

**OBTENCIÓN DE MUESTRAS SIN EL CONSENTIMIENTO DEL IMPUTADO
(ART. 249 CPP) UN PROBLEMA EN LA PRÁCTICA**

**AMALIA ELIZABETH BASANTE SOLARTE
LENIN ADUAR HUERTAS SOLARTE**

**FUNDACIÓN UNIVERSITARIA CATOLICA DEL NORTE
FACULTAD DE POSTGRADOS
ESPECIALIZACIÓN EN PROBATORIO PENAL
MEDELLIN
2014**

**OBTENCIÓN DE MUESTRAS SIN EL CONSENTIMIENTO DEL IMPUTADO
(ART. 249 CPP) UN PROBLEMA EN LA PRÁCTICA**

**AMALIA ELIZABETH BASANTE SOLARTE
LENIN ADUAR HUERTAS SOLARTE**

CARLOS ALBERTO MOJICA
Asesor

**FUNDACIÓN UNIVERSITARIA CATOLICA DEL NORTE
FACULTAD DE POSTGRADOS
ESPECIALIZACIÓN EN PROBATORIO PENAL
MEDELLIN
2014**

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	9
1. PREGUNTA PROBLEMÁTICA	10
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACION	11
3. OBJETIVOS	12
3.1 OBJETIVO GENERAL	12
3.2 OBJETIVOS ESPECIFICIOS	12
4. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES	13
5. MARCO TEORICO	14
6. ASPECTO METODOLOGICO	15
6.1 LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL	15
6.1.1 Prueba ilícita.	19
6.1.2 Prueba ilegal	21
6. 1.3 Objeto de prueba.	22
6.1.4 Sujeto de prueba.	22
6.1.5 Carga de la prueba.	23
6.2 DERECHOS FUNDAMENTALES	23
6.2.1 Dignidad humana.	26
6.2.2 No ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes	27
6.2.3 Intimidad	28
6.2.4 No Auto incriminación	29
6.2.5 Presunción de inocencia e in dubio pro reo	30
6.3 SENTENCIA C-822 DE 2005	30
6.4 CUESTIONAMIENTO FRENTE AL MÉTODO DE PONDERACIÓN	43
6.4.1. Impunidad y garantías fundamentales del procesado.	43
6.4.2. Eficientismo del Estado y Justicia mediática	44
6.5 TOMA DE MUESTRAS AL IMPUTADO	46
6.5.1 Importancia de la prueba.	46
6.5.2. Imputado en libertad	47
6.5.3 Imputado privado de la libertad	47

6.5.4 Alternativas en la práctica	47
6.6 DOCTRINA SOBRE EL TEMA	48
7. PROBLEMA PLANTEADO Y PROPUESTA DE LOS AUTORES	56
8. CONCLUSIONES	61
BIBLIOGRAFÍA	62

RESUMEN

Título del trabajo: Obtención de muestras sin el consentimiento del imputado (art. 249 CPP) un problema en la práctica.

Autor (s): Amalia Elizabeth Basante Solarte – Lenin Aduar Huertas Solarte

Título otorgado: Especialista en Derecho Probatorio Penal.

Asesor del trabajo: Dr. Carlos Alberto Mojica

Programa: Derecho – Facultad de Postgrados – Fundación Universitaria Católica del Norte – Universidad de Medellín.

Ciudad: Medellín

Año: 2014

La toma de muestras al imputado reglada en el art. 249 del CPP, tal como fue previsto por el legislador y estudiado por la Corte Constitucional en la sentencia C-822 de 2005, no ha sido un tema zanjado definitivamente, pues se permite proceder en contra de la voluntad del imputado, surgiendo la pregunta ¿Cómo adelantar dicho procedimiento? ¿Será por la fuerza? Y si el imputado apone su resistencia física, ¿se pierde la prueba? ¿Qué valor darle a la negativa del imputado para colaborar con el procedimiento?

En este orden, siguiendo referentes jurisprudenciales, nos hacemos a una idea de cómo se practica una prueba de toma de muestras al imputado, por ejemplo cuando de líquido seminal se trata, de donde se concluye que en todos los casos se debe contar con el consentimiento del imputado, siendo casi que imposible actuar en contra de su voluntad sin vulnerar sus derechos y garantías.

Finalmente, tras el análisis de referentes doctrinales y jurisprudenciales nacionales y extranjeros, concluimos que la carga de la prueba le compete al Estado, y si en desarrollo de su estrategia defensiva el imputado desea ser pasivo no puede obligársele a que en contra de su voluntad colabore con un procedimiento que

desequilibraría el enfrentamiento de las partes. Así, si la Fiscalía no logra recaudar la prueba suficiente, deberá pregonar por la absolución por duda, sin que ello se tenga enaltezca la impunidad, más bien debe entenderse como un homenaje al respeto de los derechos y garantías del imputado.

INTRODUCCIÓN

La diligencia de toma de muestras que involucran al imputado, a partir de la expedición del CPP, siempre ha sido una de las diligencias de investigación más controversiales, pues se autoriza en el art. 249 del Código de la materia, a la Fiscalía para que proceda con la autorización del Juez de Control de Garantías, aún en contra de la voluntad del imputado.

Con ocasión de la revisión de constitucionalidad expuesta en la sentencia C-822 de 2005, pareciera que se zanjó el tema, puesto que se hizo un formidable estudio para concluir que si era compatible con la Constitución el art. 249, fijando algunas pautas que deben seguirse al momento de emitir la orden por parte del Juez de Garantías.

Pese a lo anterior, hasta el momento no se ha conocido que en la práctica se haya evacuado una diligencia en los términos que lo habilita la Corte, es decir en contra de la voluntad del imputado, por lo que ese es el norte de este trabajo, para conocer si es o no procedente en la práctica adelantar este tipo de diligencias investigativas. De igual manera, el presente análisis servirá para sentar una posición crítica frente al estudio que se hizo en la sentencia C-822 de 2005, pues su formidable estudio quedó en el papel, como quiera que no es posible llevar a cabo estas diligencias cuando se opone el imputado.

A ello se le agrega que acudiendo a valioso aporte doctrinal, se conocerá la trascendencia de la diligencia de toma de muestras al imputado, de donde se infiere que en todo caso sólo es procedente cuando se cuenta con su consentimiento. Finalmente, gracias a un referente jurisprudencial español, se le dará valor a la negativa del imputado para colaborar con el procedimiento.

1. PREGUNTA PROBLEMÁTICA

¿Cómo llevar a la praxis la obtención de muestras al imputado (art. 249 CPP), sin su consentimiento?

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACION

Este trabajo, surge de la práctica judicial, que a diario se presenta a lo largo y ancho de nuestro país, donde por desgracia no somos ajenos a los delitos sexuales, en los cuales muchas veces dado el sigilo que los caracteriza, la única prueba “o la prueba reina” que permitiría llegar a la verdad, resulta ser el cotejo de fluidos –semen o sangre- del imputado, con el rastro hallado en el cuerpo de la víctima, siendo necesario obtener una muestra del cuerpo del imputado, a la cual éste se niega por obvias razones de defensa material.

La Corte Constitucional, en emblemática jurisprudencia (C-822 de 2005) revisó la exequibilidad del art. 249 del CPP, que regula este tipo de prueba, concluyendo que dicha norma se ajustaba al ordenamiento superior. El argumento fuerte para acoger la consonancia de esta norma con la Constitución, radicó en que sobre la negativa del imputado, priman los derechos de las víctimas y del Estado, dependiendo del caso concreto.

En últimas, la Corte selló este tema considerando que es procedente la práctica de este tipo de prueba aún sin el consentimiento del imputado, dejando al Juez de Control de Garantías la posibilidad de fijar condiciones para su práctica, de tal manera que la medida se realice con la menor afectación posible de sus derechos; sin embargo, esas “condiciones para su práctica”, constituyen el problema jurídico a resolver en este trabajo, si se tiene en cuenta que el imputado que se verá involucrado, puede negarse rotundamente a dicha práctica, anteponiendo su resistencia física incluso de manera violenta. Siendo así, la finalidad de este trabajo, se enderezara a establecer cuáles son esas condiciones de las que habla la Corte y, con ello se concluirá si el juicioso estudio de la Corte Constitucional respecto del art. 249 del CPP, tiene o no aplicabilidad práctica como para acatar pacíficamente su constitucionalidad.

3. OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GENERAL

Demostrar que en la práctica no es posible tomar unas muestras directamente del cuerpo del imputado (art. 249 del CPP), así sea atendiendo las reglas previstas en la sentencia C-822 de 2005, sin que no se le vulneren sus derechos y garantías, cuando este niega su consentimiento para colaborar con el procedimiento.

3.2 OBJETIVOS ESPECIFICIOS

- Establecer qué derechos y garantías del imputado se ven comprometidas cuando este no presta su consentimiento en la diligencia prevista en el art. 249 del CPP.
- Precisar cuál es la postura que pueden asumir las partes, ante la negativa del imputado para prestar su consentimiento en la diligencia del art. 249 del CPP.
- Establecer cómo se puede valorar probatoriamente el hecho que el imputado no presta su consentimiento en la diligencia del art. 249 del CPP.
- Hacer un sondeo del manejo del problema en el derecho comparado, la jurisprudencia y la doctrina.

4. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

FECHAS	3 a 8 de febrero	10 a 15 de febrero	17 a 22 de febrero	24 a 28 de febrero
ACTIVIDADES				
Revisión y depuración de información				
Análisis de información				
Presentación anteproyecto				
Informe final corregido				

5. MARCO TEORICO

Con ocasión de la revisión de constitucionalidad del art. 249 del CPP, que regula lo atinente a la toma de muestras que involucran al imputado, estudio que se condensó en la sentencia C-822 de 2005, se selló este tema concluyendo que dicha diligencia probatoria podía llevarse a cabo aun cuando el imputado no preste su consentimiento, siempre y cuando se fijen las condiciones para su práctica, de tal manera que la medida se realice con la menor afectación posible de sus derechos.

En el estudio de la Corte, se abordaron los problemas que planteo la demandante, concluyendo que dicha prueba era procedente aún en contra de la voluntad del imputado, sin embargo, un análisis desde la óptica de la praxis, nos muestra que las partes no tienen claro cómo llevar a cabo dicha diligencia, sin que ello represente un menoscabo de los derechos y garantías del implicado.

Así las cosas, se avizora en este estudio un problema jurídico resuelto desde el estadio del juicio de constitucionalidad, pero imposible de ejercer en la práctica, por lo que será del caso plantear ciertas pautas que permitan llegar a una síntesis, ofreciendo tal vez una respuesta a la pretensión de la demandante en la sentencia C-822 de 2005, frente al cargo específico que reclamaba que este tipo de prueba no puede llevarse a cabo sin el consentimiento del imputado, y de igual manera precisando cual debe ser la postura que deben asumir las partes frente al tema en la práctica.

6. ASPECTO METODOLOGICO

A fin de abordar la importancia del tema propuesto y alcanzar sus objetivos, se estudiará la manera cómo se ha venido desarrollando esta temática en la doctrina y la jurisprudencia, claro está tomando como base que en nuestra legislación la norma que contempla este tipo de prueba fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-822 de 2005. Para lo anterior, bastará la consulta de las referencias anotadas en el acápite de bibliografía.

Toda la investigación, será financiada con recursos propios sin que se avizore mayores gastos, sólo los de papelería, y resaltando que será suficiente el esfuerzo intelectual de los autores para consolidar la información.

Cronológicamente para la elaboración de este trabajo, en cuanto a la primera parte referente a la escogencia del tema, objetivos, marco teórico, bibliografía, se cumplió con las fechas sugeridas por el docente. En corolario, se anhela presentar el trabajo con la suficiente antelación, como para que sea objeto de revisión y corrección, para que oportunamente se pueda contar con el resultado final y definitivo.

6.1 LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

“Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.”¹

La reforma a nuestro sistema procesal penal introducida a través del Acto Legislativo 03 de 2002, que se encuentra a escasos meses de cumplir su primera década de existencia con suficientes bemoles como para decir que aún se encuentra en proceso de formación y nosotros de adaptación a ella, trajo una notable revolución que no se cimienta solo en la oralidad como característica esencial, sino que el cambio con mayor repercusión sustancial radico en materia probatoria, donde ahora se entiende que prueba es “la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento” (Art. 16 CPP).

Es decir, la prueba ahora es la que se produce o desfila frente al juez en la audiencia de juicio, guardando excepciones como la prueba de referencia y la prueba anticipada. Sin embargo, por ser la prueba la base de la decisión del juez de ahí la importancia de este instituto, el tema en general a lo largo del tiempo y en cualquier latitud del universo jurídico, no ha sido uniforme en cuanto a su significado, por lo que repasaremos los conceptos sobre la prueba, advirtiendo que sólo se trata de algunos pocos, pues este tema se presta para estudiar con profundidad y con mayor discusión, cosa que corresponderá a otros escenarios.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, PRUEBA es la “justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.”²

Algunos autores han advertido el problema en cuanto a la indefinición de la prueba así.

¹ Art. 7 de la Ley 906 de 2004. “*Presunción de inocencia e in dubio pro reo*”.

² Disponible en internet en <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=wyXhzwiYUDXX23LpJ55m>

“Acerca de lo que ha de entenderse con la dicción prueba no existe unanimidad, y aún en ocasiones, ni claridad se encuentra entre los diversos autores que han escrito sobre el tema. Hay quienes explican por ejemplo, que la connotación que la palabra tiene es la de medio probatorio; es decir, que son todos los procedimientos que se llevan a cabo para lograr la certeza de una esencia. Otros en cambio la circunscriben al hecho buscado; a la esencia misma que arrojan los medios.

Al efectuar un recorrido por la literatura jurídica se encuentra que la mayoría de los autores emplean indiscriminadamente la palabra prueba, interrelacionado el concepto de medio de prueba o acción de probar, con el hecho resultante del medio, y aun diferenciándolo del hecho mismo. Esto resulta apenas natural, pues la línea divisoria es tan delgada que en cualquier instante, y sin percatarse, se llega a emplear la idea de manera inadecuada.

En el caso colombiano igual que en muchas legislaciones poco o nada se ha preocupado el legislador por definir la idea de prueba. Como ejemplo de ello, al efectuar un recorrido por su legislación se encuentra como única, momento en el cual se le definió fue el Código Judicial de 1982 hoy ya derogado.

“Prueba, es el medio de averiguar la verdad o falsedad de los hechos sobre que versa el debate judicial”.³

Otros autores, con propiedad han definido la prueba en trabajos que han pasado a ser consulta obligada sobre la materia, veamos. en el tomo II de su Compendio de Derecho Procesal, DEVIS ECHANDIA considera que se entiende por pruebas judiciales el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la

³ FIERRO MENDEZ. Heliodoro. La prueba ilícita e ilegal – Efectos jurídicos en el proceso penal. LEYER. 2010. pág. 31

convicción sobre los hechos que interesan al proceso. El mismo autor cerró el tema expresando que “en un sentido estricto, por pruebas judiciales se entienden las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos...” “Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportada al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos”.⁴

Autores nacionales como la Dra. CARMEN ELISA SOLARTE DE BOLIVAR han definido la prueba como “un proceso, una actividad en la que se pretende verificar las afirmaciones o negaciones que se hacen sobre la existencia de unos hechos, sobre existencia de cosas, sobre situaciones o relaciones, que si se confirman, se tornan auténticas <<probadas>>, es decir rectas y sirven para tomarlas como fundamento de las decisiones judiciales.”⁵

El anterior concepto hace eco de la condensada definición que a nivel de doctrina internacional sobre el tema aporta ARMENTA DEU “La prueba en el proceso penal es aquella actividad encaminada a procurar la convicción del Juez sobre los hechos afirmados por las partes en sus escritos de calificación.”⁶

Ofreciendo una definición acorde para el proceso penal acusatorio, los Doctores RICARDO MORA IZQUIERDO y MARIA DOLORES SANCHEZ PRADA, definen la prueba como “el convencimiento que adquiere el juez acerca de lo acontecido en los hechos que se investigaron y después de haber examinado la evidencia física y los elementos materiales probatorios, y de haber escuchado en el juicio oral tanto la teoría del caso de cada una de las partes, como a los testigos

⁴ Cfr. Ob. Cit. pág. 32

⁵ SOLARTE DE BOLIVAR. Carmen Elisa. Procedimiento Penal Sistema Acusatorio. Ediciones Jurídicas Radar – Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición. 2009. pág. 285

⁶ ARMENTA DEU. Teresa. Lecciones de derecho procesal penal. 2ª Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid - Barcelona. 2004. pág. 251

interrogados y concontrinterrogados, citados como medio de conocimiento para sustentar dichas hipótesis probatorias.”⁷

Solo para sellar el tema y recordando que la complejidad del mismo daría para un solo trabajo, a nivel jurisprudencial⁸ se ha dicho que “los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.” (Subrayas ajenas al texto original)

Acogiendo todos los conceptos anotados, ofrecemos uno de nuestra cosecha. prueba es la labor cumplida por las partes dentro del juicio, para lograr el convencimiento del juez, respecto de la veracidad o no de una situación que se debate en juicio.

El Código de Procedimiento Penal, ha dedicado el capítulo III a la “Practica de la prueba”, regulando en los artículos 372 a 382 las “Disposiciones generales” sobre el tema.

A continuación estudiaremos los básicos conceptos sobre prueba ilícita y prueba ilegal, objeto de prueba, sujeto de prueba y carga de la prueba.

6.1.1 Prueba ilícita. Si bien como lo anotábamos líneas atrás, existe una indefinición respecto de la dicción prueba, no ocurre lo mismo respecto de conceptos como la prueba ilícita, al cual se ha referido la máxima Corporación de cierre en materia de casación penal en sentencia del 2 de marzo de 2005, así.

⁷ MORA IZQUIERDO. Ricardo – SANCHEZ PRADA. María Dolores. La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio. Editores Gráficos Colombia LTDA. 2007. pág. 72

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-396 de 2007

“Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos cueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

(...) La prueba ilícita como su propio texto lo expresa.

Es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita⁹.

Mayoritariamente se ha concebido por la doctrina nacional, extranjera y la jurisprudencia –como la citada entre otras- que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre las que se encuentran las pruebas prohibidas cuyas vedas son objeto de consagración específica en la ley (art. 224 C. Penal). Ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber.

(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para

⁹ A. MONTON REDONDO, citado por MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, en *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, pág. 18.

delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal).”

6.1.2 Prueba ilegal. La prueba ilegal, en la misma sentencia que venimos rememorando fue definida y desarrollada así.

“La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior.

En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba¹⁰.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de marzo de 2005, radicado 18.103.

(...) La prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances hacia los “actos de investigación” y “actos probatorios” propiamente dichos, es aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley¹¹.”

6.1.3 Objeto de prueba. Para MORA IZQUIERDO y SANCHEZ PRADA, el objeto de la prueba es aquello que se pretende probar dentro del proceso (los hechos y las afirmaciones que se hacen sobre ellos)¹².

En este orden, el objeto de la prueba es la meta que se pretende alcanzar con suficiente conocimiento como para darle credibilidad sin que medie la duda. Es atinada la definición traída a colación, puesto que en juicio no sólo se busca demostrar la ocurrencia de los hechos (aspecto objetivo) sino que también se busca demostrar la valoración (aspecto adjetivo - cualitativo) que las partes dan a unos hechos.

Como el tema de nuestro trabajo apunta a la obtención de muestras del imputado, el siguiente ejemplo grafica de mejor manera este punto. En un delito sexual, en el cuerpo de la víctima fueron halladas muestras de líquido seminal, luego entonces, el objeto de prueba sería demostrar que aquellas muestras son compatibles o pertenecen al cuerpo del imputado.

6.1.4 Sujeto de prueba. El sujeto de prueba u órgano de prueba, es aquella persona que sirve para llevar a cabo el objeto de prueba. Es decir, se trata de la persona que proporciona el conocimiento o la información o participó en su recolección. Bien puede ser un investigador, un testigo, etc.

¹¹ MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto...*, ob. cit., p. 47.

¹² MORA IZQUIERDO. Ricardo – SANCHEZ PRADA. María Dolores. Ob. Cit. pág. 75 y 75

Ahora bien, las condiciones de órgano de prueba y objeto de prueba pueden confluir en una misma persona, tal es el caso de la víctima o el acusado, verbi gracia cuando en su cuerpo existen muestras que interesan su análisis para definir los hechos investigados, sin que este sea el único ejemplo.

6.1.5 Carga de la prueba. Se trata de la obligación de aportar la prueba para probar una hipótesis. El apotegma “dadme la prueba y os daré el derecho” ilustra este principio. Es muy cierto e indiscutible que quien pretenda que se le otorgue la razón, debe sustentar su hipótesis en prueba suficiente que permita convencer al juez.

Desde otra arista, la carga de la prueba en materia penal corresponde al Estado, puesto que así expresamente lo dispone el artículo 7º del CPP. “corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado”.

Es decir, la legislación procesal penal permite que el acusado asuma una actitud pasiva (si esa es su estrategia defensiva) de cara al aporte de pruebas, cosa que no ocurre de igual manera con la Fiscalía quien tiene la obligación de suministrar la prueba suficiente en que sustenta la acusación.

6.2 DERECHOS FUNDAMENTALES

Tal como acabamos de estudiar cuando hicimos referencia a la prueba ilícita, esta es aquella que se obtiene con vulneración de derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos cueles, inhumanos o degradantes.

Para efectos de nuestro estudio, como quiera que el tema que inspira este trabajo se centra en torno al artículo 249¹³ del CPP, sobre la “Obtención de muestras que involucren al imputado”, debemos considerar que la norma en cita regula el procedimiento a seguir cuando se ve la necesidad por parte de la Fiscalía de obtener muestras provenientes del cuerpo del imputado para confrontación y así robustecer o solidificar la investigación con una prueba de tal tamaño y valor jurídico.

En este orden, para encausar el desarrollo de esta investigación, desde ya formularemos la situación fáctica que consideramos como problemática a manera de ejemplo ilustrativo, respecto de la cual asumimos el compromiso de analizar jurídicamente para emitir una conclusión personal, que permitirá determinar si en la práctica es o no procedente tomar efectivamente muestras del cuerpo del imputado, cuando este no presta su consentimiento y en desarrollo de tal actividad cuales derechos fundamentales se ven comprometidos.

¹³ Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Artículo 249. “Obtención de muestras que involucren al imputado. Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes.

1. Para la obtención de muestras para examen grafotécnico.

a) Le pedirá al imputado que escriba, con instrumento similar al utilizado en el documento cuestionado, textos similares a los que se dicen falsificados y que escriba la firma que se dice falsa. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial.

b) Le pedirá al imputado que en la máquina que dice se elaboró el documento supuestamente falso o en que se alteró, o en otra similar, escriba texto como los contenidos en los mencionados documentos. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial.

c) Obtenidas las muestras y bajo rigurosa custodia, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redargüido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes. Terminados estos, se devolverá con el informe pericial al funcionario que los ordenó.

2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.

En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.

Parágrafo. De la misma manera procederá la policía judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 245.”

Así, imaginémosnos un delito de agresión sexual el cual discretamente habíamos citado en el ítem 1.3 sobre el objeto de prueba, pero que ahora enriqueceremos en cuanto a la descripción fáctica, veamos.

María denuncia que su ex compañero sentimental de nombre Pedro, el día de ayer la visito en su casa con el argumento de devolverle unas fotografías. Al advertir que María estaba sola, Pedro insistente y groseramente le reclama que rehagan la relación, a lo cual ella se niega y le solicita que se vaya, intentando sacarlo por la fuerza, hecho que genera en Pedro una reacción descontrolada tomando por la fuerza a María y accediéndola carnalmente, para luego abandonar el lugar.

Apenas ocurrieron los hechos, María denunció a la autoridad competente donde se le ordenó practicarse un reconocimiento médico forense, pudiéndose recuperar muestras de líquido seminal del agresor. Con base en lo anterior y luego de diseñar un programa metodológico regular para este tipo de delitos por parte de la Fiscalía, se solicitó una orden de captura en contra de Pedro.

Una vez Pedro fue aprehendido, en desarrollo de las audiencias preliminares se le impuso una medida de aseguramiento de carácter intramural.

Por tratarse de un delito de aquellos que usualmente se suscitan de manera clandestina (sin más testigos que la víctima y el victimario), considera el Fiscal necesario obtener muestras de fluidos del agresor para confrontación y así acude ante el juez de control de garantías para pretender en amparo del art. 249 del CPP obtener las muestras cuestionadas.

La situación planteada se torna problemática cuando Pedro no presta su consentimiento para la obtención de las muestras, pues recordemos que cuando estudiamos el tema de la carga de la prueba, habíamos dicho que puede la defensa (imputado y defensor) asumir una actitud pasiva y en el caso del acusado

incluso puede renunciar a su derecho a asistir a las diligencias inclusive, pues la carga de la prueba corresponde al órgano de persecución penal.

Valga aclarar que la situación planteada es un mero referente factico que servirá para edificar este trabajo, siendo así, no debe desviarse la atención pretendiendo adicionar otras situaciones como por ejemplo asumiendo cuales otras pruebas servirán para probar la responsabilidad de Pedro. Lo que se pretende es simplemente recrear los antecedentes de un caso concreto en el cual por parte de la Fiscalía se ve la necesidad de obtener unas muestras del cuerpo del imputado y este no presta su consentimiento.

Ahora bien, existiendo la oposición válida por parte del acusado para negarse a colaborar con la prueba, de entrada el argumento fuerte que se esgrime es que una prueba en contra de su voluntad, trasgrediría caros derechos fundamentales como los ya enunciados y que tornan la prueba como ilícita. A continuación, una breve referencia y explicación de los derechos fundamentales que se verían comprometidos al momento de intentar obtener la prueba en contra de la voluntad del imputado.

6.2.1 Dignidad humana. La Carta Política enseña que Colombia se funda en el respeto de la Dignidad Humana¹⁴. Este principio fundamental encuentra eco en el art. 1 del Código de Procedimiento Penal así. “Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana.”

No merece mayor profundidad la explicación de este tema, puesto que suficiente resulta concluir que el trato que se le debe dar al acusado –para efectos de este trabajo-, debe ser dentro de un marco de respeto a su dignidad, ello implica que el trato verbal y físico debe ser decoroso.

¹⁴ Constitución Política At. 1º. “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

Una ligera lectura del ejemplo que estamos estudiando, nos permite imaginar que la Fiscalía busca obtener muestras del cuerpo del imputado, ora de fluidos, ora de ADN, las cuales indefectiblemente implican la exposición del cuerpo puede ser desnudo, puede ser a un procedimiento doloroso, etc. Frente a lo anterior, resulta lógico que un imputado oponga su resistencia incluso física para impedir la práctica del procedimiento, pues cada persona es titular y dueño de su cuerpo y basta con que se niegue como para impedir la prueba. Ç

6.2.2 No ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes. El art. 12 Superior, es la base de este derecho. La prohibición de la tortura y los tratos crueles, son una garantía esencial a favor del imputado, que surgió a nivel internacional teniendo como antecedente la nefasta historia vivida por la humanidad en época de la tiránica “Santa Inquisición”¹⁵.

Se recuerda que los Tribunales de la Santa Inquisición, investigaban y juzgaban a los acusados, a quienes presionaban para extraer la confesión, utilizando brutales e impensables vejámenes, con el fin de obtener la prueba.

Un ejemplo en la diligencia de toma de muestras que venimos estudiando, se puede presentar cuando en desarrollo del procedimiento, se tiene que ver sometido el imputado a dolores o sufrimientos, producto a veces de intervenciones médicas o quirúrgicas para obtener las pruebas, aclarando que siempre y cuando no se haya prestado el consentimiento para tal fin.

En este caso, el cuerpo de la persona sería casi que cosificado y tenido en cuenta como un objeto de investigación, sin consideración alguna de que se trata de un ser humano.

¹⁵ NATALE BENAZZI, Matteo D'Amico. El Libro Negro de la Inquisición. Editorial Robinbook. 2000.

6.2.3 Intimidad. Esta garantía fundamental, pregonada por que se respete la intimidad personal y familiar de las personas en su vida privada. El respaldo normativo lo hallamos en el art. 15 constitucional y 14 del código procesal de la materia.

Cuando hablamos de intimidad y sobre todo en materia de derecho penal, lo primero que se viene a la mente es la intimidad en la vivienda, la correspondencia, comunicación y los archivos o antecedentes privados, sin embargo, el concepto de intimidad va más allá, pues en situaciones como la que nos ocupa, puede ocurrir que al obtener una muestra de ADN (sangre por ejemplo), en el resultado del análisis puede advertir una enfermedad que no desee el titular del derecho que se debe públicamente, el uso de drogas o medicamentos, o cualquier situación similar que solo interesan al imputado.

Pensemos en lo siguiente, en las interceptaciones telefónicas cuando los agentes del Estado están escuchando los diálogos del imputado generados desde su teléfono móvil, es probable y muy frecuente que tengan contacto con diálogos privados, personales y bastante ajenos al asunto que se investiga; en estos casos, con miras a establecer modulaciones o matices en la actuación de la Policía Judicial, la Fiscalía acude ante el Juez de Control de Garantías para legalizar los resultados del procedimiento pero con la advertencia que sólo se hará uso de lo que interesa para la investigación, dejando a salvo (o desechando) aquellos aspectos que solo interesan a la órbita privada del titular del derecho, pero no a la justicia.

El anterior criterio, es el mismo que se aplica en caso de encontrar en las muestras del imputado, información que no interesa a la investigación y que resulta propia de la órbita privada del titular, como por ejemplo que padece una determinada enfermedad que no se quiere divulgar.

6.2.4 No Auto incriminación¹⁶. Todos los derechos fundamentales han sido meritorios de suficiente tinta tanto en doctrina como en jurisprudencia, y en el caso específico del derecho a la “no auto incriminación”, encontramos que se trata de una garantía ampliamente regulada a nivel nacional como supranacional, veamos.

El art. 33 de la Constitución, dispone que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Este canon ha sido analizado jurisprudencialmente por ejemplo en la sentencia C-1287 de 2001.

Un trabajo muy completo y puntual sobre el derecho a la no autoincriminación, fue elaborado por el Dr. LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA en su libro “La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano”¹⁷, donde dedica el IV capítulo de su obra a esta cuestión, citando soporte jurisprudencial nacional y extranjera e instrumentos internacionales que ayudan a la clara comprensión del tema.

Una apretada síntesis sobre este derecho, nos lleva a concluir que una persona puede guardar silencio sin que se le pueda obligar a colaborar con la justicia, cuando está siendo procesada, amén de que ese silencio no le implicara responsabilidad o consecuencias adversas para su suerte. Esta conclusión se desprende del concepto de carga de la prueba, pues recordemos que para el imputado queda la posibilidad de guardar silencio y quedar a esperas de que el persecutor penal, derruya la presunción de inocencia aportando la prueba de cargo.

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-102 de 2005.

¹⁷ BEDOYA SIERRA. Luis Fernando. La Limitación de los Derechos Fundamentales en el Sistema Acusatorio Colombiano. Medellín. Comlibros, 2008. Pág. 133 y ss.

En el caso que estamos estudiando, la pregunta que se genera es la siguiente. las muestras obtenidas del cuerpo del imputado en contra de su voluntad, atentan contra su derecho a no auto incriminarse? Este interrogante fue planteado por el demandante en la sentencia C-822 de 2005, la cual estudiaremos más adelante.

6.2.5 Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Encuentra respaldo esta garantía en el art. 29 Superior en concordancia con el 7º del estatuto procesal. Se trata de una norma que no admite ningún tipo de excepción. Una persona será tratada como inocente y se presume como tal, hasta que no se desvirtúe en juicio su responsabilidad penal.

En caso de que el Estado fracase en su intento de acusación, la ley impone la absolución por duda. Es más, una de las causales de preclusión hace eco de este principio, pues la Fiscalía puede solicitar la preclusión cuando se enfrente a una situación donde existe imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Puntualmente sobre nuestro tema de estudio, nos preguntamos. si el Estado no puede cumplir con su obligación de carga de la prueba, aportando elementos de conocimiento que le permitan derruir la presunción de inocencia del acusado, será válido actuar aún en contra de la voluntad de este para obtener una prueba incriminatoria como una muestra de su cuerpo?

6.3 SENTENCIA C-822 DE 2005

La norma que venimos estudiando es el art. 249 del CPP, la cual regula el tema de la “obtención de muestras que involucran al imputado”, precepto que fue estudiado en constitucionalidad a través de la sentencia C-822 de 2005, con ponencia del Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA.

El peticionario en esta demanda planteo la vulneración de los siguientes derechos “al respeto a la dignidad humana (Art. 1, CP), a la intimidad (Art. 15, CP), a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art. 12, CP), a no

autoincriminarse (Art. 33, CP) y a la presunción de inocencia, (Art. 29, CP) porque a través de ellos se transforma al individuo y su cuerpo en objeto de investigación penal, se desconoce su autonomía al someterlo a este tipo de medidas aún sin su consentimiento, se lo obliga a aceptar la práctica sobre su cuerpo de medidas invasivas, lesivas de su dignidad así mismo, sostiene que cuando se fuerza al imputado a aceptar este tipo de prácticas, se le está obligando a algo equivalente a declarar contra sí mismo.”

El argumento esgrimido por el Ministerio del Interior y de Justicia y por la Fiscalía General de la Nación, para reclamar un fallo de constitucionalidad en la materia fue el siguiente “las disposiciones cuestionadas (...) si bien establecen limitaciones a varios derechos fundamentales con el fin de asegurar el debido funcionamiento de la justicia penal, proteger bienes jurídicos esenciales e impedir la impunidad, dichas medidas están rodeadas de las garantías necesarias para la protección de los derechos del imputado y de las víctimas, tales como la autorización previa del juez de garantías, la exigencia de elementos sustanciales que justifican su aplicación excepcional, la presencia del defensor cuando se trate del imputado y la exigencia de condiciones que aseguren el respeto por la dignidad de las personas.”

El estudio de la Corte en esta sentencia partió de analizar los “alcances de la potestad de configuración del legislador penal, en materia de limitaciones a los derechos y libertades”. La conclusión ofrecida no fue improvisada, pues halla sustento en amplios e importantes precedentes sobre la materia. Consideró la Corte que “de manera reiterada se ha dicho que la potestad de configuración el legislador en materia penal, es una competencia amplia pero limitada por las normas constitucionales, en especial por “los principios de razonabilidad y proporcionalidad que han de respetarse al limitar los derechos”, a fin de que las restricciones que prevea el legislador en ejercicio de dicha potestad no resulten arbitrarias”. Agregó igualmente que “Dado que el ejercicio de esta potestad de

configuración puede incidir en el goce de derechos constitucionales, la Corte ha dicho que las limitaciones o restricciones en el ámbito del procedimiento penal deben ser adecuadas para lograr el fin buscado, deben ser además necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin buscado y, por último, deben ser “proporcionales estricto sensu”, esto es, que no sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantizar.”¹⁸

De manera precisa, la Corte delimitó la importancia del estudio de este tema así.

“Estas diligencias probatorias inciden en un amplio espectro de derechos fundamentales. En primer lugar, dado que suponen la exposición del cuerpo del individuo a procedimientos en los que se utiliza el cuerpo mismo de la persona, la práctica de estas diligencias incide en la dignidad humana. En segundo lugar, las intervenciones corporales afectan el derecho a la intimidad porque –aún en el caso del registro personal que es un procedimiento menos invasivo que la inspección corporal en la que se realiza la exploración de orificios corporales, implican en todo caso exposición o tocamientos del cuerpo o de partes del cuerpo normalmente ocultas a la vista y fuera del alcance de las personas. En tercer lugar, también pueden afectar el derecho a la integridad física en el evento que la extracción de muestras implique el uso de agujas o punciones de algún tipo, o que su práctica conlleve la exploración de cavidades u orificios naturales mediante la introducción de aparatos o instrumentos manejados por personal médico o científico, o inclusive una intervención quirúrgica. En cuarto lugar, dado que se trata de medidas cuya práctica puede ser impuesta al individuo, tal característica supone una limitación de la autonomía personal. En quinto lugar, también se ha afirmado que las intervenciones corporales inciden en el derecho a no autoincriminarse, en la medida en que a través de ellas se pueden obtener medios

¹⁸ Sobre el tema la Corte baso sus argumentos en las sentencias C-173 y C-551 de 2001; C-1404 de 2009; C-448 de 1997; C-916 de 2002; T-690 de 2004; T-702 de 2001; T-453 de 2005.

probatorios que conduzcan a demostrar la responsabilidad del individuo. En sexto lugar, se afirma que también inciden en la libertad de movimiento del individuo afectado, pues para su práctica se hace necesario limitar temporalmente la posibilidad de circular libremente, o trasladarlo al sitio donde se encuentra el personal médico o científico. Y, finalmente, dependiendo de los hechos, puede ser pertinente analizar la prohibición de la tortura, así como la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, puesto que la forma, condiciones y frecuencia con las cuales se practiquen las inspecciones corporales o la toma de muestras íntimas puede significar un grado de sufrimiento físico o moral constitucionalmente inadmisibles.

Dado el amplio espectro de derechos afectados por las intervenciones corporales, así como la intensidad que puede adquirir esa afectación en la práctica, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado, se ha rodeado a estas medidas de exigencias formales y materiales orientadas a impedir una incidencia excesiva, de los derechos fundamentales en juego. Por ello se ha entendido que la constitucionalidad de tales medidas depende del respeto del principio de proporcionalidad – esto es, que no tengan una incidencia desproporcionada en los derechos –, así como del principio de legalidad, apreciados en el contexto de una sociedad democrática.

Adicionalmente, se ha considerado que la aplicación del principio de proporcionalidad exige el cumplimiento de dos tipos de requisitos. En primer lugar, en cuanto a los requisitos formales, se ha exigido una decisión judicial para ordenar o autorizar su práctica durante la investigación, cuando no se cuente con el consentimiento del inspeccionado físicamente y que tal decisión sea motivada, a fin de evitar la arbitrariedad y asegurar la posibilidad de controles posteriores tanto a la decisión, como a su aplicación. Algunos países establecen excepciones a esta reserva judicial, como, por ejemplo, cuando el sujeto sobre el cual recaen las medidas de manera previa, consciente, libre y específica otorga su

consentimiento para la práctica de las mismas, cuando se trate de la obtención de muestras no íntimas de las personas, cuando su práctica sea urgente o exista riesgo para el éxito de la investigación derivado de la demora.

En segundo lugar, en cuanto a los requisitos sustanciales, se exige que la medida, en las circunstancias del caso concreto, sea proporcionada, lo cual implica que, en este contexto, cobren especial trascendencia los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.”

Ahora bien, la Corte analizó el tema advirtiendo unas aclaraciones previas, de las cuales solo recordamos algunas que nos interesan, veamos.

- El art. 249 en cuestión, trae una descripción del procedimiento que se debe seguir en relación con la recolección de algunas muestras.
- El artículo señala de manera expresa el tipo de muestras que se pueden obtener mediante el procedimiento descrito en él, por lo cual se entiende por “muestras”, los fluidos corporales (sangre, saliva, sudor, semen, etc.), cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresiones dentales, pisadas, que deben recogerse para la práctica de exámenes grafotécnicos, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas.
- El artículo se dirige al imputado, excluyendo entonces a un tercero o la víctima.
- La obtención de muestras la hará la policía judicial por orden del Fiscal, previa autorización del Juez de Control de Garantías. Generalmente para la obtención de algunas muestras se requiere personal con entrenamiento médico o especializado en ciencias de la salud.

- El grado de afectación de los derechos puede ser media o alta dependiendo del grado de invasión, por ejemplo la obtención de líquido seminal que se encuentre en los orificios corporales es más invasiva que la obtención de saliva o cabello. Se reconoce que los avances tecnológicos para la identificación del ADN hacen cada vez menos invasiva la obtención de muestras.
- La orden del fiscal para la obtención de muestras debe responder a criterios de necesidad en la investigación que adelanta. Además que exista o no el consentimiento del acusado, sea una medida de grado medio o alto de invasión, siempre debe acudir al Juez de Control de Garantías.
- Quien decide si se autoriza la obtención de muestras que involucran al imputado, es el Juez de Control de Garantías, quien examinará el cumplimiento de los requisitos formales y materiales para autorizar su realización y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, pudiendo en todo caso fijar condiciones para su práctica, de tal manera que la medida se realice con la menor afectación posible de los derechos.
- La norma exige la presencia del defensor del imputado, tanto para la solicitud de la inspección, como durante su práctica. Adicionalmente, la norma establece que en caso de que el imputado se niegue a permitir la obtención de muestras, la realización de una audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías. Por lo tanto, se trata de una garantía adicional que asegura que para autorizar la realización de esta medida contra la voluntad del imputado, el juez de control de garantías examinará de manera más estricta, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la gravedad de los hechos investigados, el peso del interés de investigación penal del Estado y de protección de los derechos de las víctimas, el valor probatorio de las muestras, y la incidencia de las medidas sobre los derechos del imputado, para determinar si la medida es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

- El personal técnico y médico que participe en dichos exámenes debe respetar la dignidad de las personas y de evitar su exposición innecesaria a situaciones humillantes. En consonancia con ello, es compatible con la dignidad humana.
 - (i) que no se someta innecesariamente al imputado a la repetición de exámenes genitales o anales para la obtención de dichas muestras; (ii) que se adopten medidas adecuadas para evitar dolores; (iii) que la obtención de las muestras la haga personal con entrenamiento científico; (iv) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado; y (v) que se guarde la debida reserva de la identidad de la víctima (sic).

Finalmente, la corte emitió un fallo de constitucional condicionado y aclaratorio, es decir, fijando el sentido de interpretación de la norma.

Advirtió la Corte que la solución del caso, se amparaba en un juicio de proporcionalidad, el cual en la sentencia se hizo de manera abstracta, sin perjuicio de que cada juez de control de garantías pondere en las circunstancias de cada caso y concluya cuando es procedente autorizar su práctica por ser adecuada, necesaria y proporcional.

Literalmente expuso el máximo Tribunal.

“5.4.2.3. Esta norma está orientada a “asegurar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito”, a “asegurar la conservación de la prueba”, a “proteger (...) a las víctimas del delito” y a garantizar que la investigación penal se realice con el pleno respeto del debido proceso y el derecho de defensa, de conformidad con lo que establece expresamente el artículo 250 Superior. Se trata por lo tanto de fines legítimos y constitucionalmente importantes, e imperiosos, puesto que propenden por la garantía de derechos y principios esenciales del Estado, la protección de la vida, honra y bienes de los habitantes del territorio nacional y a asegurar la convivencia pacífica. En concreto,

estos fines se traducen en el objetivo de obtener dentro del programa de investigación muestras corporales y de otro tipo que puedan concernir al imputado, evidencias físicas sin las cuales el esclarecimiento de los hechos, el establecimiento de la responsabilidad penal, la protección de los bienes jurídicos tutelados penalmente y la garantía de los derechos de las víctimas, se verían seriamente truncados.

5.4.2.4. En cuanto al medio, según el delito investigado y las circunstancias del caso, este puede ser idóneo para obtener elementos materiales probatorios y evidencia física necesaria para la determinación de la responsabilidad penal, de la ocurrencia del hecho delictivo y de sus características. También puede ser un medio idóneo para cotejar las huellas corporales, dejadas en la escena del crimen y definir si el imputado tuvo algún tipo de participación en dichos hechos.

La obtención de muestras que puedan involucrar al imputado, además puede ser una medida necesaria para la investigación, cuando no existe otro medio a través del cual se pueda obtener el elemento probatorio indispensable para avanzar en la investigación que sea menos gravoso para los derechos del imputado. Así, por ejemplo, la obtención de muestras de semen del imputado es necesaria en la investigación de delitos contra la libertad sexual, para contrastarlas con las muestras de semen encontradas en el cuerpo de la víctima. No resulta necesario, por ejemplo, el examen grafotécnico o de voz cuando de conformidad con los hechos del caso, la naturaleza del delito que se investiga y el programa de investigación, no existe ningún elemento escrito que deba ser cotejado con esta muestra. Tampoco resulta necesaria la obtención de muestras corporales del imputado, cuando ya existen otros medios probatorios, tales como fotos, videos, huellas digitales que permiten una identificación cierta del imputado.

5.4.2.5 En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, la norma bajo estudio enfrenta el interés público en la investigación del delito, el bien jurídico tutelado y

la protección de los derechos de las víctimas, con el interés del individuo en no ser sometido a restricciones de sus derechos.

El examen abstracto de esa proporcionalidad en sentido estricto exige que se sopesen, por un lado, entre otros factores, (i) la gravedad del delito, (ii) la importancia del bien jurídico tutelado, (iii) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas en que se identifique a los responsables de un hecho delictivo, el que se negara la obtención de muestras que involucren al imputado; (iv) el valor probatorio de la evidencia material de la muestra a la luz del programa de investigación y, por el otro, (v) el grado de incidencia de la medida en los derechos del imputado y (vi) las condiciones personales del mismo.

De conformidad con lo anterior, a mayor sea la incidencia de la medida en los derechos del individuo, mayor importancia deberán tener los factores que determinan el peso del bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas.

En cuanto al grado de invasión del derecho a la intimidad, la obtención de muestras corporales implica algún tipo de inspección corporal que comporta una incidencia media o alta en este derecho, dependiendo del procedimiento empleado, de la parte del cuerpo sobre la que recae el procedimiento, y del tipo de muestra corporal. Así, resulta altamente invasiva de la intimidad del imputado, la obtención de muestras de fluidos que se encuentran en las cavidades anales, genitales, o vaginales. La obtención de muestras puede también implicar una invasión menor, por ejemplo, cuando se trata de huellas de pisadas, o de saliva, para cuya obtención no es necesario entrar en contacto con los órganos sexuales o los senos del imputado o imputada.

(...) En relación con el grado de afectación del derecho a la integridad corporal, la obtención de muestras que involucren al imputado puede implicar una limitación alta de este derecho, si en dicho procedimiento es necesaria una intervención

quirúrgica, el empleo de anestesia o de procedimientos que puedan poner en riesgo la salud del imputado, o si con posterioridad a su obtención, la recuperación de la salud del imputado exija cuidados médicos especializados. A mayor sea la incidencia de la medida en la integridad física del imputado, mayor importancia deben tener los bienes jurídicos tutelados y mayor el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la práctica de esta medida. Aun cuando los avances tecnológicos han reducido cada vez más los riesgos que puede involucrar la obtención de muestras, en las circunstancias de cada caso, los riesgos podrían presentarse si en el lugar donde deben realizarse las medidas no se tiene acceso a procedimientos científicamente controlados que aseguren que la salud del imputado no corre peligro. Así, por ejemplo, si la medida en cuestión consiste en la extracción de sangre al imputado, pero este padece hemofilia, la medida podría ser desproporcionada si el sitio donde se practicará la medida no cuenta con las herramientas necesarias para prevenir el riesgo de hemorragia. Es por ello que la extracción de muestras del cuerpo del imputado debe efectuarse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado, tal como lo establecen los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad. Estos parámetros obligan a las personas responsables de practicar esta forma de intervención corporal.

En cuanto a la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, la obtención de muestras corporales tiene una alta incidencia en este derecho si ello implica causar sufrimiento al imputado y si no se toman las previsiones necesarias para reducir al mínimo posible el dolor. A mayor sea la incidencia del procedimiento requerido para la obtención de la muestra en el derecho, mayor peso deberán tener el bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas. Así, la medida puede resultar desproporcionada, si para proteger un bien jurídico como la propiedad privada, y la extracción de la muestra implica el empleo de procedimientos que causan sufrimientos al imputado, a menos que se le administre algún medicamento para reducir el dolor.

En cuanto a la limitación del derecho a la autonomía, la obtención de muestras corporales que conciernen al imputado, no lo afectan cuando éste da su consentimiento libre de cualquier coerción e informado sobre las consecuencias del procedimiento. Sin embargo, si se opone a la realización de tal medida, la incidencia sobre su derecho es alta. En este último evento, la proporcionalidad de la medida dependerá de que los intereses jurídicos tutelados entre los cuales se encuentra la necesidad de asegurar el cumplimiento del deber de colaboración con la justicia y la protección de los derechos de las víctimas pesen más que el derecho del imputado a no ser compelido a la obtención de muestras corporales. Así, entre mayor sea la importancia de los bienes jurídicos tutelados penalmente y mayor el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la obtención de la muestra corporal, la oposición del imputado a la realización de la medida, pesa menos. Así por ejemplo si el imputado en un delito contra la libertad sexual, se niega a dar su consentimiento para la obtención de una muestra que permita el cotejo con el semen encontrado en el cuerpo de la víctima, esta negativa tiene un menor peso específico frente a la finalidad del Estado en esclarecer este tipo de delitos. Tal negativa tiene aún menor peso, cuando la víctima es un menor de edad, o cuando existen varias víctimas.

Puede suceder que después de que el juez de garantías ha autorizado la obtención de muestras corporales, el imputado se niegue a permitir su práctica, bien sea (i) alegando circunstancias conocidas que ya fueron tenidas en cuenta por el juez al momento de conferir la autorización para que la medida fuese practicada; o (ii) invocando circunstancias extraordinarias que no fueron tenidas en cuenta por el juez al conferir la autorización. En el primer caso, las autoridades podrán proseguir con la diligencia aún en contra de la voluntad del imputado y respetando los principios señalados anteriormente para garantizar su dignidad humana y no someterlo a tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otras garantías. El segundo caso, puede presentarse, por ejemplo, cuando han sobrevenido hechos con posterioridad a la autorización judicial que puedan

conducir a que de practicarse la obtención de muestras se efectúe una afectación grave de los derechos del imputado. En este evento se deberá acudir de nuevo al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales la obtención de muestras se podrá practicar, o la niegue.

En todo caso, la obtención del consentimiento del imputado siempre debe ser la primera opción para la obtención de muestras corporales que le incumben. No obstante, cuando ello no se logre, la norma prevé expresamente que se acuda al juez de control de garantías para que, en una audiencia de revisión de legalidad, considere de nuevo la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida y defina las condiciones bajo las cuales ésta puede ser llevada a cabo.

Es posible que una de las razones por las cuales el imputado se niegue a la práctica de esta medida sea el considerar que resulta violatoria de sus convicciones religiosas. Si bien la Carta Fundamental le ha conferido una amplia protección al derecho a la libertad religiosa, su ejercicio está sometido a ciertos límites que la Constitución le impone en aras de salvaguardar los derechos de los demás y hacer cumplir deberes constitucionales específicos así como para alcanzar intereses públicos imperiosos. En esta medida, es claro que el contenido normativo de dicho derecho subjetivo no es absoluto. La libertad de religión también puede ser limitada por medidas razonables y proporcionadas. El juez habrá de ponderar en cada caso concreto, valorando adicional y debidamente los argumentos religiosos, si la medida es idónea, necesaria y, especialmente, proporcionada. Si bien la negativa del imputado a permitir la obtención de muestras por motivos religiosos no puede prevalecer cuando ello conduciría ineluctablemente a la impunidad, en desmedro de los derechos de las víctimas, o entorpecería gravemente los resultados de la investigación, las autoridades encargadas de practicar esta medida deberán velar porque la misma se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, humanidad y respeto de la

dignidad del imputado, a fin de reducir al mínimo las molestias generadas por la práctica de esta medida.

En cuanto a la afectación del derecho a no autoincriminarse y de la presunción de inocencia, la Corte Constitucional comparte los criterios de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de señalar que la obtención de muestras corporales cuya existencia no depende de la voluntad del imputado, no implica un desconocimiento del derecho a no autoincriminarse, ni un desconocimiento del principio de presunción de inocencia, como quiera que tales elementos materiales probatorios pueden obrar tanto para establecer la responsabilidad del imputado como para exonerarlo. En ese sentido, tal como se señaló en la sección 5.4.1., el verbo “involucrar” se emplea como sinónimo de “concernir” o “incumbir”, lo cual confirma que la medida no implica un juzgamiento anticipado de la responsabilidad del imputado.

5.4.2.6. Por lo anterior, y dado que el artículo 249 bajo estudio es, en abstracto, idóneo, necesario, y proporcional, la Corte Constitucional declarará su exequibilidad, en relación con los cargos examinados, en el entendido de que.

a) la obtención de muestras requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;

b) la obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.4.2.5 de esta sentencia.

Corresponderá a los jueces de control de garantías, en cada caso concreto, velar porque en la práctica misma de la obtención de muestras del imputado se respeten estos principios. De conformidad con lo anterior, el juez de control de garantías podrá autorizar su práctica o negarse a acceder a la solicitud del Fiscal, luego de examinar (i) la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (ii) las condiciones particulares de su práctica, a fin de determinar si la obtención de muestras solicitada es adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); si no existe un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y la medida no es desproporcionada (proporcionalidad), luego de ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos del imputado por la obtención de muestras corporales.” (Subrayas ajenas al texto original)

6.4 CUESTIONAMIENTO FRENTE AL MÉTODO DE PONDERACIÓN

El juicioso estudio de la Corte, resultó ser muy rico no sólo para este tema sino para cualquier otro donde deba utilizarse el método de ponderación, sin embargo, algunos temas generan controversia, veamos.

6.4.1. Impunidad y garantías fundamentales del procesado. Cuando se hizo el ejercicio del método de ponderación, en reiteradas oportunidades se habló de evitar la impunidad, teniendo en cuenta la gravedad del delito y la protección de la víctima, además de la importancia de la prueba.

Sin embargo, surge un interrogante ¿si es el órgano persecutor quien tiene la obligación de la carga de la prueba para respaldar la acusación, conforme lo señala el art. 7º del CPP, entonces por qué obligar al procesado a participar de un procedimiento investigativo aún en contra de su voluntad para suministrar prueba que interesa al Estado?

La cuestión no es fácil, admitimos que el test de proporcionalidad resulta ser una herramienta interesante e importante para sopesar qué derecho debe salir adelante cuando existe enfrentamiento entre dos garantías. Sin embargo, en el caso particular, a favor del acusado se encuentra un principio rector como el de la carga de la prueba, donde se le exige al Estado con todo su aparato y maquinaria institucional que investigue, pero lo curioso es que se le autoriza para que en contra de la voluntad del acusado utilice su cuerpo (cosificándolo como un objeto) a conveniencia de una investigación, blindando la actuación del Estado con el argumento que en delitos graves como por ejemplo un acceso carnal con una víctima menor, siempre resultará vencido el procesado y por lo tanto debe soportar que en contra de su consentimiento se le practique una prueba donde se involucra su cuerpo.

Una lectura diferente de estos casos muestra que no se trata de sacar vencedora a la impunidad cuando no se cuenta con la prueba en cuestión, sino que lo que se está haciendo es garantizar un principio universal de absolución por duda, ante la ausencia de prueba.

Recuérdese que la actitud pasiva del defensor como del procesado es una estrategia de defensa y en este caso se le está obligando a participar de una investigación donde el imputado no ha consentido.

6.4.2. Eficientismo del Estado y Justicia mediática. Cuando hablamos de eficientismo del Estado, nos referimos a la acepción más lógica y común de la palabra, es decir, a que el Estado tenga todas las posibilidades de adelantar y culminar sus labores investigativas con éxito.

Pero aquí surge nuevamente nuestra inquietud ¿será que para lograr sus fines el Estado puede ser habilitado para vulnerar los derechos de los asociados?, la respuesta es afirmativa y condicionada, por cuanto es dable limitar derechos de

las personas cuando existe justificación para ello, tal es el caso del derecho a la intimidad cuando se ordena una diligencia de allanamiento y registro, sin embargo, en nuestro caso, el Estado queda facultado para obtener una muestra del cuerpo del imputado (en últimas es parte del cuerpo del imputado), en contra de su voluntad, y ante una negativa del imputado debe el juez de garantías fijar las reglas para que se lleve a cabo dicho procedimiento aún en contra de la voluntad del imputado, y es aquí donde haya asidero nuestro reproche, pues una cosa es entrar a una vivienda en contra de la voluntad del morador y otra muy diferente es tomar partes de su cuerpo (muestras) cuando este se niega, pues recordemos que cada uno es dueño de su cuerpo por ser este un bien de su ámbito privado y personal, y no como ocurre con el derecho a la propiedad de los inmuebles que pese a respetarse la propiedad privada, esta debe cumplir una función pública.

No puede olvidarse que los medios de comunicación han sido denominados como el “cuarto poder” después del ejecutivo, legislativo y judicial, pues efectivamente la proliferación de noticias documentadas de manera amarillista hacen que la comunidad reaccione reclamando justicia y a veces hasta venganza.

Solo para recordar algunos casos que los medios los han potencializado como espeluznantes y a muchas personas las han hecho repetir frases como “cadena perpetua”, “que los castren”, “pena de muerte para los agresores sexuales”, etc.

- El caso Garavito, para quien los fines de la pena así cumplan su cometido (resocialización), los medios y la comunidad nunca lo aceptaran.
- El caso Rosa Elvira Cely, quien fue brutalmente asesinada por Javier Velasco en el parque Nacional de Bogotá, luego de una agresión sexual.

Casos como los anotados, hacen que el legislador se vea compelido a reaccionar con severidad frente a estas conductas, no porque ello responda a una política criminal seria, sino porque el momento (suceso mediático) lo exige en la ofendida voz del pueblo.

A lo que apunta nuestro comentario, es que respecto del art. 249 del CPP, por tratarse de casos de delitos sexuales, pareciera que el test de ponderación resulta más fácil si se hace eco de las críticas mediáticas frente a este tipo de reatos. Es decir, siempre resultará vencido el imputado en este tipo de análisis, pues así lo reclama la comunidad.

6.5 TOMA DE MUESTRAS AL IMPUTADO

6.5.1 Importancia de la prueba. No requiere mayor análisis concluir que si el Fiscal decide en desarrollo de su plan metodológico adelantar una toma de muestras al imputado, es porque se trata de una prueba definitiva para el caso que está investigando. Ello tiene que ser así, puesto que si existe al menos otro elemento de prueba que permita acreditar la responsabilidad, ningún juez prudente en sus decisiones y respetuoso de las garantías ordenaría una prueba de ese calibre, ya que al existir otros medios de prueba que demuestren responsabilidad, la toma de muestras del imputado pierde fuerza en cuanto a la necesidad de la misma para la investigación.

En desarrollo de una investigación penal, una prueba como la multicitada “toma de muestras al imputado”, resulta importante porque “Se trata de producir con la certeza científica propia del peritaje médico-legal, el cotejo entre la realidad de lo sucedido y el supuesto legal que configura la conducta ilícita penalizada. De esta manera, el fiscal o el juez resolverá sobre la base de ese derecho biológico que producirá en definitiva la conclusión jurídico – legal que se busca con la peritación.”¹⁹

¹⁹ ESCOBAR LOPEZ. Edgar. Los Delitos Sexuales. LEYER. 2013. 760 pág. 617

6.5.2. Imputado en libertad. Difícilmente en un asunto donde se investiga un delito sexual, habría un imputado en libertad, sin embargo, se recuerda que el art. 249 del CPP, no es patrimonio exclusivo de los delitos sexuales, pues la norma resulta ser abstracta y puede ser aplicada cuando se requiera independientemente del reato que se investiga.

Siendo así, en cualquier caso donde se requiera la práctica de una prueba como la toma de muestras, si el imputado se encuentra en libertad y este decide no asistir a las audiencias ejerciendo desde ese momento su posición de no colaborar con el procedimiento, entraríamos en un nuevo problema y ahora ya no sólo tenemos su negativa a prestar su consentimiento para la realización del procedimiento, sino que ahora además tenemos que no quiere participar ni siquiera de las audiencias o diligencias, siendo así, tal vez tocaría pedir la imposición de una medida de aseguramiento con respaldo en el art. 309 del CPP, por obstrucción a la justicia.

6.5.3 Imputado privado de la libertad. En este caso cuando el imputado se encuentra privado de la libertad, es cuando se observa de mejor manera la fuerza del Estado, pues el imputado se encuentra en una situación tan precaria que incluso en situaciones no depende de su voluntad asistir a las audiencias. Sin embargo, muy a pesar de que el procesado no goce de su libertad de locomoción, puede ejercer su oposición hacia el procedimiento.

6.5.4 Alternativas en la práctica. Si se tratara de muestras de ADN las que se requiere obtener del cuerpo del imputado, las cuales pueden recuperarse de saliva, sangre, pelos, uñas, etc., teniendo en cuenta que el acusado no presta su consentimiento, pueden explorarse alternativas como las siguientes.

- a. Si el acusado se encuentra privado de la libertad, podría aprovecharse una jornada de corte de cabello en la cárcel para recuperar las muestras. (No es

algo leal pero no pareciera ilegal), sin embargo sería una prueba recogida a espaldas del procesado.

- b. Igual ocurriría con la toma de uñas, o saliva, pues se puede ordenar un allanamiento a la celda del procesado para recuperar muestras que quedan esparcidas en la basura o un vaso o cuchara que acaba de utilizar el procesado, donde quedó su saliva.
- c. Si el acusado se encuentra en libertad, puede un miembro de policía judicial hacer el seguimiento hasta que se encuentre con una oportunidad como las anteriores (corte de cabello, arreglo de uñas, comida en un restaurante público) y recuperar las muestras que ocasionalmente se dejaron.
- d. También se podría acudir a los archivos de las oficinas de salud, donde reposan muestras de sangre del imputado.

En los casos en comento, entraríamos al campo de la exclusión de la prueba no por ilegalidad, sino por ilicitud, puesto que se debe analizar si se irrespetó el debido proceso.

Los anteriores ejemplos solo se ofrecen para ilustrar de mejor manera las alternativas a las cuales se vería abocado un fiscal cuando el imputado no presta su consentimiento.

6.6 DOCTRINA SOBRE EL TEMA

Este tema ha sido de gran controversia y muy bien tratado tanto a nivel nacional como internacional, de ahí que recordaremos algunas posturas que sobre el particular se han venido manejando.

Sobre el examen que debe practicársele al imputado (presunto agresor), por parte del médico legista para obtener unas muestras de su cuerpo, el Dr. EDGAR ESCOBAR LOPEZ en su obra “Los Delitos Sexuales” ha sostenido que este tipo de examen es un complemento importante en el estudio pericial, pues sus objetivos son establecer a) la presencia de signos de coito reciente, con o sin violencia; b) determinar el nivel de la fuerza física para vencer a la víctima; c) la capacidad de erección; d) la presencia de signos que vinculen al presunto agresor con el delito investigado.

Las etapas que deben seguirse en la investigación del agresor son las siguientes. a) anamnesis del agresor; b) examen de las ropas del presunto indiciado; c) examen físico general; d) examen del área o zonas genitales; e) evaluación psicológica; f) obtención de muestras de toda clase de fluidos para examinarlos en el laboratorio; g) documentación fotográfica.

Este tratadista puntualizó que.

“En el examen físico general, que se desarrolla con las técnicas y protocolos determinados por el Instituto de Medicina Legal, es importante observar y anotar especialmente, en la historia clínica, los siguientes aspectos. a) tipo constitucional del presunto agresor; b) su desarrollo muscular; c) su desarrollo genital. Igualmente, debe procederse al examen de la ropa, en la búsqueda de fibras, manchas, pelos que pueden ser determinantes o no como evidencia física en el descubrimiento positivo o negativo del autor del hecho, o de los partícipes en el mismo. El examen físico tiene como objetivo principal buscar signos especiales que confirmen la sospecha, tanto en el área genital, como en la paragenital o extragenital. La semiología médico legal del pene, es decir el examen del área genital, se efectúa de la siguiente forma. a) con la mano enguantada se retrae el prepucio para descubrir el glande y el surco balanoprepucial, con el fin de observar la existencia de lesiones o la presencia de cuerpos extraños; b) se oprime el cuerpo del pene, con el fin de observar si por el meato o uretra fluye esperma o

secreción que denote enfermedad sexual transmisible; c) Se determina el supuesto tamaño del pene, con y sin erección; d) Se establece la presencia de signos de coito reciente, con y sin violencia (la primera cuando se observan talladuras, pequeñas heridas o excoriaciones; las segundas en el evento que no se haga ninguna observación por el perito.”

(...)

“Si se sospecha por el perito signos de coito reciente, en el pene, se debe proceder a extraer sangre para que el laboratorio determine si es serológicamente similar a la de la víctima. Si el perito sospecha la existencia de manchas secas de esperma o flujo del mismo al oprimir el pene, se extraerán de forma técnica para enviarlas a laboratorio en busca de determinar si el mismo es esperma y si es uniprocedente o no con el presunto agresor. Si el experto observa la presencia de materia fecal, se enviara a laboratorio con los mismos fines. Si existen hallazgos parasintomatológicos o microbiológicos como los que muestra la víctima, se enviaran al laboratorio para determinar o no su uniprocedencia con los del presunto agresor.

Si el perito sospecha coito reciente con violencia, procederá de la siguiente manera. a) buscar en el glande, edema, contusiones, semen; b) tratar de capturar ruptura reciente del frenillo; c) en el prepucio, buscar heridas, contusiones, edema, cuerpos extraños; d) en el surco balanoprepucial, buscar sangre de la víctima, materia fecal. (...)

En el laboratorio pueden hallarse indicios con material proveniente de diversas fuentes, entre las cuales podemos mencionar las siguientes. a) de la ropa, donde puede encontrarse manchas de sangre y esperma, especialmente en ropa interior o pantalones; b) hallazgo de pelos de la víctima en región genital o paragenital, los que deberán ser comparados con los del agresor, para lo cual habrá que obtener de este muestras de vello del pubis, barba, bigotes y cabeza; c) estudio de fibras

del lugar del hecho, encontradas en la ropa o en el cuerpo del agresor; d) en sangre, determinar la presencia de enfermedades sexuales trasmisibles, alcohol y otras drogas; e) determinar la presencia de ADN; f) determinar la presencia de lubricantes en el pene; g) en material logrado por lavado del pene, con solución salina, es posible hallar espermatozoides y celular vaginales. Para ello los extendidos microscópicos se colorean con los sistemas de Papanicolaou o Shorr; h) en la opresión del pene se comprueba la presencia de esperma o la presencia de enfermedades de transmisión sexual.”

La lectura del aparte transcrito, muestra que se trata de un examen practicado al imputado de manera inmediata o en el menor tiempo de haber ocurrido el hecho, momento en que por virtud de una captura ya se goza de la condición de imputado, para lo cual es evidente la presencia del consentimiento de este, y en caso de negativa, como lo advierte el autor en el texto que estamos citando se debe respetar su decisión y comunicarla al fiscal que solicita el informe pericial²⁰.

Otro autor que aporta a nuestro estudio sus valiosos trabajos, es el tratadista ANTONIO LUIS GONZALEZ NAVARRO, caracterizado por compilar doctrina y jurisprudencia y que en esta oportunidad citamos para ratificar la importancia de obtener las muestras que involucran al imputado como fluidos corporales, de las cuales expone que los restos de fluidos del cuerpo humano resulta ser de gran valor, pues a pesar de que los análisis de laboratorio no han alcanzado un perfeccionamiento tal como para permitir la identificación definitiva de un individuo, en base al análisis de los fluidos del cuerpo humano solamente, las pruebas realizadas sobre materiales biológicos son de un valor incalculable como un medio de posible identificación y que frecuentemente permiten la exclusión definitiva de una persona sospechosa.

²⁰ ESCOBAR LOPEZ. Edgar. Ob. Cit. Pág. 621

En cuanto a las sugerencias generales para el recogido de fluidos corporales, recomienda cuando se trata de semen encontrado en la piel se recoge con un hisopo estéril; cuando se trata de muestras de la boca, se deben tomar dos muestras bucales con hisopos estériles que se pasan con cuidado y sin frotar mucho por la lengua, encías, los dientes y el paladar.

Aclara que los fluidos corporales corresponden a características físicas del sospechoso. En una sociedad tan compleja como la nuestra, en donde cada día tenemos menos testigos dispuestos a testificar, la evidencia física relacionada a los fluidos corporales tiene un valor incalculable.

Un trabajo muy rico para nuestros efectos, no sólo por el aporte personal del autor, sino por su remisión a jurisprudencia internacional sobre el tema, lo ofrece el Dr. LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, quien sobre la extracción de muestras adujo que se trata de una intervención corporal que apunta a obtener evidencia que hace parte natural del cuerpo humano (cabello, saliva, semen, entre otros). La extracción es una diligencia que siempre está orientada a hallar evidencia que luego deberá ser sometida al estudio de un experto; de ahí que a doctrina española indique que lo que se pretende hallar en este tipo de procedimientos es la fuente de la prueba. Por ello, para el análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad debe tenerse en cuenta la muestra que pretende extraerse y los exámenes que deben practicársele. Dicha relación entre la “fuente de prueba” y el examen técnico es relevante, además, para decidir sobre la exclusión de evidencia, pues no cabe duda que si la muestra se obtuvo ilícitamente y por ende debe ser excluida de la actuación (artículos 29 de la Constitución Política y 23 de la Ley 906 de 2004), el dictamen debe correr la misma suerte, por ser evidencia derivada de otra ilegal, o porque sólo pueda explicarse en razón de la existencia de la evidencia primigenia.

El Dr. BEDOYA SIERRA es de los pocos autores, que se adentran en el tema de la toma de muestras de forma coactiva cuando no media el consentimiento del acusado, de ahí que resulta importante citar sus argumentos.

“Aunque lo ideal es obtener el consentimiento (libre, consciente y debidamente informado), las muestras pueden extraerse en contra de la voluntad del afectado con la medida. Cuando procede la ejecución forzosa, el fiscal tiene una mayor carga argumentativa y el juez debe analizar con mayor rigor la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la intervención corporal. En todo caso, el fiscal deberá indicarle al juez de control de garantías lo siguiente. (i) los hechos de que trata la investigación; (ii) la clase de muestra que se pretende obtener; (iii) los exámenes que se practicaran a dicha muestra; (iv) los objetivos que pretenden alcanzarse con el estudio; (v) la importancia de la información buscada –debe ser necesaria para la investigación-; (vi) la idoneidad de las muestras, y de los exámenes que deberán practicársele, para alcanzar el fin perseguido; (vii) la inexistencia de otros procedimientos igualmente efectivos para alcanzar el fin pero que sean menos invasivos, para estos efectos el fiscal deberá asesorarse de un perito oficial, pues seguramente el juez estará interesado en saber si es posible acudir a otros procedimientos que impliquen menor limitación de derechos fundamentales –una muestra de saliva en vez de una de sangre, por ejemplo-; (viii) la proporcionalidad entre la limitación a las garantías fundamentales que implica la medida y la importancia del fin perseguido con el procedimiento para lo cual deberá tener en cuenta la gravedad del delito, los perjuicios que podrían causarse a la víctima si no se practica el procedimiento, el nivel de afectación de los derechos fundamentales del imputado, etcétera²¹; y (ix) deberá indicar el procedimiento que se utilizara (con o sin el consentimiento del imputado), para demostrar que el mismo no implica tratos crueles, inhumanos o degradantes.”

(...)

²¹ En la sentencia C.822 de 2005 la Corte fijo las subreglas que deben tenerse en cuenta para analizar la proporcionalidad. (...)

Aunque la inspección corporal y la extracción de muestras pueden ser ejecutadas forzosamente, existe una importante diferencia en cuanto a las consecuencias de la resistencia del imputado, pues mientras la inspección puede practicarse coactivamente, algunas muestras no pueden tomarse sin la voluntad del destinatario de la medida, como sería el caso de las muestras caligráficas. Dicha negativa tiene que tener alguna consecuencia, pues el cumplimiento de una orden judicial no puede quedar supeditada a la voluntad del destinatario de la medida, ni sería aceptable que dicha renuencia, que en ocasiones implica la imposibilidad de darle cumplimiento a la orden, carezca de efectos jurídicos²². Al efecto, Gómez Amigo concluye que ante la imposibilidad de imposición coactiva de las diligencias de intervención corporal, “el tribunal deberá valorar la negativa del imputado al sometimiento de la misma como un indicio probatorio de culpabilidad”, y resalta que “este indicio probatorio no supondrá una ficta confessio, ni un indicio especialmente cualificado, sino un indicio más que, valorado junto a otros, puede constituir base probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y para que el tribunal forme su convicción a la hora de dictar sentencia. Para la plena demostración del hecho indicador será menester que al juicio comparezcan como testigos los funcionarios encargados de ejecutar la orden, para que declaren sobre las circunstancias que rodearon la negativa del destinatario de la medida.”

Finalmente, la Doctrina extranjera nos ha aportado sobre el tema su punto de vista, no muy distante de la óptica nacional. Para TERESA ARMENTA DEU²³, las intervenciones corporales consisten en la extracción del cuerpo de determinados

²² “Sin embargo, este asunto podría tener otra interpretación, pues existe una notoria diferencia entre someterse a un procedimiento que implique la obtención de evidencia incriminatoria y colaborar con dicho procedimiento. La doctrina alemana da cuenta de que el imputado está obligado a lo primero pero no a lo segundo, en virtud del principio de pasividad, según el cual la persona no puede resistirse a que de su interior sea sustraída una determinada evidencia (drogas alucinógenas por ejemplo), pero no está obligada a colaborar para el éxito de dicho procedimiento. Así, por ejemplo, el ciudadano no estaría obligado a soplar para ser sometido a un examen de alcohol (mediante aparatos idóneos para medir la concentración de alcohol a través de la respiración), ni estaría obligado a otorgar la muestra caligráfica. ROZXIN, Op. Cit., p. 291”

²³ ARMENTA DEU. Teresa. pág. 184

elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (como análisis de sangre, orina o pelos) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC), que con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible implican una lesión o menoscabo del cuerpo. Atendiendo al grado de sacrificio que impongan a este derecho, tales intervenciones pueden calificarse de leves cuando, vistas las circunstancias concurrentes, no sean objetivamente consideradas susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud, ni ocasionar sufrimientos a la persona afectada (análisis de pelos o de sangre) o graves, en caso contrario (como las punciones lumbares o la extracción de líquido cefalorraquídeo).

Agrega la autora que la relevancia de estas medidas –especialmente las intervenciones corporales- deriva del hecho de que gracias a ellas se obtienen materiales con los que llevar a cabo pruebas periciales que resultan de una gran fuerza incriminatoria –quizás resultando las únicas-; a la par que pueden conllevar la flagrancia del delito o incluso resultar imprescindibles en el curso de una investigación (como sucedo con los cacheos o la prueba de alcoholemia).

Finalmente y como un aporte muy importante para este trabajo, ARMENTA DEU hace una apretada síntesis de la jurisprudencia sobre los casos más frecuentes, resaltando lo siguiente.

No cabe utilizar la vía compulsiva (STC 37/1989).

Siempre debe acudirse a la medida menos lesiva del derecho fundamental, evitando en todo caso todo trato vejatorio o degradante (STC 137/1990, STS de 5 de octubre de 1989).

7. PROBLEMA PLANTEADO Y PROPUESTA DE LOS AUTORES

Para recapitular lo estudiado, hemos advertido que la sentencia C-822 de 2005, en juicioso análisis de constitucionalidad concluyó que el art. 249 del CPP, se armonizaba con la Carta Política, explicando las razones del por qué se pueden tomar muestras del cuerpo del imputado, aún en contra de su voluntad, cuando este niega su consentimiento para colaborar con el procedimiento.

Así ha concluido nuestro Tribunal Constitucional que en caso de que el imputado no preste su consentimiento, será el Juez de Control de Garantías quien fije las condiciones para la práctica del procedimiento, de tal manera que la medida se realice con la menor afectación posible de sus derechos.

A nuestro parecer, frente a la pregunta ¿Cómo llevar a la praxis la obtención de muestras al imputado sin su consentimiento?, pueden ofrecerse dos posibles respuestas.

En primer lugar “de manera forzosa”, dejando al fiscal en la sustentación de la solicitud de la prueba, la obligación de ilustrar cómo se llevara a cabo el procedimiento; luego la carga argumentativa se trasladará al juez de garantías, quien decidirá fijando como lo dijo la Corte las condiciones en que se practicará la prueba.

Esta opción, si bien a primera vista puede ser rechazada escandalosamente por cualquier lector de este trabajo, no puede descartarse de plano, pues la literalidad de la sentencia C-822 de 2005, explícita e implícitamente no lo descarta, luego entonces, es en este punto en particular donde advertimos el vacío legislativo y jurisprudencial, puesto que más allá de todo el análisis (trillado en cuanto a la ponderación), parecería que se trata de un desgaste legal y jurisprudencial, regular una norma que disponga que puede practicarse semejante prueba

(extracción de muestras que involucran al imputado) aún en contra de su voluntad, si consideramos válido, razonable y con suficiente justificación, que el imputado niegue su colaboración para obtener una prueba que lo incriminara.

Claro está, la Corte dice que la prueba también servirá para demostrar la inocencia del imputado, de ahí que con ella no se vulnera su derecho a la no autoincriminación, sin embargo, si bien parcialmente acogemos la visión de la Corte, a nuestro parecer en el nuevo sistema acusatorio de enjuiciamiento penal, a diferencia con el anterior, a la fiscalía ya no le corresponde investigar tanto lo favorable como lo desfavorable, siendo así, juega un papel importante retomar aquí el tema de la carga de la prueba.

Según el artículo 7º del CPP. “corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado”.

Es decir, la legislación procesal penal permite que el acusado asuma una actitud pasiva (si esa es su estrategia defensiva) de cara al aporte de pruebas, cosa que no ocurre de igual manera con la Fiscalía quien tiene la obligación de suministrar la prueba suficiente en que sustenta la acusación y, en caso de no contar con prueba que permita desvirtuar la presunción de inocencia, la duda se resolverá “en todos los casos” a favor del procesado.

En suma, si alguien debe ser proactivo por demostrar su inocencia no es la Fiscalía, sino el mismo procesado, por lo que si a él le interesa acudir en desarrollo de su estrategia defensiva a practicarse la cuestionada prueba, de lo contrario NO.

La otra posible respuesta que se genera a la pregunta problemática es que NO pueden tomarse muestras del imputado en contra de su voluntad, pues ello

implicaría la lesión de sus derechos fundamentales, cuando este opone incluso su resistencia física de manera violenta (para ser más gráficos).

En situaciones como la anotada, la solución que propone el Dr. BEDOYA SIERRA en los apuntes que tuvimos oportunidad de estudiar en el anterior capítulo, la cual tiene sustento en jurisprudencia y doctrina española citando a GOMEZ AMIGO, es una alternativa más, puesto que “ante la imposibilidad de imposición coactiva de las diligencias de intervención corporal, “el tribunal deberá valorar la negativa del imputado al sometimiento de la misma como un indicio probatorio de culpabilidad”, y resalta que “este indicio probatorio no supondrá una ficta confessio, ni un indicio especialmente cualificado, sino un indicio más que, valorado junto a otros, puede constituir base probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y para que el tribunal forme su convicción a la hora de dictar sentencia. Para la plena demostración del hecho indicador será menester que al juicio comparezcan como testigos los funcionarios encargados de ejecutar la orden, para que declaren sobre las circunstancias que rodearon la negativa del destinatario de la medida.”

Cabe advertir que esta solución a nivel jurisprudencial no pertenece a nuestra cosecha nacional, por lo que acoger ese criterio foráneo, por más acertado que nos parezca, debe conllevar un análisis medido y matizado para que encaje en nuestra legislación, pues se recuerda que según la Corte Constitucional en la sentencia C-822 de 2005, la toma de muestras puede hacerse aún en contra de la voluntad del imputado, y nada se dijo sobre el indicio que advierte el referente jurisprudencial extranjero.

Echamos de menos que la Corte no haya expuesto una conclusión tajante, sobre que en ningún caso la toma de muestras al imputado puede ser recogida mediante la fuerza o de manera coercitiva. Esta indeterminación no tiene su génesis simplemente en la sentencia que venimos estudiando, también tiene asidero en la débil legislación sobre el tema, problema que no sólo es de Colombia sino que

también se ha advertido en otras latitudes, como en España donde en múltiples trabajos se ha dicho lo siguiente.

“Si la regulación del cuerpo humano, como fuente y medio de prueba en el proceso penal, ha resultado un tema controvertido en la doctrina y en la jurisprudencia, lo ha sido no sólo porque refleja claramente el conflicto entre el interés social en la persecución del delito y los derechos del imputado -al relacionarse directamente con el catálogo de los que les corresponden a aquél, previstos en el art. 520 LECrim. EDL 1882/1 y especialmente, el de no declarar contra sí mismo...- sino debido, entre otros factores, a la insuficiencia de cobertura legal; ello ha motivado diferentes pronunciamientos, tanto del Tribunal Supremo (STS de 4 junio 2003 EDJ 2003/49567) como del Tribunal Constitucional (SSTC 37/1989 EDJ 1989/1607 , ó 7/1994 EDJ 1994/152) en las que se ha venido expresando la exigencia al legislador de ofrecer un marco legislativo, que no se ha materializado hasta la reciente reforma llevada a cabo por LO 15/2003 de 25 noviembre EDL 2003/127520 , del art. 363 de dicho texto procesal, precepto en el que se ha introducido su párrafo 2º EDL 1882/1 , redactado como sigue.

“Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar en resolución motivada la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten imprescindibles para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

Pese a tal reforma, no ha abordado el legislador, como hubiera sido deseable, cuáles pueden ser las consecuencias de la negativa del sospechoso a la obtención de muestras biológicas, y en concreto si cabe compelerle físicamente

para su obtención, si el Juez de Instrucción, en el curso de la investigación de una causa penal, ordena tal diligencia.”²⁴

Para concluir entonces, consideramos que no se puede en la práctica llevar a cabo un procedimiento de toma de muestras que involucren al imputado, en contra de su voluntad, pues ello implicaría la vulneración de sus derechos fundamentales, convirtiendo dicho procedimiento en una prueba ilícita.

Para nosotros y con miras a sellar el tema, ante la imposibilidad de la Fiscalía de contar con una prueba como las muestras del imputado, se debe dar aplicación al principio rector de in dubio pro reo, puesto que la carga de la prueba corresponde al Estado y si este no cuenta con suficientes elementos de convicción para derruir la presunción de inocencia, esta se mantendrá incólume. Recuérdese que la defensa (acusado y defensor) puede tomar una posición pasiva, pues no se le puede obligar a aportar prueba, cuestión que a nuestro parecer se aplica en la toma de muestras, pues no puede ser compelido el procesado a participar de un procedimiento que vaya en contra de su hipótesis defensiva.

No encontramos que con la solución planteada se pregone por la impunidad en delitos graves, sino que con ello, se hace gala de la garantía la presunción de inocencia, sin perder de vista que ni el legislador ni la jurisprudencia nacional se han pronunciado de manera que permitan atender una clara conclusión que nos haga cambiar de parecer.

²⁴ GALLEGO SANCHEZ. Gemma. Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 4. Fecha de publicación. junio de 2006. Editorial. El Derecho Editores. pág. 6

GLOSARIO

CARGA DE LA PRUEBA: se trata de la obligación de aportar la prueba para probar una hipótesis.

IN DUBIO PRO REO: principio del derecho penal. La duda favorece al procesado.

OBJETO DE PRUEBA: es aquello que se pretende probar dentro del proceso (los hechos y las afirmaciones que se hacen sobre ellos)

PROCEDIMIENTO: modo de adelantar un trámite dirigido a un fin.

PRUEBA: Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley

PRUEBA ILEGAL: la que se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales.

PRUEBA ILÍCITA: ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas.

SUJETO DE PRUEBA: el sujeto de prueba u órgano de prueba, es aquella persona que sirve para llevar a cabo el objeto de prueba.

VOLUNTAD: facultad del ser humano para gobernar sus actos, decidir con libertad y optar por un tipo de conducta determinado.

8. CONCLUSIONES

Según la sentencia C-822 de 2005 que estudio la constitucionalidad del art. 249 del CPP, es procedente la práctica de la diligencia de toma de muestras que involucran al imputado, aún sin el consentimiento de este, dejando al Juez de Control de Garantías la posibilidad de fijar condiciones para su práctica, de tal manera que la medida se realice con la menor afectación posible de sus derechos. No existe regulación legal ni jurisprudencial a nivel nacional, que permita conocer la manera cómo se puede llevar a cabo en la práctica este tipo de prueba en contra de la voluntad del procesado, sin que ello implique un menoscabo de sus derechos fundamentales.

La problemática advertida no sólo se presenta en Colombia, sino que también se repite en otras latitudes como en España, ejemplo que fue estudiado en desarrollo de este trabajo.

En un análisis de ponderación, el principio de la presunción de inocencia y carga de la prueba en cabeza de la fiscalía, deben primar para no compeler al procesado a participar de la actividad investigativa cuando esta le desfavorece.

Ante la imposibilidad de la Fiscalía de contar con una prueba como las muestras del imputado, se debe dar aplicación al principio rector de in dubio pro reo, puesto que la carga de la prueba corresponde al Estado y si este no cuenta con suficientes elementos de convicción para derruir la presunción de inocencia, esta se mantendrá incólume.

La defensa (acusado y defensor) puede tomar una posición pasiva, pues no se le puede obligar a aportar prueba, cuestión que a nuestro parecer se aplica en la toma de muestras, pues no puede ser compelido el procesado a participar de un procedimiento que vaya en contra de su hipótesis defensiva.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU. Teresa. Lecciones de derecho procesal penal. 2ª Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid - Barcelona. 2004. 415 p.

BEDOYA SIERRA. Luis Fernando. La Limitación de los Derechos fundamentales en el Sistema Acusatorio Colombiano. Medellín. Comlibros, 2008. 262 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005. Magistrado Ponente Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

COLOMBIA. SECRETARIA SENADO. “Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004”. Internet. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_0906_2004_pr008.html#251.

COLOMBIA. SECRETARIA SENADO. “Constitución Política de Colombia”. Internet. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html

ESCOBAR LOPEZ. Edgar. Los Delitos Sexuales. LEYER. 2013. 760 p.

FIERRO MENDEZ. Heliodoro. La prueba ilícita e ilegal – Efectos jurídicos en el proceso penal. LEYER. 2010. 440 p.

GONZALEZ NAVARRO. Antonio Luis. El proceso penal acusatorio por medio de audiencias. LEYER. 2012. 1637 p.

MORA IZQUIERDO. Ricardo – SANCHEZ PRADA. María Dolores. La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio. Editores Gráficos Colombia LTDA. 2007. 242 p.

URBANO MARTINEZ. José Joaquín. La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal – Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio. Ediciones Nueva Jurídica. 2ª Edición. 2011. 369 p.