestras biológicas se regularán por la ley procesal penal, remisión de informe y material biológico, pericia de cotejo y remisión de informe, y finalmente conservación y destrucción de material biológico.

4.3. ARGENTINA. El 28 de noviembre de 2009 se publica la Ley 26549 que reforma el Código Procesal Penal sobre Extracción compulsiva de muestras biológicas, incorporando el artículo 218 bis a dicho código, cuya redacción es la siguiente: “Artículo 218 bis” Obtención de Acido Desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de Acido Desoxirribonucleico (ADN) del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad los motivos que justifiquen su necesidad razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto”. Admite el precepto señalado mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de las personas sobre la que deba efectuarse la medida, debiendo practicar la misma “...del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor...” En cuanto a las medidas coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea así el alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de Acido Desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisa personal.

Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener Acido Desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su re- victimización y resguardar los derechos específicos que tiene. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez

procederá del modo indicado en el cuarto párrafo...” Establece por último que “... en ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243”.

La modificación de la citada ley se produjo mediante el artículo 218 bis que incorporo al ordenamiento jurídico argentino una nueva y peculiar medida de prueba, relacionada con la obtención de Acido Desoxirribonucleico (ADN), facilitado desde ya por los avances de la investigación científica. El caso “Vásquez Ferra” un antecedente directo en el origen de la legislación sobre Acido Desoxirribonucleico (ADN) en Argentina.

4.4. COLOMBIA. El código de procedimiento penal Colombiano, como instrumento de aplicación del poder punitivo, contiene disposiciones que limitan algunos “derechos fundamentales” relativos a: medidas de intervenciones corporales, exámenes de Acido Desoxirribonucleico (ADN), (Artículo 245), la inspección corporal (artículo 247), el registro penal (artículo 248), la obtención de muestras que involucren al imputado (artículo 249) y el reconocimiento de exámenes físico sobre las víctimas de delitos contra la integridad personal y la libertad sexual (artículo 250).

4.5. ESPAÑA. Era uno de los pocos Estados Europeos que todavía no había legislado sobre la utilización de estas técnicas de Acido Desoxirribonucleico (ADN), no contaba con una regulación específica hasta la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal (Ley orgánica 15/2003) por lo que se incorporaron las siguientes normas: El artículo 326 Ley de enjuiciamiento criminal en su contenido fue ampliado con un segundo párrafo que permite al Juez de Instrucción autorizar mediante Resolución motivada la extracción de muestras biológicas de un sospechoso para la obtención de su perfil de Acido Desoxirribonucleico (ADN) y la viabilidad procesal de inscripciones, registros e intervenciones corporales, conforme a criterios de: proporcionalidad y razonabilidad, sin embargo al no contar anteriormente con normativa fue a través de la doctrina constitucional que señalaba los lineamientos de actuación de los órganos jurisdiccionales.

Con la última modificación en el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ha agregado un nuevo párrafo, el tercero, en sentido de que las primeras diligencias que el Juez de Instrucción debe practicar, sobre la recogida de huellas y vestigios biológicos en el lugar de los hechos, se ha ordenado bien directa, bien indirectamente a través de la policía judicial o el médico forense, la adopción de las prevenciones necesarias para asegurar la autenticidad de la fuente de prueba, es decir la denominada “cadena de custodia”.

Ley Orgánica 15/2003 señala “El juez acordara el informe pericial cuando para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos”.

Modificación del artículo 520 de la Ley de enjuiciamiento criminal operada por la Ley orgánica 13/2015, fue promulgada para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. La ley busca que, desde el momento en que una persona es detenida o presa en celdas policiales con fines de investigación, sea informada por escrito también sobre los derechos que la asisten como el de ser patrocinada por un abogado, con la finalidad de un asesoramiento técnico legal, para un adecuado ejercicio del derecho de defensa, que no existía en esta etapa antes de la modificación en el sistema español.

La ley orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de la Acido Desoxirribonucleico (ADN), el juez de instrucción, a instancia de la policía judicial o del Ministerio fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa.

En cumplimiento de estas normas la jurisprudencia española ha ido precisando su aplicación en diversas sentencias constitucionales¹⁰⁴

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal constitucional español 207/1996, 16 de diciembre, considerada como la precursora respecto de las intervenciones corporales, caracterizada por ser la precedente que dispone las características generales de aquellas como diligencias en el proceso penal. Define a las intervenciones corporales como “las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a examen pericial o en su exposición a radiaciones con objeto de averiguar determinadas circunstancias relativas que

4. 6. ALEMANIA. El (81^a) de la Ley procesal alemana (StPO) de 7 de enero de 1975 establece que: “Podrá ordenarse la investigación corporal del inculpado para la constatación de los hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esta finalidad serán admisibles extracciones de sangre y otras injerencias corporales, que serán tomadas por un médico según las reglas del saber médico, sin consentimiento del inculpado, cuando no se temiere ninguna desventaja para su salud. La orden corresponde al Juez también a la Fiscalía y a sus ayudantes cuando existiera peligro por el retraso que pudiese perjudicar el éxito de la investigación”. El apartado c) de este (artículo 81), dispone, en relación con terceras personas distintas del inculpado, que “sí se encuentra en su cuerpo una huella determinada o la consecuencia de un hecho punible podrá acordarse también, esta intervención corporal en los mismos términos señalados anteriormente, incluso sin el consentimiento de estas personas”.

En el ordenamiento procesal penal alemán la compulsividad de la intervención corporal se extiende más allá del propio imputado, aplica también a terceras personas, y no delimita el tipo de injerencias que pueda sufrirse por medio de las intervenciones corporales, basta con la inexistencia de riesgos para la salud, en nada importa la negativa de quien debe soportar esa medida.

4. 7. ITALIA. El código de procedimiento penal italiano de 1988, dispone en el artículo 244 que: “La inspección de personas, lugares o cosas, se acordará mediante decreto motivado cuando sea necesario averiguar las huellas y los demás efectos materiales del delito”. El artículo 245 establece: “antes de proceder a la inspección personal, el interesado será advertido de la facultad que tiene de ser asistido por persona de su confianza, siempre que ésta pueda localizarse sin demora y fuera idónea. La inspección se efectuará con respeto a la dignidad y; en la medida de lo posible, al pudor de quien haya de ser objeto de la inspección. La inspección podrá efectuarse por un médico; en este caso la autoridad judicial podrá abstenerse de asistir a las operaciones”. El derecho procesal italiano, también admite la práctica de las Intervenciones corporales compulsivas, mismas

se verá, por lo general, afectado es el derecho a la integridad física” (Artículo 15CE).

que se efectuaran bajo resolución judicial motivada, con respecto a la dignidad y el pudor. Este ordenamiento procesal advierte sobre la negativa de quien tiene que someterse a la medida.

4.8. PORTUGAL. El Código procesal penal portugués aprobado por Ley de 17 de febrero de 1987 sigue una línea semejante al alemán, permite en su artículo 171 el examen de personas para inspeccionar los vestigios que hubiera podido dejar el delito y todos los indicios relativos al modo y lugar en que se cometió, añadiendo el precepto siguiente, artículo 172, que “si alguien pretende eximirse o impedir cualquier examen debido...podrá ser compelido por decisión de la autoridad judicial competente”.

4.9. PAISES BAJOS. La Ley 596, de 8 de noviembre de 1993 de complemento de enjuiciamiento penal con disposiciones relativas al análisis del Acido Desoxirribonucleico (ADN) en causas penales establece en su artículo 19 que en la instrucción los procedimientos seguidos por delitos castigados con pena superior a ocho años de privación de libertad o de otros delitos indicados expresamente por la ley, el juez de oficio o a instancia del Fiscal, podrá ordenar motivadamente la realización del análisis del Acido Desoxirribonucleico (ADN) del sospechoso, siempre que los hechos o circunstancias parezcan representar una grave acusación para aquel y la investigación fuera estrictamente necesaria para el esclarecimiento de la verdad. Se aúnan, pues, los dos criterios, el de la gravedad del hecho punible y el de la idoneidad de la diligencia de investigación.

4.10. FRANCIA. El comité consultivo nacional de Ética para las ciencias de la vida y de la salud emitió el dictamen de 15 de diciembre de 1989 sobre la difusión de las técnicas de identificación mediante el análisis de Acido Desoxirribonucleico (ADN). La Commission Justice Pénale et droits de homme para la reforma de ciertos aspectos penales y procesales, se manifestó acerca de la posibilidad y la necesidad de una reglamentación específica en materia de huellas genéticas como prueba científica en la justicia penal en cuanto afectan la libertad individual y a la integridad corporal.

El uso de análisis genéticos se regulo por la Ley 1994-653 de 29 de julio, por Ley No. 96-452, del 28 de mayo 1996 y por Ley No. 98-468 de 17 de junio de 1998. Estas leyes afectaron a distintas disposiciones legales francesas; al Código de Salud Pública de 1953, al Código Civil y al Código Penal fundamentalmente, que tras la reforma quedan afectados en algunos de sus artículos.

En el ámbito penal que es lo que nos interesa, la Ley No. 94-653 de 29 de julio de 1994, implicó la introducción de reformas al código penal, introduciendo una importante novedad en materia de tipificación penal sancionándose una serie de conductas relacionadas con identificaciones Genéticas llevadas a cabo con fines distintos de los legalmente previstos, así: en el artículo **226-25** refiere "...El hecho de proceder al estudio de las características genéticas de una persona con fines médicos, sin disponer previamente de su consentimiento, en las condiciones previstas por el artículo 145-15 del Código de la salud pública será castigado con un año de prisión y 100.000 FF de multa..." que se complementa con el artículo **226-28**" ... 1. El hecho de investigar la identificación de una persona por sus huellas genéticas con fines ni médicos ni científicos o que no sean resultado de diligencias de investigación o instrucción en el marco de un procedimiento judicial, se castigará con un año de prisión y 100.000 FF., de multa..."

Mediante Decreto del Consejo de Estado No. 97-109, de 6 de febrero de 1997 se autoriza a aquellas personas inscritas en la lista de peritos judiciales sean las únicas habilitadas para proceder a las identificaciones por huellas genéticas, estableciéndose requisitos necesarios.

Con la Ley 98-468 de 17 de junio de 1998 se introduce en el Código de procedimiento penal francés un Título relativo a la prevención y represión de las infracciones de carácter sexual, así como a la protección de los menores. El artículo 706-54 del código de procedimiento penal introducido por dicha ley establece la creación de un fichero nacional automatizado, destinado a centralizar los perfiles genéticos de las personas condenadas por las infracciones que se encuentran enumeradas en el artículo 706-47. Este archivo se coloca bajo el control de un magistrado y el tiempo de conservación de las informaciones registradas está determinado por decreto del Consejo de Estado

además del informe de la Comisión nacional de informática y las libertades.

4.11. OTROS PAISES EUROPEOS. Hay una serie de países que han incorporado la regulación sobre la materia, o que nos permitiría tener una idea sobre las diferentes opciones según los países que abordan esta legislación. Así en el año 1999 se incorporaron Finlandia y Noruega, en el año 2000, Dinamarca, Suiza, Suecia, Croacia, Hungría, y en el año 2002 Bélgica. Cada uno de ellos ha optado por variantes de los sistemas estudiados. En todos se ha establecido una base de datos de Acido Desoxirribonucleico (ADN) disociada (Alemania es la única excepción a esta característica). Bélgica sólo admite para el caso de condenados, mientras que en el resto de los países admiten muestras procedentes de sospechosos variando la gravedad de los delitos para los que es posible recogida y archivo de los análisis. En Croacia y Eslovenia es posible el archivo del resultado del análisis cualquiera que sea el delito investigado; en Finlandia para delitos contra la libertad sexual que conlleven más de un año de prisión y en Dinamarca para el mismo tipo de delitos, pero con un año y medio de prisión Bélgica exige una decisión judicial al igual que Noruega, país en el que además esta decisión, solo cabe en el caso de delitos graves. También son diferentes los tiempos de conservación de los datos y de las muestras. Así por ejemplo en el caso de absolución de sospechosos, Finlandia, Austria y Hungría prevé su supresión inmediata. Suiza establece un tiempo de cinco años desde la absolución, Dinamarca y Finlandia, no prevén su eliminación al igual que Noruega, estableciendo los demás distintos plazos y supuestos para su eliminación al igual que Noruega. estableciendo los demás distintos plazos y supuestos para su eliminación que oscila entre cinco y veinte años, o incluso como es el caso de Bélgica, cuando hayan transcurrido diez años desde el fallecimiento del condenado o treinta años de la condena.

4.12. estableciendo los demás distintos plazos y supuestos para su eliminación que oscila entre cinco y veinte años, o incluso como es el caso de Bélgica, cuando hayan transcurrido diez años desde el fallecimiento del condenado o treinta años de la condena.

4.13. Estados Unidos. Se promulga en 1995 La Genetic Privacy and Non Discrimination Act. motivada por la cantidad de delitos contra la libertad sexual que se cometían anualmente en aquel país. Inicia dicha Ley la regulación de esta materia con un precepto específico (section 2; Findings and Purposes) donde se realizan importantes pronunciamientos acerca de la intimidad genética. Se recoge, como fundamento de cuanto se va desarrollar posteriormente, que la molécula de Acido Desoxirribonucleico (ADN) contiene información acerca del probable futuro médico de una persona y que la información genética es exclusivamente privada, de manera que dicha información personal no podrá ser almacenada o revelada sin autorización de la persona afectada. A modo de principios se señala igualmente que el uso y la revelación indebida de la información genética pueden ocasionar significativos perjuicios al individuo, incluyendo la estigmatización y la discriminación en áreas como el empleo, educación, la salud o los seguros. Se remarca igualmente en el apartado 5 que el análisis del Acido Desoxirribonucleico (ADN) de un individuo proporciona información, no solo relativa a él, sino también acerca de los progenitores, hermanos y descendientes del mismo, lo que afecta a la privacidad familiar.

Según la section 101 para obtener información genética del individuo se precisa la autorización de la persona portadora de las muestras de ADN haciendo constar en la autorización la identidad de las instalaciones en las que se procederá a almacenar dichas muestras.

Obtenida la muestra de Acido Desoxirribonucleico (ADN), practicado el análisis genético sobre el mismo y almacenadas las muestras de Acido Desoxirribonucleico (ADN), la información genética privada resultante no puede ser desvelada salvo, autorización escrita del afectado (sections 111 y 112).

5. CONCLUSIONES

1. La integridad física o corporal, la dignidad y la intimidad física o genética de los individuos están consagrados por la Constitución Política del Estado, como “derechos fundamentales” absolutos, tal como se puede observar en el artículo 15, parágrafos I, II y III, lo que daría a entender que no pueden ser afectados en ningún caso. El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, eliminar, y sancionar toda acción u omisión que tenga por objeto afectar tanto en el ámbito público como privado.

En ese contexto constitucional no serían posibles en la fase de investigación penal las intervenciones corporales para la obtención de muestras biológicas de una persona respecto a la cual se sospecha la comisión de un delito porque se argumentaría que se está vulnerando su derecho constitucional al obtener una muestra que le genere dolor o sufrimiento físico o psicológico. Sin embargo, el derecho constitucional moderno ha desarrollado el criterio denominado “el fin constitucionalmente legítimo”, según el cual se establece la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad, al considerarlos que no son derechos absolutos sino más bien derechos relativos, pues, pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente reguladas por la Ley, entre las que se encuentra el ejercicio del ius puniendi. Así la determinación de hechos relevantes para la investigación penal es desde luego causa legítima que puede justificar la intervención corporal, siempre que dicha medida esté prevista en la Ley. La previsión legal aparece como un requisito esencial para la validez de la toma de muestras biológicas.

El criterio expuesto es aceptado por la Convención Europea (**artículo 81.1**), condicionado su ejercicio a límites previstos en la ley (artículo 53.1CE), criterio que es compartido por la Convención Americana de Derechos Humanos. (Artículo 2)

2. Sin lugar a duda en Bolivia, como ocurre también en otros países, la normativa procesal penal en materia de intervenciones corporales para la obtención de muestras biológicas de personas vivas, no se cuenta en forma específica, porque los artículos 74 y 75 del código de procedimiento penal, se limitan a señalar que “La Policía Nacional procederá a la acumulación y seguridad de las pruebas bajo la dirección del fiscal y el Instituto de Investigaciones Forenses realizará los estudios científico” técnicos requeridos para la investigación”, lo que constituye, casi en todos los casos, vulneración de los “derechos fundamentales” particularmente de los derechos a la integridad física o corporal, a la libertad, y a la intimidad física o genética. En realidad, en la práctica el ciudadano sospechoso de la comisión de un delito, se ve obligado a someterse a las pruebas de Acido Desoxirribonucleico (ADN) y presionado o engañado, no reclama la vulneración de esos derechos porque desconoce la protección que le otorga la Constitución Política del Estado y los Tratados y Convenios Internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, salvo algunos casos excepcionales. Confirma esta afirmación las respuestas obtenidas de los operadores policiales y judiciales que al ser entrevistados consideraban que la “ley obliga a someterse a intervenciones corporales” y que no se requería el consentimiento informado del sospechoso, bajo el criterio de que no se puede tratar con guante blanco a los delincuentes” flagrante vulneración de los “derechos fundamentales” que daría lugar a anular las sentencias de condena que se pudieran dictar sustentadas en muestras de Acido Desoxirribonucleico (ADN) obtenidas de manera ilícita.
3. Lo más notable es que no hay un solo caso en los Tribunales ordinarios en el distrito judicial de La Paz, que ante la negativa de someterse a una intervención corporal para la obtención de Acido Desoxirribonucleico (ADN) por parte del

investigado, el juez de instrucción en lo penal en la etapa de la investigación en cumplimiento del control jurisdiccional hubiera dictado una resolución motivada o fundamentada ordenando en forma compulsiva la toma de una muestra biológica. La información obtenida en abogados, fiscales y jueces considera innecesaria una resolución judicial motivada sustentada en los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad porque cuando el sospecho se niega a someterse “es porque es culpable” y lo consideran como un indicio de culpabilidad; es decir, una especie de presunción judicial, en contra de lo que protege y tutela el Derecho Constitucional moderno que en su desarrollo ha establecido que en protección del interés público debe pronunciarse una resolución judicial motivada y fundamentada que otorgue legalidad y legitimidad al policía, fiscal o perito para tomar una muestra biológica.

4. La normativa vigente en nuestro país hace referencia de modo general a la toma de muestras pero no a las “intervenciones corporales” porque su reglamentación a través del Manual de Actuaciones Investigativas de Fiscales, Policías y Peritos están relacionados a la obtención de muestras en el lugar de los hechos, donde se sospecha que se hubiera cometido un delito; pero no están pensadas respecto a las intervenciones corporales para la obtención de muestras biológicas, sino para recolectar elementos de prueba externos al cuerpo humano. Existen intervenciones corporales de hecho, pero no de derecho que daría lugar a la aplicación del artículo 13 del Código de procedimiento penal que determina “solo tendrán valor los medios de prueba lícitamente obtenidos” y carecen de valor legal aquellos que hubieran sido obtenidos mediante violación de los “derechos fundamentales”.
5. Otro vacío normativo es la reglamentación relativa a la extracción de huellas genéticas de personas de círculo familiar del sospecho, particularmente de hermanos gemelos de aquel que, por afinidad de perfiles, puedan permitir la identificación final del autor de modo indirecto por lo que en este punto puede plantearse un problema de muestras de la víctima o de parientes de la misma; igualmente no se hace ninguna alusión a terceros, en principio, no sospechosos

de hechos delictivos pero que, como consecuencia de la realización de las diligencias, puedan quedar sujetos a procedimiento penal. Estos supuestos se pueden presentar en la práctica cotidiana afectando los derechos fundamentales de las personas por falta de normativa, que atenta inclusive a su derecho de defensa y a su presunción de inocencia.

6. La necesidad de contar con normas expresas, claras y precisas en el Código de procedimiento penal sobre la materia extendiéndola a supuestos como los destacados, debe, a la mayor brevedad posible completarse con otra norma de carácter reglamentario que determine el protocolo aplicable, donde se establezca el tipo de recipiente adecuado para albergar los vestigios biológicos objeto de la prueba; el debido precintado de los mismos, los impresos identificativos de las muestras para una correcta determinación del origen de los vestigios recogidos, el material necesario para la toma de las muestras, así como los contenidos de los programas de formación de personal autorizado para la obtención de aquellas.
7. Existe un avance en el derecho comparado en general y la jurisprudencia comparada aplicable al ámbito del derecho procesal penal en la etapa de la investigación penal que debe ser tomada en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico en materia de intervenciones corporales y obtención de muestras biológicas con la finalidad de proteger los “derechos fundamentales” directamente garantizados por la Constitución Política del Estado, generando seguridad jurídica; toda vez que nuestra doctrina y jurisprudencia constitucional se inclinan por la teoría garantista, más que por la tendencia activista en la actividad probatoria. La línea es “no a la prueba por el solo hecho de tenerla”; sino la prueba lícitamente obtenida como tutela de los “derechos fundamentales”.
8. Uno de los problemas que todavía no encuentra solución en el derecho comparado es cuando el detenido o sospechoso que se niega a ser sometido a una “intervención corporal” para la obtención de Acido Desoxirribonucleico (ADN) que no se la puede obtener si la persona se niega a ser sometida a la misma aun existiendo resolución judicial. En Alemania se ha optado por una

solución que puede adscribirse a la corriente activista de la prueba porque señala que cuando se trata de delitos de terrorismo o asesinatos, la toma de muestra biológica debe ser obtenida aun con el uso de la coacción, mientras que los demás países europeos tales como Inglaterra, Francia y España en una concepción garantista de la Constitución a la cual nos adherimos ha rechazado la posibilidad de que se use la violencia como medio de obtención de muestras biológicas aun cuando se trate de delitos tan graves como el terrorismo o el asesinato.

6. RECOMENDACIONES

1. Se tiene que modificar el Código de Procedimiento Penal (Ley No. 1970) incorporando en el Libro IV sobre Medios de Prueba en el Título I relativo a Normas Generales, normativa que permita obtener medios de prueba lícitos, cuando se trata de la obtención de Acido Desoxirribonucleico (ADN) cuando se realice intervenciones corporales en un ser humano, que permita una protección de los derechos fundamentales sustentada en el principio de legalidad, de manera tal, que la Policía encargada de la investigaciones en todos aquellos casos en los que luego de la comisión de un hecho punible existan vestigios biológicos los recoja siguiendo Protocolos que den seguridad jurídica en cuanto a obtención de material de comparación. una vez tomados deberán ser puestos en conocimiento del Fiscal y del Juez de control Jurisdiccional para que se puedan tomar medidas sobre la cadena de custodia y aseguren su conservación a los fines de juicio oral.
2. Con la finalidad de proteger los derechos fundamentales expresamente previstos en Constitución Política del Estado en los arts. 8 Párrafo II, 9 Núm. 1, 2 y 4 , 13 Parágrafos I y II, 14 Parágrafos I, III y IV, 15 Parágrafos I, II, III, 21 Núm. 2 y 6, 22 y 23 Parágrafo I se hace necesario introducir en la estructura del Código de Procedimiento Penal en el Libro IV sobre Medios de Prueba en el Título I relativos a Normas Generales la normativa que permita obtener medios de prueba lícitos cuando se trata de intervención corporal para obtención de Acido Desoxirribonucleico (ADN) del organismo de una persona.
3. La modificación debe estar relacionada a exclusiones probatorias y prueba lícita señalado de manera clara que carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren derechos, libertades, garantías consagradas por la Constitución Política del Estado, Tratados y convenios Internacionales.
4. Otra sugerencia está relacionado con el registro del lugar del hecho y recojo de muestras donde se establezca que cuando el sospechoso que se persiga ha dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Fiscal o en su caso

el Juez ordenará el recojo y conservación de las muestras de sangre debiendo elaborarse un Acta o en su caso un protocolo que describa detalladamente el estado de las cosas o de las muestras biológicas para ponerlo luego a disposición de autoridad competente a los fines de su conservación a través de la cadena de custodia.

5. Cuando exista negativa formulada por escrito por el sospechoso a quien se tome la muestra biológica a través de intervención corporal, el Juez de Control Jurisdiccional previo requerimiento del Fiscal debe pronunciar Resolución motivada y fundamentada sustentada en principios de proporcionalidad, racionalidad para extracción de muestras biológicas del sospechoso garantizando la no utilización de la coacción para lograr el resultado. Asimismo, en todo momento la persona sospechosa debe ser informada del fin que persigue la toma de muestra y las consecuencias en el orden jurídico de su negativa injustificada.
6. Cuando se hubiera tomado una muestra biológica con fines terapéuticos y sin el consentimiento de la persona de cuyo cuerpo se ha obtenido para ser utilizado con fines de investigación penal se considera prueba ilícita salvo que exista una autorización judicial debidamente motivada y fundamentada.
7. Se debe completar la normativa con reglamento específico relativo a un protocolo aplicable donde se establezca el tipo de recipiente adecuado para albergar los vestigios biológicos objeto de la prueba, el debido precintado de los mismos así como los de impresos identificativos de las muestras para una correcta determinación del origen; el material necesario para la toma de muestras así como los contenidos de programas de formación especializada autorizado para la obtención de Acido Desoxirribonucleico (ADN)
8. En lo relativo al consentimiento informado, el consentimiento por parte del sospechoso necesariamente debe ser por escrito con intervención de un abogado quien tiene que explicarle las consecuencias favorables o desfavorables para el caso de aceptar voluntariamente la toma de muestras

sea que se trate de sangre, cabello, esputo mediante frotis bucal, cuyo incumplimiento implica que el medio de prueba se considere ilegal.

9. Es necesario una formación profesional adecuada del personal técnico en cuanto a recojo de muestras porque no puede hacerlo cualquier investigador o policía que no tenga una formación especializada.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS LOPEZ Boris Walter Tapora Constitucional y Nueva constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, art180.
- ALEXY, Robert: Teoría de los derechos fundamentales, Madrid 1993, centro de Estudios Constitucionales (1986).
- CAPOGRASSI, Giuseppe, “Proceso Ciencia y Verdad”. En Revista de la maestría en derecho Procesal, Pontificia universidad Católica del Perú, 2016, num2.Vol 6 pp202-229
- ROMEO CASABONA, Carlos “Los Identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal”. Monografía. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, Editorial Aranzadi S. A. Edición primera 2010.
- CABANELAS, Guillermo Enciclopédico de Derecho Usual. tomo II C-D14 Edición Buenos Aires Editorial Heliasta, 1979. p.718.
- CHOCLAN Montalvo. Pericia genética y proceso penal. “Rev. Der Gen H” núm. 9, 1988.
- COBOS CAMPOS, A.P. “El contenido del derecho a la intimidad en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de derecho Constitucional. Vo.2013, núm. 29(Julio-diciembre 2013)
- COUTURE, Eduardo E. Fundamentos de Derecho Procesal Civil buenos Aires: Ediciones de Palma
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús “Toma de muestras, infractores, victimas y menores. Consentimiento. Asistencia letrada, 2014pp.2-3
- FERRAJOLI, Luigi Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 19.
- EMALDI, Cirión Los perfiles de ADN y la administración de justicia en la protección de datos en la cooperación policial y judicial. Agencia Española de Protección de datos. Aranzadi Madrid - 2008.
- EXEBERRIA Guridi, José Francisco “Los análisis del ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal” (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de

- noviembre)”, La ley penal, num.4, abril 2004, págs. 19-37.
- GIMENO SENDRA, Vicente “Derecho Procesal Penal. Editorial Colex, 1999. Pp411-413
 - GUZMAN, J.M.” El derecho a la integridad personal, en: Primer congreso Nacional de Derechos humanos (7 y 10 de diciembre d 2007, Santiago de Chile: CINTRAS –Centro de Salud Mental y Derechos Humanos.p.1.
 - HAYES MICHEL, María Yamile” Los Derechos humanos en los instrumentos Internacionales y Jurisprudencia Constitucional Primera Edición Talleres Gráficos Gaviota del sur.pp.17-37
 - William, Herrera Añez. “Derecho Procesal Penal Boliviano desde la Perspectiva Constitucional”. Editorial Kipus, Edición 2008, Tercera Edición Cochabamba
 - PICO I JUNOY, Joan “Las garantías constitucionales del proceso”. Barcelona J. M. Bosch, 1997. p151.
 - PEREZ LUÑO, Antonio Enrique “Los Derechos Fundamentales” Madrid Tecnos 1986 p.48
 - RAMALO MACHIN, A.C. ADN. Huellas digitales Genéticas en el Proceso Penal. Universidad de la Coruña, 2015: pp.18-19.
 - TELLO MORENO, LF, “Pruebas de ADN y presunción de paternidad e4n los juicios de filiación en derechos humanos, México, revista del centro Nacional de derecho humanos. Año1, No.2, 2006, p.225.
 - OBACH, Jorge “La recogida de muestras biológicas”. La contradicción jurisprudencial del Tribunal Supremo. Fs. 1 a 8.
 - NARVAEZ RODRIGUEZ, Antonio “La prueba del ADN su normativa Procesal”. Fiscalía Tribunal Constitucional Español. Fs. 1 a 31.
 - Constitución Española de 1978.
 - Enjuiciamiento Criminal” (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)”, La ley penal, num.4, abril 2004, págs. 19-37.
 - Ley No. 1970 de 25 de marzo de 1999. Código de Procedimiento Penal Boliviano.

- Ley No. 260 de 11 de julio de 2012. Ley Orgánica del Ministerio Público.
- Ley No. 734 de 8 de abril de 1985. Ley Orgánica de la Policía Nacional.
- Manual de actuaciones investigativas de fiscales, policías, y peritos Resolución no. 001/2007 de 22 de febrero de 2007.
- Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre. Reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.
- Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/95 de 23 de noviembre del Código Penal.
- Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo de 1986 de fuerzas y cuerpos de seguridad.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificada por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre por lo que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre.
- Ley 50/1981 de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre). “LP” núm. 4, 2004. (Versión On Line).
- Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- Real Decreto 1301/2006 de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación y la distribución de células y tejidos humanos.
- Tribunal Constitucional. STC 110/1984 de 26 de noviembre. STC 13/1985 de 31 de enero. STC 103 /1985 de 4 de octubre. STC107/1985 de 7 de octubre. STC 23/1985, de 15 de febrero.
- DERECHO A LA DIGNIDAD según la convención Señala Alexy que, según la teoría de los Derechos fundamentales, la más importante distinción teórico-

estructural que puede formularse respecto de la “Norma de derecho fundamental” con el propósito de alcanzar una adecuada Teoría de los límites de los derechos Fundamentales es la que se efectúa entre “reglas” y “principios”.

- Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas Resolución 217^a (III) de 10 de diciembre de 1948. “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. S. y Marper c/ Reino Unido, STEDH de 4 de diciembre de 2008. YFc. Turquía, STEDH 22 de julio de 2003. Reino Unido, STEDH de 29 de abril.
- Tribunal Supremo. SSTS 501/2005 de 19 de abril. SSTS 1311/2005 de 14 de octubre. SSTS 179 /2006.
- V. García. Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN: Antecedentes históricos y visión genética.182ss.
William, Herrera Añez. “Derecho Procesal Penal Boliviano desde la Perspectiva Constitucional”. Editorial Kipus, Edición 2008, Tercera Edición Cochabamba

ANEXOS

REFERENCIA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE ADHESION Y RATIFICACION

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Adhesión de Bolivia mediante Decreto Supremo No. 18950 de 17 de mayo de 1982; ratificada mediante ley 2119 de 11 de septiembre de 2000.

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adhesión de Bolivia mediante Decreto Supremo No. 18950 de 17 de mayo de 1982; ratificada mediante ley 2119 de 11 de septiembre de 2000.

Carta de las Naciones Unidas

Adoptada el 26 de junio de 1945, San Francisco, Estados Unidos de América.

Entrada en vigor: 24 de octubre de 1945

Aprobada por Bolivia mediante Ley de 9 de octubre de 1945.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Ley 1939 de 10 de febrero de 1999.

Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes.

Ley 3298 de 12 de diciembre de 2005.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

Ley 1430 de 11 de febrero de 1993.

Protocolo adicional a la convención americana sobre Derechos humanos en materia de Derechos, económicos sociales y culturales – “Protocolo de San Salvador”

Ley 3293 de 12 de diciembre de 2005.

Protocolo a la Convención Americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte.

Ley No. 3447 de 21 de julio de 2006

Carta de la Organización de Estados Americanos

Ley No 248 de 12 de septiembre de 1950

Decreto Supremo No. 9096 de 16 de febrero de 1970 **Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional**

Ley 2398 de 24 de mayo de 2002

SENTENCIAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INTERVENCIONES CORPORALES

País	Tribunal que pronuncio la resolución	Tipo de expediente	Tipo de intervención corporal y o derecho afectado	CRITERIO DE PRONUNCIAMIENTO
Colombia	Corte Constitucional	Acción de Inconstitucionalidad	Intervención Corporal compulsiva	<p>La obtención del consentimiento del imputado debe ser libre de cualquier coerción y se debe privilegiar. Cuando no se logre el consentimiento el juez de control de garantías revisara la legalidad de la medida y definirá las condiciones bajo las cuales puede ser llevada a cabo la inspección corporal, a fin de que en su práctica.</p> <p>No afecta el derecho a la autoincriminación y a la presunción de inocencia.</p> <p>Se debe efectuar el control por parte del juez del control de garantías, y cuando el imputado invoque circunstancias extraordinarias, no tenidas en cuenta al conferir la autorización judicial, para negarse a permitir la inspección corporal, se deberá acudir al juez de control de garantías que autorizo la medida. Para que este defina las condiciones bajo las cuales estas se podrán practicar, o la niegue.</p>

				Se debe observar los principios de pertenencia de la medida en el caso concreto, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.
España	Tribunal Constitucional Español	Acción de Amparo	Prueba biológica (en concreto, extracción de sangre, muestra de saliva o resto de cabello con bulbo para examinar su ADN)	<p>La negativa a cumplir con la intervención Corporal, se considera delito de desobediencia grave.</p> <p>En cuanto a las intervenciones corporales debe observarse los derechos a la tutela judicial efectiva, a la integridad física y a la intimidad personal.</p>
	Tribunal Supremo Sala de lo Penal – España	Recurso de casación por infracción de precepto Constitucional e infracción de ley	Extracción de capsulas vía anal	<p>En nada vulnera el derecho a la intimidad física y a la integridad del acusado, ya que razones médicas aconsejaban extraer como así se hizo por facultativo, el objeto que estaba expulsando espontáneamente el acusado cuando se encontraba sedado, objeto del que se apercibieron las enfermeras mientras le curaban las quemaduras sufridas en un accidente de tránsito, no ha existido riesgo alguno para la salud física o integridad del acusado, muy al contrario, hubiese existido peligro de no terminarse de extraer lo que el propio organismo estaba expulsando no ha sufrido menoscabo alguno su intimidad por las razones que ha dejado al expresar la doctrina sobre las intervenciones corporales</p>

				en este caso leve, proporcionada y aconsejada por las circunstancias concurrentes.
España	Sentencia Tribunal Supremo Sala de lo Penal STS. 501/2005	Recurso de Casación	La prueba pericial de ADN (prueba determinante para la condena en base a unas prendas encontradas en el lugar de los hechos.	No se ha practicado con las debidas garantías pues no ha contado con la debida intervención judicial ni con resolución motivada del juez y no se documentó por la policía en acta alguna la recogida de restos biológicos
España	STS. 1311/2005	Recurso de Casación	Acto voluntario de expulsión de materia orgánica	No se precisa la intervención judicial para la recogida de restos biológicos del recurrente para la determinación de su perfil de ADN.
España	STC .70/2002	Amparo Constitucional	“Tanto la recogida del esputo como el análisis sobre el mismo practicado tiene cobertura legal”	El análisis realizado se ha limitado a develar el ADN no codificante, donde no aparecen enfermedades ni otros datos sensibles para el individuo ha admitido la legitimidad de que, en determinados casos y con la suficiente habilitación legal, se realicen determinadas prácticas que constituyen una inferencia leve en la intimidad de las personas sin autorización judicial.
España	SSTC 103/ 1985 76/1990	Amparo constitucional	A una acción consistente en arrojar Saliva	No se aprecia que la acción del demandante estuviese motivada por el empleo sobre el de vis física o moral

				alguna, ni se vio obligado a escupir como consecuencia de las condiciones de la detención ni se advierte ni se aduce haber sido objeto de engaño
España	STC196/2004 15/noviembre	Amparo Constitucional	Supone una afectación a la esfera privada de la persona	Análisis de orina realizado a un trabajador de quien se descubre que había consumido drogas, donde manifestamos que “una prueba médica realizada en términos objetivos semejantes”
España	STC 25/2005 de 14 de febrero	Amparo Constitucional	Supone una injerencia en la intimidad personal	La resolución judicial que acordó incorporar al proceso la analítica obrante en el historial clínico para que el Médico forense emitiese informe sobre la tasa de alcohol en sangre del demandante.
España	STC 206/2007	Amparo constitucional	Aspectos que inciden en la esfera reservada por la cual afirmábamos la existencia de injerencia en la intimidad personal. Si la injerencia estaba o no constitucionalmente justificaba	La Guardia Civil ordeno un análisis de sangre del imputado sobre las muestras que le habían sido extraídas en el hospital con fines terapéuticos para determinar su nivel de alcohol.
España	STS de 7/07/2010, (RJ 2010,7322)	Recurso de Casación	Si la decisión de toma de muestras corporales del sospechoso ha de ser	Muestras y fluidos cuya obtención requiere un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento libre de este actuara como

			realizada por el juez (autorización judicial)	verdadera fuente de legitimación de la injerencia. (por ejemplo, una exploración radiológica) En otros, incluso coactivamente inspecciones externas) Si se hallare detenido ese consentimiento precisara la asistencia letrada
			Será indispensable la autorización judicial, la cual versara sobre la práctica de la prueba (Toma de muestras) pero no permite el uso de la fuerza para la práctica de la intervención	En que la policía no cuente con la colaboración del acusado o este niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras.
			En realidad, el consentimiento del sospechoso, imputado o detenido es siempre necesario., Pero si no consiente no será suficiente la autorización judicial ya que está en su perfecto derecho de no consentir. Puesto que la autorización	Casos en que el acusado no ha consentido y no se ha podido practicar la prueba. Incluso en uno de ellos el acusado que se negó a la intervención corporal fue acusado de un delito de desobediencia, aunque finalmente absuelto SAP de Navarra de 27 de julio 2010, 27 de mayo de 2009, 28 de noviembre de 2008. Absolvió a los acusados que fueron condenados como autores de un delito de desobediencia por negarse a la toma de muestras para la práctica de la prueba de

			judicial versara sobre la práctica de la prueba (toma de muestras).	ADN. Igualmente la SAP de Albacete de 3 de julio de 2003.
España	STS /10/ 2013 RJ2013, 7891de	Recurso de Casación	Si toda medida que afecte o pueda afectar a un derecho fundamental sea siempre acordada por un juez Casos en que lo puede hacer la policía de propia autoridad	La respuesta no puede ser rotundamente afirmativa, por más que en ocasiones se puedan leer poco meditadas aseveraciones en ese sentido.
España	STS de 28 de junio de 2010 (RJ 2010, 3732)	Recurso de Casación	El consentimiento lo presto 4 días después de practicarse la Prueba	Sin asistencia letrada y sin intérprete.
España	STS de 10/10/2013 RJ 2013, 8008	Recurso de Casación		Que, la toma de muestras mediante frotis bucal (saliva) no afecta a ningún derecho fundamental cuando se hace a efectos meramente identificativos.(Salvo meramente a la intimidad)
España	(RTC 2014, 43)STC		Injerencia en el	Reconoce que el análisis de las muestras

	de 5/XII/ de 2013, (RTC2013, 199 y las 13(RTC2014, 14), 15 (RTC2014,15) 16(RTC 2014, 16) y 43de 2014		derecho de privacidad	tomadas, el análisis de las muestras biológicas del demandante de amparo
España	STS 40/1999 de 5 de abril STC 37/1989, de 3 de febrero	Recurso de casación	Resolución Judicial por la que se ordena el análisis de ADN Es también exigible con ocasión de intervenciones corporales En las resoluciones Limitativas de los Derechos Fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamentalmente afectado, y el interés constitucionalmente protegido y	La verdadera causa de la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerda un análisis de ADN estriba en la naturaleza fundamental de los derechos afectados por la práctica de dichas diligencias Motivación por la que el órgano judicial reflejara el juicio de proporcionalidad de la medida en sus diversas vertientes. (idoneidad, necesidad y proporcionalidad)

			Perseguido	
España	STC 292/2000 de 30 de noviembre	Amparo Constitucional	Delimitar el objeto de los derechos a la intimidad y a la protección de datos	Fue obtenido con fines identificativos a la vista de las regiones de ADN, no codificante que fueron analizadas.
España	STC. 199/2013 De 5 de diciembre de 2013	Acción de Amparo	De la persona en sus aspectos “ideológico, sexual, económico o de cualquier otra índole o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el Individuo”.	No puede decirse que en el indicado perfil genético se incorporen otro tipo de datos que pueden contribuir a configurar un perfil o caracterización. Finalidad constitucionalmente legítima como es la investigación de un grave delito relacionado con actividad de violencia callejera en la que el demandante de amparo admitía haber participado.
España	SSTC 207/1996 De 16 de diciembre 186/2000 de 10 de julio 196/2004 de 15 de noviembre	Acción de Amparo	El perfil de ADN obtenido a partir de su saliva identifica a la persona. Derecho a la intimidad	“Implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana” Límites de la vida privada, pudiendo cada

	STC 20/1992 de 14 de Febrero		personal “Existencia en cuanto derivación de la dignidad de la persona”	<p>Persona</p> <p>La intimidad personal “es un bien que tiene la condición de derecho fundamental, sin el cual no es realizable ni concebible, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental. Garantiza, es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan que somos o lo que hacemos</p> <p>Cuando se trata de una información que afecta a la esfera de la vida privada que el sujeto no puede querer develar. “cuando se pretendía esclarecer a través del análisis de un cabello, información objetivamente perteneciente al círculo de lo íntimo cuya revelación podía tener una incidencia Especial”</p>
	Sala 2da. Del T. S. ATS 11.11.2014 (RC289/2014) Vinculada con el acuerdo del Pleno 24.9.2014			

