

INTERVENCIONES CORPORALES EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL 2004, ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-822 DEL 2005 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA*

*Luis Bernardo Ruiz-Jaramillo***

RESUMEN

La temática de este artículo es un estudio crítico de la concepción que de las distintas modalidades de intervenciones corporales expresa la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-822 del 2005. En este estudio se critica la posición de la Corte Constitucional al considerar, con base en el principio de proporcionalidad, que difusos intereses públicos pueden tener mayor peso que la garantía fundamental de la prohibición del trato cruel, inhumano y degradante. Se proponen unas características, un fundamento y unos límites para estas medidas. Se analiza el papel de las cargas procesales como alternativa a la utilización de la fuerza efectiva en la aplicación de estas intervenciones. Asimismo se examina la eficacia probatoria de estas medidas.

Palabras clave: intervenciones corporales, prueba pericial, derechos fundamentales, proporcionalidad, cargas y obligaciones procesales, fuerza física efectiva, eficacia probatoria, Código de Procedimiento Penal, Corte Constitucional colombiana.

*Fecha de recepción: Marzo 12 de 2007
Fecha de aceptación: Noviembre 1 de 2007*

* Este artículo es parte de un avance de resultados dentro del proyecto de investigación “El derecho constitucional a la prueba, análisis de la jurisprudencia de la Cortes Constitucional y Suprema de Justicia”, inscrito en el CODI de la Universidad de Antioquia y en Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. En este proyecto actuaron, como investigador principal, Luis Bernardo Ruiz Jaramillo, estudiantes en formación, Adriana María Ruiz Gutiérrez y Lesney Catherine González Prada y como auxiliares, Nidia Cristina Montoya Restrepo, María Eugenia Naranjo y Dary Luz Restrepo.

** Profesor de la Universidad de Antioquia de Derecho probatorio y Teoría General de la prueba. Candidato a Magíster en Filosofía Política en la misma Universidad. Miembro del grupo de Investigación “Derecho y Sociedad” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de dicha Universidad. Contacto: luber@une.net.co

CORPORAL INTERVENTIONS IN THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF 2004, ANALYSIS OF THE C-822 SENTENCE OF 2005 OF THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

The thematic one of this article is a critical study of the conception that of the different modalities from corporal interventions expresses the Colombian Corte Constitucional in the C-822/2005 sentence. In this study, the position of the Corte Constitucional is criticized when considering, with base in the proportionality principle (balancing test), that diffuse public interests can have greater weight than the fundamental guarantee of the prohibition of the cruel, cruel and degrading treatment. Characteristics, a foundation and limits for these measures set out. The paper of the procedural burden like alternative to the use of the effective force in the application of these interventions is analyzed. Also, the probatory relevance of these measures is examined.

Key words: *corporal interventions, expert test, fundamental rights, proportional principle (balancing test), procedural burden, effective physical force, probatory relevance.*

INTRODUCCIÓN

El Código de Procedimiento Penal (en adelante se cita como CPP) del 2004 tiene como novedad sobresaliente el establecimiento de una amplia gama de medidas para la obtención de fuentes de pruebas que interfieren en el cuerpo humano. En primer lugar, el artículo 249 regula la obtención de muestras que involucran al imputado, aun sin su consentimiento, para cotejo de fluidos corporales, impresión dental y otros exámenes como el grafológico. En segundo lugar, el artículo 250 ibídem regula el reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos con el consentimiento escrito de la persona o de su representante legal, dando la posibilidad de acudir al juez de Control de Garantía para que señale los condicionamientos bajo los cuales debe realizarse la inspección.

En tercer lugar, el artículo 247 contempla la posibilidad de ordenar inspecciones corporales cuando existan motivos para creer que en el cuerpo del imputado

existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación. Y en cuarto lugar, se contemplan en el artículo 248 *ibídem* los denominados registros personales aplicables sobre personas relacionadas con la investigación sobre las que se tengan motivos para creer que están en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física. Es de aclarar que en estos dos últimos procedimientos no se regula la situación en la cual el procesado no presta su voluntad para la realización del procedimiento.

A poco que se mire, de esta regulación legal aparecen de inmediato conflictos que se plantean entre los intereses constitucionales como los de hacer justicia por parte del Estado con respecto a los derechos fundamentales del imputado o de la víctima como la integridad física, la libertad de locomoción, la libertad de autodeterminación, la intimidad y el derecho a la no autoincriminación en la obtención de la prueba. Esta situación conflictiva entre bienes y derechos constitucionales en la práctica de medidas que utilizan el cuerpo humano como instrumento de prueba, plantea como problema básico: ¿cuáles de estas medidas pueden ser constitucionalmente admisibles, y bajo cuáles presupuestos mínimos lo podrían ser? Este problema básico conlleva a plantear los siguientes cuestionamientos: el papel que tiene el principio de proporcionalidad al que hace referencia la Corte Constitucional en la C-822 del 2005 con respecto a las intervenciones corporales; y la problemática de la fuerza efectiva y las cargas y obligaciones procesales en este tipo de intervenciones.

En aras de abordar esta problemática, el presente artículo se divide en tres subacápites: en el primero, se aborda el concepto y la naturaleza jurídica de estas medidas de intervención; en el segundo, se estudian los derechos fundamentales que se restringen con estas medidas señalando cuáles de ellos son o no restringibles; y en el tercero, se aborda la temática de las cargas y obligaciones procesales, estudiando los desfavorecimientos probatorios y la problemática de la fuerza física efectiva.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

1.1. Concepto

Puede decirse que las intervenciones corporales consisten en aquellas medidas de inspección, registro o de tratamientos diversos sobre la interioridad del cuerpo humano vivo, incluyendo la exterioridad al desnudo de sus partes pudendas, que se practican sobre la parte, el imputado o un tercero —testigo o víctima—, limitadas por la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, aunque puedan restringir, bajo condicionamientos constitucionales, derechos fundamentales como a no ser molestado en su persona o la autonomía personal, con el fin exclusivo de constatar o revelar hechos que sirvan de fuente o medio de prueba en un proceso judicial.

Con respecto a esta clase de medidas, que potencialmente pueden afectar muy fuertemente los derechos fundamentales, se deben tener en cuenta las siguientes características que permiten diferenciarlas de otras medidas, y que de alguna manera son aplicación de las premisas que se verán más adelante sobre el principio de proporcionalidad.

1.1.1. El carácter de intervención.

Las intervenciones corporales se caracterizan por interferir directamente en el cuerpo y la psiquis de la persona. Dada esta interferencia directa, se prefiere el término intervención que otros términos que son usuales en la legislación y la doctrina¹, ya que es el que define mejor esta materia. Así, intervenir da la idea de que se trata de una actuación heterónoma o externa que se sobrepone a la voluntad del individuo, y además, indica mejor la interioridad del cuerpo humano, que términos como los de registro o inspección².

La Corte Constitucional³ prefiere utilizar la terminología que trae el CPP del 2004 —L. 906—, en el cual se refiere a los términos “Inspección corporal” —art. 247—, “Registro corporal” —art. 248—, la obtención de muestras de que trata el artículo 249 del mismo código, y la combinación de inspección y obtención de muestras de que trata el artículo 250 en relación con las víctimas.⁴ También utilizan un concepto amplio de actividades de investigación sobre el cuerpo humano autores como PARRA QUIJANO⁵ Y HUERTAS MARÍN⁶ comprendiendo en el mismo concepto tanto el registro a la exterioridad del cuerpo como a su interioridad.

-
- 1 Ciertamente, es usual encontrar otras expresiones que se han utilizado por la doctrina y la legislación comparada para designar la temática de la utilización del cuerpo humano como instrumento de prueba tales como “reconocimientos médicos”, “registros corporales”, “investigaciones corporales”, “obtención de muestras que involucren al procesado”, “exámenes físicos”.
 - 2 El verbo intervenir, según la Real Academia de la Lengua Española, significa, entre otras cosas, “Dirigir, limitar o suspender una autoridad el libre ejercicio de actividades o funciones”, “Realizar una operación quirúrgica”; asimismo es sinónimo de “inspeccionar”.
 - 3 Sentencia C-822 del 2005, Cons. VIII.
 - 4 La Corte Constitucional —Ibid., Cons. VIII, 5.2.1— considera que la expresión en el cuerpo del artículo 247 indica, en el contexto, “dentro de”, por lo que la inspección se realiza dentro del cuerpo del imputado, es decir, implica una exploración dentro de sus orificios naturales. El artículo 248 se refiere a la expresión “registro personal”, por lo que se trata de una exploración menos invasiva que la anterior. Por su parte, el artículo 249 trata de la obtención de muestras corporales en el imputado, esto es, la extracción de muestras de sangre, semen, saliva, etc. Lo particular del artículo 247 es que de lo que se trata es de recuperar objetos o elementos que se encuentren en el cuerpo del imputado. Esta inspección se realiza en el interior cuerpo —ano, la vagina, la boca, la uretra, los oídos, las fosas nasales—, y por lo general lo debe realizar personal médico o especializado en ciencias de la salud.
 - 5 PARRA-QUIJANO, JAIRO, *El cuerpo humano y su utilización como evidencia probatoria*, en: XX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. pp. 213-214.
 - 6 HUERTAS-MARTÍN, MARÍA ISABEL, *El sujeto pasivo del procedimiento penal como objeto de la prueba*. Barcelona: Bosch, 1999. pp. 411 y ss.

Para los efectos del presente trabajo, con el término intervenciones corporales se comprenden las siguientes medidas directas sobre el cuerpo: 1) la inspección corporal del artículo 247 del CPP —L. 906/2004—, ya que se trata de actuaciones que se realizan dentro del cuerpo humano, es decir, en su interior⁷; 2) el registro personal de que trata el artículo 248 *Ibidem* que recae sobre el cuerpo, pero restringido únicamente al desnudo de las partes pudendas en su exterior; por lo tanto, a no ser por esta excepción, las medidas de que trata este artículo 248 son requisas o cacheos, ya que recaen sobre el cuerpo desnudo de otras partes del cuerpo o sobre las ropas o enseres que lleve consigo; 3) la obtención de muestras que involucren tanto al imputado —art. 249 *Ibid.*— como a la víctima —250 *Ibid.*—; 4) las extracciones sanguíneas de que trata la Ley 721 del 2001 para efectos de filiación natural; y 5) los exámenes psiquiátricos⁸.

Las demás medidas restrictivas de los derechos fundamentales, como se verá, no intervienen directamente sobre el cuerpo o la psiquis de la persona, sino que tienen una interferencia indirecta ya que pueden, de todas maneras, en abstracto, limitar los movimientos, las ocupaciones, la tranquilidad y la conciencia de las personas.

1.1.2. Un elemento fáctico característico de las intervenciones corporales es que recaen sobre el cuerpo humano vivo, lo cual significa que debe tratarse de una persona para adquirir la calidad de órgano o instrumento de la actividad probatoria⁹. Esta exigencia excluye como intervenciones corporales las pruebas de inspección o periciales que se realizan sobre un cadáver, las que ocurren sobre componentes del cuerpo humano que por diversas razones estén separados del mismo como es el caso del pelo, la sangre, la saliva o incluso de algún órgano o de parte del mismo, porque se encuentren en la escena del crimen o porque estén depositados en alguna institución de salud, bajo custodia por alguna autoridad, porque se hallen en el lugar de habitación o de trabajo de la persona, o en el lugar de su reclusión.

7 Para la Corte Constitucional —sentencia C-289 del 2006, MP NILSÓN PINILLA PINILLA, Cons. 3.3.3— en las inspecciones corporales no se efectúa un simple cacheo sino una verdadera intervención sobre el cuerpo de las personas, con riesgo de tocamientos indignantes y hasta exploración sobre la piel desnuda y espacios naturales como el ano, la vagina, la uretra, la boca, los oídos, las fosas nasales y el interior del cuerpo, sea o no mediante la introducción de instrumental médico, sondas, etc. En este mismo sentido la sentencia C-822 del 2005.

8 La Corte Constitucional —sentencia C-822 del 2005, Cons. VIII, 4— describe las medidas sobre el cuerpo humano reguladas en el CPP —L. 906/2004—, así: Dentro de este conjunto de medidas se encuentra (i) el registro corporal, entendido de manera general como la exploración de la superficie del cuerpo, o bajo la indumentaria de la persona para buscar cosas sujetas al cuerpo mediante adhesivos; (ii) la inspección corporal, que se emplea para examinar los orificios corporales naturales (boca, ano, vagina, etc.) y el interior del cuerpo de la persona afectada, cuando el objeto buscado ha sido deglutido u ocultado en el interior de tales orificios; y (iii) la obtención de muestras íntimas, tales como semen, sangre, saliva, cabellos, etc.

9 En este sentido, la procesalista IGLESIAS CANLE, INÉS C. —*Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Madrid, Colex, 2003, pp. 14-15—, considera como uno de los elementos configuradores de las intervenciones corporales su incidencia sobre el cuerpo humano.

1.1.3. Las intervenciones corporales, al recaer sobre el interior del cuerpo humano en sus cavidades naturales o debajo de la piel o en la psiquis, se diferencian de las requisas o cacheos. Estos últimos recaen exclusivamente sobre la exterioridad del cuerpo humano, bien sobre las ropas o enseres que lleve consigo, e incluso sobre el cuerpo desnudo, a no ser que se trate de partes del cuerpo que culturalmente tengan el carácter de pudendas —órganos sexuales, ano, senos—, las cuales por su grave interferencia con la intimidad de la persona deben considerarse como intervenciones corporales en sentido estricto¹⁰. De otra parte, las intervenciones corporales tienen la potencialidad de afectar la salud física o mental de las personas, por lo que siempre se va a requerir la ayuda de un experto en salud, según la naturaleza de la medida; incluso, el registro al desnudo de las partes pudendas del cuerpo debe ser hecho por un facultativo de la salud. Por su lado, si bien los cacheos o requisas afectan los derechos al honor, al buen nombre de las personas, a no ser molestado y a la presunción de inocencia, no tienen potencialidad alguna de afectar la salud física o mental de las personas.

Las intervenciones corporales son propiamente un acto de preconstitución de una fuente de prueba o una prueba pericial y como tal constituyen una actividad posdelictual; en cambio, las requisas o cacheos son medidas típicamente policiales, no obstante, de conformidad con el artículo 248 del CPP, también tienen el carácter de posdelictuales. A propósito de este artículo 248, la Corte Constitucional¹¹ ha dejado en claro que cuando la requisas afecta el cuerpo desnudo de la persona, debe realizarse mediante los siguientes condicionamientos: orden previa del juez, el cumplimiento de la motivación, el principio de proporcionalidad y otros.

10 A propósito de las requisas sobre las personas reclusas o visitantes en centros penitenciarios, la Corte Constitucional —sentencia T-690 del 2004, MP ÁLVARO TAFUR GALVIS— hace la diferencia entre las que se realizan en forma visual y superficial sobre la persona o sus pertenencias y entre las injerencias visuales o por contacto sobre el cuerpo desnudo. A partir de dicha diferencia, establece que las primeras las pueden realizar las autoridades penitenciarias, y las segundas son intervenciones o injerencias que afectan los derechos a la intimidad corporal, la libertad, la integridad física y moral, por lo que requieren autorización judicial atendiendo a las pautas constitucionales y legales. También, la sentencia T-702 del 2001 —MP MARCO GERANDO MONROY CABRA— resuelve una tutela presentada por un interno, dictaminando lo siguiente: “La rutina de hacer desnudar al interno y obligarlo a agacharse o a hacer flexiones de piernas y a mostrar exhaustivamente sus genitales a la guardia, resulta de por sí vergonzosa y humillante” “...constituye un trato cruel, inhumano y degradante, y por ende, violatorio del derecho fundamental a la dignidad”. En este mismo sentido, la Comisión Americana de Derechos Humanos se ha pronunciado mediante Informe No 38/96 —Caso 10.506, Argentina, 15 de octubre de 1996— en el cual se examina si la inspección vaginal que se venía realizando a la señora X y su hija para poder visitar a su esposo y padre que estaba recluso en una cárcel de la Capital Federal vulneraba los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos; frente a lo cual se dictaminó que con estas actuaciones de la guardia penitenciaria se ven vulnerados los derechos a la integridad personal, dignidad humana, intimidad y familia —ver en Internet: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/IA1996CapIIa.htm>—

11 Ciertamente, la Corte Constitucional en la sentencia C-822 del 2005 —Cons. VIII, 5.3.1— considera que el registro del que trata el artículo 248 CPP es de menor grado de incidencia y “[...] supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales”. Este registro recae sobre el imputado o un tercero, no sobre la víctima, ya que a esta hace referencia el artículo 250 *ibidem*.

1.2. Las intervenciones corporales tienen la naturaleza de pruebas periciales

Las intervenciones corporales son de carácter jurídico-probatorio, tienen la naturaleza jurídica de prueba pericial¹². Este carácter lo pone de presente en la doctrina la procesalista española Iglesias Canle¹³: “La pericia debe estar presente a lo largo de todo el proceso de obtención de estas medidas. Desde un primer momento resulta esencial, para garantizar los derechos de las personas afectadas, la presencia de un perito o experto en la materia que, con la adecuada preparación sepa orientar al juez a la hora de decretar la intervención corporal más adecuada y, lo más importante, sepa realizarla sin causar más daño que el estrictamente necesario y con todas las garantías para que los resultados que se obtengan sean fiables”.

Este elemento sirve para diferenciar las intervenciones corporales de otras actuaciones sobre el cuerpo humano, como las requisas o cacheos que tienen carácter de medidas policivas de prevención de la criminalidad, como también las medidas sanitarias que por obligación deben practicarse en un determinado contexto poblacional, las cuales son de carácter administrativo-preventivo. Para la Corte Constitucional¹⁴, los registros o inspecciones sobre el cuerpo humano son diligencias de investigación posdelictuales, dirigidas a hacer una búsqueda sobre el cuerpo del imputado, de la víctima o de terceros, que tengan alguna relevancia para la investigación, con el fin de constatar o esclarecer los hechos, lograr la identificación del autor y determinar las circunstancias bajo las cuales estos se produjeron.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS INTERVENCIONES CORPORALES

2.1. El consentimiento del sujeto pasivo de las intervenciones corporales

Dada esta interferencia directa sobre el cuerpo y la psiquis de la persona, aun en el caso en que la persona preste su voluntad para realizar las medidas, se deben cumplir las exigencias de juez natural, motivación y proporcionalidad. Uno de los aspectos esenciales de las intervenciones corporales es que su práctica puede realizarse incluso afectando la autonomía personal, ya que estas medidas como todas las demás de carácter imperativo lo que hacen, en primera instancia, es afectar este derecho. Por lo tanto, el consentimiento para que sea válido en estos

12 Para la Corte Constitucional —sentencia C-822 del 2005, Cons. VIII, 4— el auxilio médico no es una necesidad sino que se trata simplemente de una tendencia.

13 IGLESIAS CANLE, *Op. cit.*, p. 31.

14 Corte Constitucional, sentencia C-822 del 2005, Cons. VIII, 4.

casos debe ser debidamente informado por el facultativo de la salud, expreso y por escrito. Vale decir, de manera alguna es válido el denominado consentimiento tácito o pasivo, no basta la simple ausencia de resistencia verbal o física para que sea válida la voluntad para el acto. Esta exigencia es apenas obvia ya que se trata de medidas que potencialmente pueden afectar la salud de las personas.

No obstante, aun en el evento en que la persona afectada con la medida preste su voluntad, se requiere la autorización previa del juez¹⁵ en razón de la potencialidad de este tipo medidas de afectar a tal grado la salud física o psíquica de la persona que puedan llegar a constituirse, en un caso concreto, en cruel, inhumano y degradante —Cfr. artículo 12 de la Constitución Política (en adelante se citará como CP)—, situación en la cual son inconstitucionales.

A pesar de lo dicho, en el ámbito extraprocésal existen situaciones especiales en las cuales, por disposición del reglamento de trabajo, se establece el deber para los trabajadores de permitir la extracción de sangre con el fin de establecer si se presenta el consumo de drogas o de alcohol cuando se trata de empresas dedicadas a la operación de vehículos o máquinas de alto riesgo en su operación¹⁶.

2.2. La prohibición de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes como el límite infranqueable

Este límite de carácter deóntico contenido en la regla del artículo 12 de la Constitución Política (adelante se citará como CP) no puede sobrepasarse en momento alguno so pena de desnaturalizarse las medidas de intervenciones corporales¹⁷. Esta regla constitucional, ni en forma expresa ni tácitamente admite excepción o restricción alguna en el contexto de la obtención de la prueba; por lo que en este ámbito se trata de una regla absoluta. Nadie puede decir que con la obtención de una prueba está defendiendo la salud o la vida o la libertad propias o de los demás. La obtención de la prueba no es el instrumento de defensa ante el

15 Con toda razón la Corte Constitucional —sentencia C-822 del 2005, Cons. VIII, 5.1— ha interpretado con fundamento constitucional que la autorización previa del juez se exige aun en los casos en los cuales el afectado con la medida voluntariamente se quiere someter a ella.

16 Un trabajador entabla acción de tutela contra el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial de la Empresa Esso Colombiana Limited, por obligar a sus empleados a someterse a exámenes de laboratorio o de otro tipo en aras de detectar el consumo de drogas o alucinógenos. La corte Constitucional —sentencia T-183 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara— dictaminó la constitucionalidad de tal deber, en razón de tratarse de actividades de alto riesgo como el manejo de vehículos, máquinas o en las labores propias de un aeropuerto.

17 De acuerdo con la procesalista española IGLESIAS CANLE —*Op. cit.*, p. 38—, los límites infranqueables a que debe someterse toda intervención corporal se pueden resumir así: de un lado, en ningún caso podrá acordarse una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente para el sujeto pasivo un riesgo o quebranto para la salud. Y del otro, la práctica de la medida debe llevarse a cabo con el respeto a la dignidad de la persona sin que la medida misma y la forma de su práctica constituyan una forma de trato inhumano o degradante.

delito, ni tampoco lo es de prevención, ni mucho menos es un medio de venganza. Por lo tanto, ni la muerte ni el dolor ni el trauma físico ni el psíquico son medios legítimos, constitucionalmente, para el aseguramiento de prueba. En este contexto del aseguramiento de la prueba, el derecho que constitucionalmente se comporta como relativo es el del derecho fundamental a la prueba, ya que el artículo 29 de la CP que lo establece, al mismo tiempo lo restringe con la regla de la nulidad de pleno derecho de la prueba.

Sin embargo, estas medidas con el cumplimiento de los condicionamientos constitucionales sí pueden afectar la garantía según la cual “nadie puede ser molestado en su persona [...]” ya que el artículo 28 de la CP expresamente consagra su restricción “[...] en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley. Una persona sí puede ser molestada en su entidad física o psíquica en la obtención de la prueba, pero de manera alguna puede ser objeto de afectación de su salud o de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Lo anterior significa que si la medida supone una molestia para la persona, puede calificarse como válida si cumple los demás condicionamientos; pero si se prevé que la medida afecta a tal grado la salud física o psíquica de la persona que pueda calificarse de trato cruel o degradante, entonces no puede ordenarse por ilegítima. De esta forma, puede decirse que la violación al derecho a no ser tratado en forma cruel o degradante es condición suficiente para excluir la prueba; pero la molestia a la salud física o psíquica es condición necesaria pero no suficiente para la legitimidad de la misma.

La diferencia entre lo que es molestia y lo que es cruel, inhumano o degradante en abstracto no es posible determinarlo, pero en concreto sí es viable establecerlo en cada caso en especial, si se respetan las garantías procesales como la del juez natural, contradicción, publicidad, la segunda instancia, la intervención de perito en salud humana y la motivación razonada de la decisión. En esta última, el juez debe demostrar argumentativamente que la medida aunque causa una molestia física o psíquica no es trato cruel, inhumano o degradante. No solo por la naturaleza misma de estas medidas, sino también por prudencia, el juez en su realización debe guiarse en todo caso con el auxilio del experto en salud física o psíquica, y no, únicamente, con el sentido común.

En este punto hay que efectuar una observación a la sentencia C-822 del 2005 de la Corte Constitucional¹⁸, ya que incurre en la imprecisión de considerar que las medidas de inspección, registro u obtención de muestras de los artículos 247, 248,

18 Sentencia C-822 del 2005, Cons. VIII, 5.2.1.

249 y 250 afectan, entre otros derechos “(iv) a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, porque en ciertos eventos se somete a las personas a procedimientos que pueden causar dolor o ser en sí mismos degradantes”. Pero en otro aparte de la providencia considera que cuando el imputado es sometido contra su voluntad a la realización de estas medidas, se deben respetar principios como la dignidad humana y “[...] no someterlo a tratos crueles, inhumanos o degradantes”¹⁹. Esta imprecisión o contradicción puede llevar a desnaturalizar las medidas, ya que pueden pasar de ser una exclusiva forma de asegurar la prueba a una actividad de castigo o retribución y un instrumento de prevención general o especial de delitos²⁰. Restringir la garantía de la prohibición de tratos crueles e inhumanos conlleva a instrumentalizar a la persona humana para ponerla al servicio de los intereses del Estado. Se degrada la condición humana en aras de una verdad máxima, sin controles; es una verdad sin límites, en aras de la cual es posible la producción de cierto grado de dolor o sufrimiento según el interés general en cuestión o la importancia del asunto para el Estado. Se da una supremacía de la fuerza sobre el derecho. La jurisdicción se torna en un ente que viola los derechos fundamentales, en vez de defenderlos.

De lo anterior puede concluirse que con su interpretación la Corte Constitucional favorece el ilegalismo al no establecer límites claros en la práctica de medidas de tanta incidencia en los derechos fundamentales de las personas.

2.3. Los derechos fundamentales restringibles con las intervenciones corporales

2.3.1. El derecho a no ser molestado en su persona.

La posibilidad de restringir el derecho a no ser molestado en su persona es el fundamento constitucional —art. 28 de la CP— a las intervenciones corporales. Es viable que en aras de la efectividad del derecho fundamental a la prueba lo mismo que en el deber constitucional de colaborar con la justicia, se pueda restringir el derecho a no ser molestado en su persona para realizar intervenciones corporales.

¹⁹ Sentencia C-822 del 2005, Cons. VIII, 5.2.2.5.

²⁰ A propósito, FOUCAULT, MICHEL —Cfr. *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*. México: siglo XXI, 1976. p. 47— hace referencia al doble propósito que cumplía la tortura en la edad media en Europa: “Bajo la aparente búsqueda terca de una verdad precipitada, se reconoce en la tortura clásica el mecanismo reglamentado de una prueba: un reto físico que ha de decidir en cuanto a la verdad; si el paciente es culpable, los sufrimientos que se le imponen no son injustos; pero es también un signo de disculpa en el caso de que sea inocente. Sufrimiento, afrontamiento y verdad están en la práctica de la tortura ligados los unos a los otros: trabajan en común en el cuerpo del paciente. La búsqueda de la verdad por medio del tormento es realmente una manera de provocar la aparición de un indicio, el más grave de todos, la confesión del culpable; pero es también la batalla, con la victoria de un adversario sobre el otro, lo que “produce” ritualmente la verdad. En la tortura para hacer confesar hay algo de investigación y hay algo de duelo. En la tortura van mezclados un acto de información y un elemento de castigo”. Ver también, FERRAJOLI, *Derecho y razón ... Op. cit.*, p. 136.

Estas de ninguna manera pueden fundarse en algún interés de protección a la víctima, como lo pretende la Corte Constitucional²¹ ya que, como se ha dicho, el deber ser de estas medidas no es la prevención o el control social.

Constitucionalmente, son legítimas las intervenciones corporales que afecten derechos como la autonomía de la voluntad, la intimidad, libertad de conciencia y el derecho a no ser molestado ya que, en el régimen constitucional colombiano, pueden ser disponibles por sus titulares y el constituyente establece restricciones o las delega al legislador ordinario para su establecimiento. Por tanto, estas medidas son inconstitucionales cuando afectan la salud física o psíquica de las personas de forma que se pueden calificar de trato cruel, inhumano y degradante.

Las intervenciones corporales afectan el derecho a la no autoincriminación. Entendido este derecho como antes se expuso, en el sentido de que una persona no puede ser utilizada en su cuerpo, sus palabras o su modo de ser como prueba que busque la desmejora de sus condiciones existenciales. Desde luego, con las intervenciones corporales no se afecta el derecho a guardar silencio o a no declarar contra sí mismo; pero sí se utiliza el cuerpo o la psiquis de la persona como prueba incriminante. Por lo tanto, sí es una forma de autoincriminarse. Otro problema diferente es que el orden jurídico colombiano no reconozca expresamente este derecho. No obstante, sí se puede implícitamente deducir de otros derechos como la dignidad humana, la intimidad y las garantías a guardar silencio y no declarar contra sí mismo o contra los parientes del artículo 33 de la CP que las personas frente a la actividad de justicia en el Estado colombiano tiene una posición iusfundamental de no ser sometidas en su entidad corporal y física como prueba contra sí mismos.

2.3.2. Presupuestos constitucionales del debido proceso en las medidas restrictivas a los derechos fundamentales en la obtención de la prueba.

Dada la forma como el constituyente colombiano regula la validez de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales en aras de obtener la prueba —Cfr. inc. final del art. 29 de la CP—, puede decirse que existe una relación inversamente proporcional entre el interés general o público de obtener la verdad y las libertades de las personas. La maximización del interés general en la consecución de la verdad reduce o anula el autogobierno de la persona sobre su cuerpo, su psiquis y su vida social o moral. La consideración de derechos irrenunciables o absolutos de todos los derechos fundamentales sustantivos en el contexto del aseguramiento de la prueba afecta la obtención efectiva de los bienes de las personas en muchos casos

21 Al respecto, la sentencia C-822 del 2005 —Cons. VIII, 5.2.2.5— funda estas medidas en el interés general de hacer justicia, lo mismo que en el deber de colaborar con la justicia y en el interés de proteger a las víctimas de los delitos.

vinculados con su condición existencial misma. Precisamente, uno de los aciertos importantes del constituyente colombiano es el de vincular el debido proceso a la decisión política del legislador como a la jurídica del juez, en la función de graduar esta relación inversamente proporcional entre interés general y libertades negativas en el ámbito de la obtención de la prueba.

Aludir a un debido proceso sustantivo en materia procesal probatoria significa que el debido proceso no sólo se refiere a las formas propias de cada juicio, sino que disciplina el juicio de ponderación entre el interés general y las libertades de las personas al momento de decidir sobre una medida imperativa o coactiva, lo mismo que el juicio de razonabilidad que hace el juez al momento de decidir sobre el grado de convicción que genera la prueba. El debido proceso sustantivo regula estos espacios abiertos para evitar que en la jurisdicción se entronice el arbitrio o el capricho judicial. Así, el debido proceso dentro del Estado Constitucional de Derecho le da supremacía a la razón jurídica sobre la razón de Estado; le da preeminencia al derecho sobre la política o la moral.

Los presupuestos constitucionales de validez formal y material a los cuales están sometidos el legislador y el juez en la expedición y la aplicación de normas que protejan en la mayor medida posible los derechos fundamentales para cumplir con el interés de obtener la verdad mínima propia de la justicia jurisdiccional son, básicamente, el cumplimiento de principios cuya finalidad es impedir la arbitrariedad de las autoridades o de otras personas y la confiabilidad de la prueba. Estos presupuestos constitucionales constituyen lo que, para efectos de este trabajo, se ha denominado debido proceso sustancial.

El primer presupuesto es el principio de legalidad, consistente en que las distintas medidas que en algún grado restrinjan los derechos fundamentales en aras de la obtención de la prueba deben obedecer a la regla de la “*nulla coactio sine lege*”. En este contexto, legalidad significa que las distintas medidas imperativas o coactivas deben estar autorizadas por la propia Constitución Política, y además, deben estar reguladas mediante Ley Estatutaria que cumpla con los condicionamientos de ser previa, escrita y estricta²², de suerte que se asegure, de un lado, que sean un producto democrático, y del otro, la primacía, en serio, de los derechos inalienables de la persona —art. 5° de la CP— sobre el interés general de hacer justicia.

El segundo es el principio del juez natural, se trata de que sea un tercero, ajeno a los intereses de parte o de las mayorías o del consenso, el que, bajo el imperio del derecho, haga las valoraciones de carácter epistemológico y político constitucional

22 Según GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS —*Proporcionalidad y derechos fundamentales*, Madrid, Colex, 1990, p. 77—, “La ley procesal debe tipificar tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

de la manera más racional u objetiva en lo posible para decidir sobre la validez constitucional de la interferencia en las libertades de las personas en la obtención de la prueba. El tercero es la motivación de la decisión, exigiendo que esta sea basada tanto en la verdad fáctica a partir de la prueba como en la jurídica con base en los valores constitucionales y demás condicionamientos que se desprenden de los derechos fundamentales. Lo característico de la jurisdicción es la sujeción del juez a la legalidad.

El cuarto presupuesto es el de la calidad de imputado del sujeto pasivo de estas medidas. El quinto es la separación de funciones entre juez y parte, y entre la parte y el órgano de prueba. El sexto es la existencia de una prueba mínima para intervenir que evite las intromisiones exploratorias o indiscriminadas. El séptimo, la práctica de las intervenciones corporales por un perito en salud humana que preserve al máximo la integridad de la salud de la persona y su intimidad. El octavo, el principio de proporcionalidad, imponiéndoles a las intervenciones los siguientes límites básicos: la medida restrictiva debe ser idónea en el sentido de que efectivamente sirva para lograr el fin buscado; necesaria, es decir, de que no exista otra medida menos aflictiva para las libertades; debe ser proporcional en sentido estricto en el entendido que el fin de la medida justifique la restricción, y en cuanto a la intensidad de la intervención en los derechos fundamentales, esta no puede ser mayor que el beneficio que se alcance con la misma²³.

2.3.3. Ejemplos de casos en los que son constitucionalmente legítimas las intervenciones corporales.

Las intervenciones corporales leves como las extracciones sanguíneas, cortes de uñas o de pelo, incluso, aun si no mediere el consentimiento de la persona, vale decir, coactivamente; siempre que se cumpla con los demás presupuestos constitucionales²⁴. En estos casos, más que una verdadera afectación a la salud o integridad física de la persona, lo que existe es una molestia. Al respecto, se ha

23 Sobre el principio de proporcionalidad, ver la Corte Constitucional, en las siguientes sentencias: C-822 del 2005 —Cons. VIII,3—; C-371 del 2000 — MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ, Cons. VII,35—. C-110 del 2000 — MP ANTONIO BARRERA CARBONELL. Cons. VI, 2,3—. C-093 del 2001 — MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, Cons. VI,4—; C-309 de 1997 — MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, Cons. F.J. VII, 11— y C-741 de 1999 — MP FABIO MORÓN DÍAZ, Cons. IV, quinta—; T-422 de 1992 — MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, F.J. 25-28—, C-530 de 1993 — MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, F.J. segunda parte, 5)—. En este mismo sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO —*Op. cit.*, pp. 55 y ss.—, dice que este principio trata de un juicio constitucional que hace el juez de la medida restrictiva frente a los valores, principios y derechos constitucionales.

24 La Corte Constitucional —sentencia T-266 del 2006, MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA— dictaminó la inconstitucionalidad de una extracción sanguínea ordenada por las directivas de una institución educativa a un estudiante sospechoso de consumir marihuana, considerando lo siguiente: “[...] denota una práctica irregular que supone una vejación para el estudiante, desconoce los fines del proceso de enseñanza y desorienta al educando sobre su posición frente al estudio y al conocimiento. Lo que hizo el colegio acusado fue cosificar al menor [...] Obsérvese que la toma de muestra de sangre en las condiciones irregulares en que se hizo por la institución [...] se torna en una manifiesta conducta violatoria de derechos fundamentales”.

pronunciado el Tribunal Europeo para los derechos humanos, resaltando que un análisis sanguíneo, cuya lesión es mínima para la integridad física, no puede resultar equiparable a la afectación del derecho a la vida o a la integridad física²⁵. De igual modo, ante lo insignificante de la afectación a la integridad física, se incluyen en esta clasificación las pruebas de alcoholemia²⁶.

Deben rechazarse como trato cruel e inhumano, intervenciones corporales como el examen ginecológico realizado coactivamente, pues el Tribunal Constitucional español considera que su práctica sí afecta la dignidad de la persona, al vulnerar no sólo la integridad física, como el derecho a la intimidad corporal²⁷. Por la misma razón, son inconstitucionales los siguientes exámenes o tratamientos: los radiológicos sobre mujeres en embarazo o en personas sensibles a los mismos, las distintas modalidades de endoscopias por cavidades como el recto o la laringe, la aplicación de diversos laxantes para expulsar cápsulas con droga del estómago, el registro bucal en forma coactiva²⁸. En estos casos es necesario concluir que los actos coactivos para la práctica de estas intervenciones implican de por sí una importante afectación a la dignidad humana y a la salud física, de tal grado que es muy evidente que se sobrepasa el umbral de la simple molestia a constituirse en un trato cruel, inhumano y degradante.

3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA *vis física*

La consecuencia del incumplimiento de la obligación de someterse a las medidas de intervenciones corporales de que tratan los artículos 247, 248, 249 y 250 del Código de Procedimiento Penal del 2004, además de la posible multa o arresto, según la sentencia C-822 del 2005, es la posibilidad de coerción física para sometimiento de la persona o afrontar un delito penal. Debe precisarse que la obligación consiste en tolerar pasivamente el examen y no es posible imponerle a la persona a que coopere también de modo activo en el mismo²⁹. De conformidad con la interpretación de la Corte Constitucional³⁰, puede concluirse que la fuerza física es aplicable contra el

25 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, SSTEDH de 25 de abril de 1978 (caso Ayer), de 25 de febrero de 1982 (caso Campbell y Cosans) y de 7 de julio de 1989 (caso Söering). En: IGLESIAS CANLE. *Op. cit.*, pp. 38-39.

26 Al respecto, ver, HUERTAS MARTÍN. *Op. cit.*, p. 452.

27 STC 37/1989, de 15 de febrero, citada por IGLESIAS CANLE, *Op. cit.*, p. 39. No obstante, como lo dice ASENCIO MELLADO, J.M —*Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid: 1989, pp. 139 y ss.—, en esta sentencia se consideran como simples cacheos policiales las inspecciones al cuerpo desnudo aun sobre las partes consideradas íntimas.

28 Al respecto, el Tribunal Constitucional español, en las sentencias STC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio, al considerar como constitucionalmente admisible la asistencia médica y de alimentos, aun contra la voluntad de unas personas detenidas en prisión que participan en una huelga, aclarando que no es posible la alimentación forzosa vía bucal por considerarla como cruel y degradante.

29 Al respecto, ver ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho procesal penal*, 25ª Ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. pp. 290-291.

30 De acuerdo con la Corte Constitucional —Sentencia C-822 del 2005, Cons. 5.5.2.5— en todos los eventos de inspecciones, registros u obtención de muestras del cuerpo imputado es posible, por orden del juez del

imputado o acusado, lo mismo que contra las víctimas que sean menores de edad en casos de extrema gravedad, en delitos múltiples, en casos de graves violaciones al derecho internacional humanitario o en delitos de competencia del Tribunal Penal Internacional. En el caso de los testigos, estos únicamente pueden ser sometidos contra su voluntad, al registro personal de que trata el artículo 248 *ibidem*. Por lo tanto, no pueden ser subyugados a intervenciones corporales —inspecciones u obtención de muestras— por considerarse que sería una forma injustificada de castigo. Tampoco a las víctimas mayores de edad se les puede someter en contra de su voluntad a las intervenciones corporales³¹.

Esta regulación e interpretación de la Corte Constitucional son cuestionables, pues permiten la utilización de la fuerza física en forma genérica e indiscriminada, con unos límites dúctiles y maleables al socaire del principio de proporcionalidad; además, afecta el principio de la legalidad antes visto, ya que esta medida coercitiva expresamente no se contempla para las inspecciones ni los registros corporales de que tratan los artículos 247 y 248 del CPP. Esta regulación tampoco hace la necesaria distinción entre intervenciones leves y graves para efectos de medir la consecuencia aplicable; ni establece criterio alguno sobre los delitos en los cuales proceden. Ante esta indeterminación, en la práctica cabe preguntarse: ¿es posible la aplicación de la fuerza física, así implique daño físico para la persona que tiene capacidad para resistirse? ¿Es posible utilizar los modernos sistemas de sedantes o anestésicos instantáneos y de cortos efectos en el tiempo? ¿Es posible la aplicación de laxantes para la expulsión del alijo producto del delito? ¿Se pueden realizar cirugías para extraer proyectiles u otros elementos producto del delito? La respuesta a estas preguntas puede llevar a la conclusión de la poca viabilidad del proceder en contra de la voluntad de persona, ya que puede desembocar en la propuesta de un proceso penal premoderno de ordalías o de tortura como métodos de investigación.

Lo único que plantea la Corte Constitucional al respecto es lo relacionado con el grado de intrusión que implica la inspección o la obtención de muestras corporales que conlleve a una afectación media o alta dependiendo, por ejemplo, del grado de intrusión o de la profundidad de la exploración; de esta forma, se habla de medidas más o menos invasivas o más o menos graves según afecte las partes pudendas de la persona o dependiendo del instrumental médico utilizado, el tipo de muestra, la parte del cuerpo afectado, las consecuencias para la salud de la persona, etc. Este grado intrusión interviene a la hora de hacer el juicio de proporcionalidad, ya que la afectación del derecho del imputado a su intimidad sería desproporcionada, si al sopesar la gravedad del hecho delictivo, los intereses del Estado y de las víctimas,

control de garantías, que procedan las medidas aun contra su voluntad.

31 De conformidad con la legislación alemana —Al respecto ROXIN, *Op. cit.*, p. 295— en los testigos sólo pueden ser comprobados los rastros del delito “sobre el cuerpo, y no en el cuerpo”.

así como el valor probatorio de la evidencia material buscada, la carga impuesta al individuo resulta excesiva —Cfr. sentencia C-822/2005, Cons. 5.4.2—.

Como puede verse, la Corte Constitucional en la sentencia C-822 del 2005 no trae un tope para este tipo de medidas más o menos objetivo que pueda evitar que las mismas sobrepasen el umbral de lo que es una molestia hacia la producción de dolor o de riesgo para la salud de las personas. Todo depende de lo que en cada caso concreto determine el juez como gravedad delictiva y gravedad de la intromisión para efectos de la aplicación de las mismas. No se prohíbe la producción de dolor o de lesiones quirúrgicas con tal de que justifique con la gravedad del delito. Dice la sentencia en cuestión —Ibíd. Cons.5.2.2—: En cuanto a la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, la inspección corporal tiene una alta incidencia en este derecho, si su práctica implica causar dolores al imputado y si no se toman las previsiones necesarias para reducir al mínimo posible el nivel invasivo de la medida. Mientras mayor sea la incidencia de la inspección corporal sobre este derecho, mayor peso deberá tener el bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas.

Esta misma prescripción se vuelve a repetir cuando la misma sentencia —Ibíd. Cons. 5.4.2— aborda el tema de la obtención de muestras corporales. En otras palabras, según esta disposición jurisprudencial, se llega a la absurda conclusión de que, con el fundamento dúctil y maleable de un principio de proporcionalidad sin topes deónticos o empíricos, se puede infligir dolor hasta en cierta medida en que el delito sea grave y de mayor peso el derecho de las víctimas. Se justifica, según esta jurisprudencia, cierto grado de sufrimiento físico con fundamento en difusos derechos de la víctima en el grado del también vago interés del Estado en la persecución del delito.

Hay que decirlo, la Corte Constitucional incurre en esta sentencia en un abuso del principio de proporcionalidad. La Corte Constitucional no sólo se ha tornado en legisladora sino que adicionalmente sus dictámenes son de dudosa legitimidad constitucional. La Corte en su afán de llenar los vacíos por omisión del legislador en este tipo de medidas tan fuertemente afflictivas de los derechos fundamentales, lo que ha hecho es empeorar la posición jurídica de los ciudadanos frente a los aparatos de justicia. El juez no tiene más topes que los de su propia conciencia para ordenar este tipo de medidas.

3.2.1. Premisas para la aplicación del principio de proporcionalidad.

La argumentación que justifica las intervenciones en los derechos fundamentales en aras de asegurar la prueba no puede ser libre, sino que rigurosamente debe

estar gobernada por premisas constitucionales dependiendo del contexto en que se aplique el principio de proporcionalidad. En la materia de las medidas restrictivas en cuestión se deben respetar estrictamente las siguientes premisas que actúan a la manera de límites que deben ser respetados por el legislador y hacerse efectivos por el juez en los casos concretos³²:

PRIMERA: El derecho a la prueba obedece al valor de la libertad como los demás derechos individuales; por ello, la verdad que se protege constitucionalmente es la mínima que sea compatible con la máxima realización de los derechos fundamentales.

SEGUNDA: En aras de satisfacer el interés de la verdad en la realización de la justicia, sólo las restricciones a los derechos fundamentales que autorice la Constitución Política pueden ser legítimas; por lo tanto, de manera alguna pueden afectarse derechos fundamentales como la vida o incurrir en tratos crueles e inhumanos, puesto que la naturaleza de esta restricción comporta un castigo o una sanción. De esta manera, no existe fundamento constitucional alguno, ni siquiera implícito, para restringir estos derechos en aras de la obtención de la prueba.

TERCERA: La gravedad delictiva que pueda justificar este tipo de medidas debe estar ponderada por la calidad del derecho fundamental comprometido con la conducta desviada objeto del aseguramiento de la prueba. La razón jurídica, en virtud de la supremacía de los derechos inalienables de las personas, enseña que los más importantes son la vida, la integridad personal, los bienes jurídicos protegidos por el derecho internacional humanitario, la libertad personal, la libertad, integridad y formación sexuales. El mero interés de proteger el Estado o la democracia o el régimen político no justifican este tipo de medidas restrictivas a los derechos fundamentales, ya que el valor de la dignidad humana prohíbe que estos últimos se utilicen como instrumento de las razones de estado o de orden público³³.

CUARTA: División de funciones en la creación, decreto y práctica de estas medidas restrictivas a los derechos fundamentales; estos se ven mejor protegidos si el mecanismo de la división de poderes actúa con el control que trae implícito de todos los actos del Estado. En efecto, se cumple con el principio

32 Para BERNAL PULIDO —*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucional. 2003, p. 517— hay que entender el principio de proporcionalidad como un límite a los límites de los derechos fundamentales. En este sentido, este principio establece las condiciones que deben observarse en las limitaciones que de los derechos fundamentales puedan hacerse en función de optimizar o hacer más efectivos los derechos fundamentales en el ejercicio del derecho a la prueba y la función que tiene este con respecto al valor justicia.

33 De conformidad con la Corte constitucional —sentencia C-110 del 2000, MP ANTONIO BARRERA CARBONELL. Cons. VI, 2.1, b)— el orden público está subordinado al respeto de la dignidad humana y el reconocimiento y efectividad de los derechos humanos.

de la proporcionalidad, si es el legislador el que crea estas medidas y no la Corte Constitucional; además, se ve mejor protegida la intimidad de las personas, lo mismo que las comunicaciones privadas y la indemnidad corporal, si la medida es a petición de parte, en ejercicio del derecho a la prueba, que un juez decide sobre su admisibilidad enjuiciando el cumplimiento de los presupuestos constitucionales, es practicada por el fiscal con la ayuda de la policía y de los peritos, con la garantía de la contradicción al momento de su práctica, si en su caso es razonablemente posible. En estas condiciones, el interés general de hacer justicia se ve mejor protegido porque surge una verdad de mejor calidad y los derechos fundamentales se ven mejor asegurados.

Entendiendo el principio de proporcionalidad con las premisas constitucionales que antes se esbozan, la razón jurídica predominará sobre las razones de Estado o de orden público; de esta forma, el Estado de derecho despliega de manera más eficiente su principal función que es la protección de los derechos fundamentales de todas las personas. Así, a los miembros del Estado se les da un trato de personas y no de súbditos de algún grupo enquistado en el poder estatal que tiene intereses superpuestos a los legítimos del Estado.

3.2.2. *El problema de la fuerza efectiva.*

La Corte Constitucional, cuando aborda la problemática relacionada con la obtención de muestras que involucran al imputado sin su consentimiento, no tiene en cuenta que en algunos casos que contempla el artículo 249 —CPP del 2004— existe una imposibilidad física de practicarlos sin tener que acudir a la tortura o al trato cruel e inhumano. Por ejemplo, la obtención de muestras para el cotejo de voces o de las grafías manuscritas sin la anuencia del afectado no es posible mediante la simple fuerza efectiva para obligar a la persona a hablar o a escribir; únicamente recurriendo a la tortura física o psicológica o a drogas hipnóticas es posible lograr un examen de esta naturaleza³⁴. Entre otras cosas, obligar a hablar al imputado conlleva a afectar la garantía constitucional a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo.

Tampoco está lejos de esta imposibilidad la obtención de muestras a partir de la realización del examen ginecológico o la práctica de una impresión dental completa. Se requiere para tales efectos la utilización de tal fuerza física que en muchos casos

34 En contraste, GALVIS GALVIS, VENANCIO —*La voz como prueba judicial*, Bogotá: Plaza & Janes, 1988, pp. 50-51— recomienda, sin explicar cómo, que “cuando el sospechoso se niega a repetir el texto de la grabación litigiosa, se debe solicitar al juez una orden que le obligue a ello. Es importante que en la orden se especifique que el sospechoso debe hablar normalmente durante la grabación de comparación”. Hay que decirlo abiertamente, esta posibilidad es absurda, a nadie se puede obligar a hablar y mucho menos a hacerlo con un tono especialmente normal, si no es que el investigador judicial recurra a otro delito o a la tortura.

el sometimiento de la persona se convierte en una verdadera lucha que sobrepasa los fines constitucionales de las medidas de aseguramiento de prueba. Por lo tanto, hay que entender que constitucionalmente está expresamente prohibido recurrir a este tipo de alternativas y que de ninguna manera se justifica sobrepasar este límite deóntico antes dicho al momento de recurrir al test de proporcionalidad, en aras de tomar una decisión por el juez al respecto.

3.2.3. Cargas procesales como alternativa a la fuerza efectiva.

En la doctrina española rechazan claramente la *vis física* mostrándose partidarios de acudir al indicio de comportamiento procesal, HUERTAS MARTÍN³⁵, en consideración a que con esta solución se consiguen los fines del proceso penal, “el castigo del culpable y la absolución del inocente” y; ETXEBERRÍA GURIDI³⁶, quien prefiere optar por el indicio o por la sanción penal por el delito de desobediencia. En contraste, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO³⁷ asume una posición muy similar a la del derecho alemán y a la de la sentencia C-822 del 2005 de nuestra Corte Constitucional, de aceptar la *vis física* con los límites que impone el principio de proporcionalidad; otro sector de la doctrina española³⁸ sostiene como regla general el indicio frente a la renuencia, pero acepta la *vis física* como medida extrema.

Frente a la amplia y tan dúctil interpretación a favor de la *vis física* que la Corte Constitucional ha hecho de las medidas analizadas, al dejarle al juez un amplio espectro de posibilidades dentro del maleable método de la proporcionalidad, sin límites claros, es preferible la solución de un sector de la jurisprudencia española³⁹ de evaluar la conducta del procesado renuente como un indicio racionalmente construido. Debe advertirse que no es aceptable la técnica legislativa del Código de Procedimiento Civil de establecer el indicio a la manera de desfavorecimiento probatorio imperativo, ya que esta es una forma irracional de prueba que afecta la presunción de inocencia. En lugar de ello, es preferible que el legislador autorice el indicio, pero sometido a una adecuada argumentación empírico-racional basada en las causas de la renuencia y en las máximas de experiencia; por lo que este indicio

35 HUERTAS MARTÍN, *Op. cit.*, pp. 411 y ss. En este mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español STC 37 de 1989 prefiere la consideración de la renuencia como indicio, al empleo de la fuerza física.

36 ETXEBERRÍA-GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, *Las intervenciones corporales: su práctica y su valoración como prueba en el proceso penal, inspecciones, registros y extracción de muestras*, Madrid: Trivium, 1999, pp. 443 y ss.

37 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*, Madrid: Colex, 1990, p. 290.

38 Al respecto, ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida ...*, *Op. cit.*, p. 152. Así mismo, IGLESIAS CANLE, *Investigación penal sobre ...* *Op. cit.*, pp. 108-9.

39 El Tribunal Supremo español —Cfr. sentencia 107/2003, de 4 de febrero, Sala de lo Penal, en: Revista de Derecho Penal, n° 10, septiembre 2003, Valladolid, 2003, pp. 130-1— considera que la negativa a someterse a la prueba de ADN supone una actitud procesal susceptible de valoración racional y lógica que, si bien por sí sola no tiene virtualidad probatoria, conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador.

de manera alguna puede operar por la simple autoridad del legislador. Por ejemplo, es posible que la renuencia obedezca a la convicción de fe religiosa o en razón del pudor y no como rastro moral del delito.

Con respecto a los desfavorecimientos probatorios en el caso de la parte renuente a colaborar con los exámenes radiológicos o hematológicos o de ADN, es claro que en materia procesal civil y de familia el indicio en contra de las pretensiones o excepciones es la única alternativa que da la ley como medida de coerción de baja intensidad para afectar la voluntad de la persona; en estos casos, la *vis fisica*, a diferencia de lo que se ha visto para el penal, no es de ninguna manera contemplada por la ley, ni desde el punto de vista de la proporcionalidad se podría justificar semejante procedimiento.

Sobre el problema de trasladar los desfavorecimientos probatorios al campo procesal penal, en el que no hay regulación alguna, existe un inconveniente, en que se trata de una medida de coerción, aunque de baja intensidad, que afecta el principio de legalidad antes visto, y también, al menos en algún grado, el derecho fundamental a la autodeterminación. Además, se encuentra el problema de la sobrevaloración por parte del juzgador del indicio como desfavorecimiento probatorio del renuente a la medida de intervención; pues en la práctica puede verse que este indicio, más alguna otra prueba de poca capacidad demostrativa, podría tomarse por algún juzgador como suficiente para condenar.

El indicio, entendido racionalmente, no como desfavorecimiento legalmente predeterminado, es preferible, por ejemplo, a procedimientos crueles como la detención de la persona que lleva droga en su cuerpo por el término legal de detención preventiva para que se vea en la necesidad física de expulsarla o de someterse a tratamiento médico; la aplicación indiscriminada o “al bulto” de rayos X; la peligrosa práctica de aplicar sedantes para someter a la persona a un examen o la no menos riesgosa técnica de los laxantes para expulsar el alijo de droga que va en los intestinos de la persona⁴⁰. Y qué decir de los casos en que la persona que se va a someter al examen tiene igual o mayor capacidad física que los agentes policiales para resistirse al examen; con el riesgo de convertirse, en estos casos, el “inocente examen” en una especie de ordalía de la mejor estirpe premoderna.

No obstante, el desfavorecimiento probatorio de manera alguna puede ser superior a la capacidad demostrativa de la hipotética prueba que es posible fundar en la experticia producto de la intervención. Hay que advertir que la prueba pericial

40 RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO, *Las intervenciones corporales en el proceso penal colombiano*, monografía presentada a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla la Mancha como requisito para obtener el título de especialista en “el acceso a la justicia y justicia penal internacional”, Toledo, 2004, p. 80.

tiene relativa capacidad demostrativa, si se tiene en cuenta que recae es sobre los vestigios o rastros o huellas de los hechos, y no sobre el hecho mismo que interesa al proceso; por lo tanto, a partir de las pericias producto de las intervenciones corporales, sólo es posible construir inferencias indirectas o indiciarias⁴¹.

A este respecto, quizás la única prueba científica de alta capacidad demostrativa es la pericia genética para efectos de determinar la filiación natural. En este caso, la identidad genética es un indicio de tal gravedad o capacidad demostrativa que sólo requeriría de alguna inferencia indiciaria leve como la relativa al trato afectivo para establecer la filiación natural. En contraste, en materias como la penal y en algunas civiles o administrativas, en las cuales no sólo hay que establecer el aspecto objetivo sino también el subjetivo de la conducta humana, las pericias corporales, y en general toda prueba pericial, tienen una contingente capacidad demostrativa con respecto a los elementos objetivos; y una nula o muy baja en relación con los aspectos subjetivos.

Puede decirse que es contingente la eficacia probatoria de las intervenciones corporales en razón de la relativa capacidad demostrativa de los indicios que se pueden construir a partir de las mismas. Si se toma en serio el principio de proporcionalidad, tendría que decirse que desde el punto de vista del subprincipio de necesidad sólo podrían justificarse las intervenciones leves que implican una molestia física o psíquica; pues casi siempre existirán otras alternativas probatorias menos afflictivas. Además, es desproporcionada, en sentido estricto, una intervención grave que conlleve algún nivel de afectación de la salud física o psíquica de la persona resulta en todo caso inconstitucional, pues la capacidad demostrativa de la misma es baja y, además, se desnaturaliza el carácter de aseguramiento de la medida para convertirse en un castigo o una venganza.

4. CONCLUSIONES

PRIMERA: El término intervenciones corporales tiene mayor capacidad explicativa de las medidas que interfieren en el cuerpo humano en su interioridad generando perjuicio para los derechos fundamentales; lo cual permite diferenciar estas medidas de otras que también recaen sobre el cuerpo humano, tales como las requisas o cacheos sobre el cuerpo de las personas.

41 A propósito, IGLESIAS CANLE —*Investigación sobre...* *Op. cit.*, p. 133— considera que deben tenerse en cuenta las prevenciones para una adecuada recogida de las muestras, evitando la posible contaminación química o biológica que desvirtuaría los resultados, hasta convertirlos en inútiles. Estos problemas en más de las veces se producen por impericia o negligencia de las personas encargadas de obtener el material sensible significativo para el proceso. Además, como lo pone de presente MARINA GASCÓN ABELLÁN —*Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial pons, 1999, p. 100— las pruebas científicas no son infalibles, ya que dependen del método científico y el grado de conocimiento que generan es de probabilidad.

SEGUNDA: Las intervenciones corporales tienen la naturaleza jurídica de prueba pericial ya que es necesario desde el punto de vista constitucional como también por la especialidad de la temática que sea un tercero experto en salud humana quien las practique; de esta forma se preservan mejor los derechos fundamentales de la persona como la integridad física de la persona y su intimidad. Estas medidas tienen en todo caso potencialidad para afectar la salud humana.

TERCERA: El fundamento jurídico-constitucional de las intervenciones corporales se encuentra en la restringibilidad del derecho a no ser molestado en su persona, bajo los condicionamientos para su decreto y práctica tales como las garantías del juez natural, la motivación judicial y la prueba mínima para intervenir.

CUARTA: Las intervenciones corporales tienen como límite deóntico la prohibición de los tratos crueles e inhumanos. Por lo tanto, de manera alguna estas medidas pueden tener el carácter de aflicción o pena, a lo sumo lo que pueden generar es una molestia para la persona; por lo cual, estas medidas son ilegítimas, si generan dolor o implican riesgo para la salud de las personas.

QUINTA: Bajo ciertas circunstancias, son preferibles los desfavorecimientos probatorios por la resistencia del sujeto pasivo de la intervención ante la aplicación de la fuerza física. Esta última, en muchos casos, es una medida ineficaz y en otros puede degenerar en un tratamiento cruel e inhumano. En todo caso, el desfavorecimiento probatorio no puede sobrepasar en ningún evento la capacidad demostrativa misma de la hipotética prueba producto de la intervención corporal.

BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989.
- BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, ed. 5ª. Bogotá: ABC, 1995. 782 p.
- ETXEBERRÍA-GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, *Las intervenciones corporales: su práctica y su valoración como prueba en el proceso penal, inspecciones, registros y extracción de muestras*, Madrid, Trivium, 1999.
- FOUCAULT, MICHEL, Cfr. *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*. México: siglo XXI, 1976.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*, Madrid, Colex, 1990.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial pons, 1999.

- HUERTAS-MARTÍN, MARÍA ISABEL, *El sujeto pasivo del procedimiento penal como objeto de la prueba*. Barcelona: Bosch, 1999.
- IGLESIAS-CANLE, INÉS C, *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Madrid: Colex, 2003.
- PARRA-QUIJANO, JAIRO, *El cuerpo humano y su utilización como evidencia probatoria*, en: AA. VV., XX Congreso colombiano de derecho procesal, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- ROXIN, CLAUDIA, *Derecho procesal penal*, 25ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- RUIZ-JARAMILLO, LUIS BERNARDO, *Las intervenciones corporales en el proceso penal colombiano*, monografía presentada a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla la Mancha como requisito para obtener el título de especialista en “el acceso a la justicia y justicia penal internacional”, Toledo, 2004, p. 80.
- GALVIS-GALVIS, VENANCIO, *La voz como prueba judicial*. Bogotá: plaza & Janes, 1988.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

- Sentencia C-822 del 2005, MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.
- Sentencia T-690 del 2004, MP ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- Sentencia T-702 del 2001, MP MARCO GERANDO MONROY CABRA.
- Sentencia T-183 de 1994, MP HERNANDO HERRERA VERGARA.
- Sentencia T-266 del 2006, MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA.
- Sentencia C-289 del 2006, MP NILSÓN PINILLA PINILLA.

Datos personales del autor

Nombre: Luis Bernardo Ruiz Jaramillo

Institución: Profesor de Teoría General del Proceso y Derecho Probatorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

Grados académicos: Pregrado en Derecho y ciencias políticas, especialización en Criminología y ciencias forenses y candidato a Magíster en Filosofía Política.

Otras publicaciones:

- “*La cadena de custodia en el Código de Procedimiento Penal de 2004*”, en: Casos forenses en medicina legal, nº 17. Medellín: Señal Editora, 2005.
- “*La prueba pericial en el Código de Procedimiento Penal de 2004*”, en: Casos Forenses en Medicina Legal, nº 18. Medellín: Señal Editora, 2006.
- “*La valoración de la prueba en la responsabilidad médica, concepto de probabilidad y las garantías procesales*”, en: Estudios de Derecho, Vol. LXIII, nº 142, Diciembre del 2006, Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, 2006, pp. 151-184.

Dirección completa: Calle 49 50-21, Apto. 2906, Medellín.

Número telefónico: 2513431

Fax y dirección electrónica: 5123392. luber@une.net.co

