

Las relaciones y tensiones entre el derecho a la prueba y otros derechos fundamentales en la práctica de la toma de muestras

Carlos Andrés Bolaños Arias

RESUMEN

El presente artículo aborda lo relativo a las relaciones existentes entre el derecho a la prueba y otros derechos fundamentales como la dignidad humana, el debido proceso y el acceso a la justicia, en la práctica del procedimiento de toma de muestras que involucren al imputado, consagrado en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004. Con la finalidad de mostrar tales relaciones se realiza una aproximación a la noción de derecho a la prueba, a continuación se hace un acercamiento al contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, el debido proceso y el acceso a la justicia, posteriormente se describe de manera concreta la regulación de la toma de muestras en el ordenamiento jurídico colombiano y finalmente, se señalan las tensiones y relaciones existentes entre derecho a la prueba y los derechos fundamentales a la dignidad humana, el debido proceso y el acceso a la justicia.

Palabras clave: Derecho a la prueba, derechos fundamentales, dignidad humana, debido proceso, acceso a la justicia, intervenciones corporales, toma de muestras.

ABSTRACT

This paper deals with regard to the existing relations among the right to evidence and other fundamental rights like human dignity, due process of law and justice access, in practice of the sample taking procedure which involves the accused, enshrined in article 249 of the [Law 906 of 2004](#)~~Law 907, 2004~~. In order to show those relations, it realizes an approach to the notion of right to evidence, then an approach to the content of fundamental rights to human dignity, due process of law and justice process; afterwards, it describes concretely the regulation of the sample taking procedure in the Colombian legal system and finally, it marks tensions and relations among the right to evidence and fundamental rights to human dignity, due process of law and justice access.

Keywords: Right to evidence, fundamental rights, human dignity, due process of law, justice access, corporal interventions, sample taking.

Introducción

En la actualidad, en algunos ordenamientos jurídicos se contempla de manera directa la existencia de un derecho subjetivo constitucional a la prueba¹. En este sentido, la doctrina con autores como: Picó i Junoy (1996), Bustamante Alarcón (2000), Tirado Hernández (2006), Ferrer Beltrán (2003) Ruiz Jaramillo (2007 a), Parra Quijano (2011), Abel Lluch (2012), Devis Echandía (2012), Pérez (2015), entre otros, y la jurisprudencia² dan por cierta la existencia de este derecho subjetivo. Sin embargo, se presenta discusión respecto de la naturaleza de este derecho. Por ejemplo, hay un sector de la doctrina, en el que se encuentran autores como Pérez (2015) y Picó i Junoy (1996), que considera que es un derecho constitucional que hace parte del debido proceso, negando la autonomía del derecho a probar, empero hay una posición minoritaria donde se encuentran autores como Ruiz Jaramillo (2007 a), Abel Lluch (2012) que sostienen la fundamentalidad del derecho a probar y derivan de esa consideración su aplicación inmediata, la regulación mediante ley estatutaria, su no restricción en estados de excepción y su protección mediante acción de tutela (recurso de amparo).

Ese derecho a probar otorga a su titular la posibilidad de exigir al Estado y a los particulares que: 1) no se obstaculice a la parte la posibilidad de presentar pruebas en juicio y contradecir las propuestas en su contra y 2) que se brinden las condiciones necesarias para que ese derecho a probar no se torne en ilusorio (Picó i Junoy, 1996), (Ferrer Beltrán, 2003), (Ruiz Jaramillo, 2007 a) y (Pérez Restrepo, 2015), entre otros. No obstante, se advierten eventos en los cuales se puede ver obstaculizada la práctica de prueba en el marco del proceso o se presentan circunstancias que dificultan la obtención de la misma. Ejemplos de ello son los casos del testigo renuente, la negativa por parte del eventual afectado a la práctica de una intervención corporal o a una diligencia de allanamiento y registro de un domicilio.

En este sentido, la jurisprudencia ha reconocido que el derecho a la prueba puede entrar en colisión con derechos fundamentales³ tales como la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y la integridad física, entre otros, sosteniendo que, a partir del método de la

¹ Como ejemplo se encuentran, en el caso colombiano, el artículo 29 de la Constitución Política y en España, el artículo 24 de la Constitución Española.

² Al respecto, véanse, entre otras: Corte Constitucional Colombiana (1994), Sentencia T – 393; Corte Constitucional Colombiana (1994), Sentencia T – 442; Corte Constitucional Colombiana (1999), Sentencia T – 589; Corte Constitucional Colombiana (2006), Sentencia T – 171.

³ En este sentido: Corte Constitucional Colombiana (2002), Sentencia SU – 159 y Corte Constitucional Colombiana (2005), Sentencia T – 822, entre otras.

ponderación, en cada caso concreto, se determinará cuál derecho prevalece. No obstante, Ruiz Jaramillo (2007 a) considera que el derecho a la prueba presenta relaciones especiales con los derechos al debido proceso y al acceso a la justicia. Este es un tópico que no ha sido explorado de manera suficiente por la doctrina y la jurisprudencia.

Al respecto, es preciso indicar que en nuestro ordenamiento jurídico se consagran diferentes medidas para que el derecho a probar sea efectivo y no se haga ilusorio el interés material perseguido por las partes. Dentro de esos mecanismos coercitivos se encuentran el establecimiento de sanciones frente al incumplimiento de deberes procesales de carácter probatorio (ejemplos: imposición de multas, conducción forzada, arrestos, entre otros), los desfavorecimientos probatorios (derivados de la conducta procesal de las partes, por ejemplo la confesión presunta) y la realización de actos de investigación que afectan derechos fundamentales sin el conocimiento y la anuencia del afectado (ejemplos: allanamiento, búsqueda selectiva en bases de datos, obtención de muestras, entre otras). La doctrina y jurisprudencia aceptan la práctica de esas medidas, sin entrar a discutir sobre los límites que se deben respetar para dejar incólume la dignidad de las personas afectadas con esas medidas (Ruiz Jaramillo, 2007 a).

Tales medidas tienen la virtualidad o potencialidad de afectar derechos fundamentales (Ruiz Jaramillo, 2007 a) y (Calderón Sumarriva (2011)). Sin embargo, se presentan eventos, en el marco de un proceso jurisdiccional, que pueden justificar la restricción reglada de derechos fundamentales en aras de la obtención de prueba, es decir, con el objeto de materializar el derecho a la prueba.

Debido a lo extenso y complejo de la problemática descrita anteriormente, este trabajo se limitará a estudiar el mecanismo coercitivo para la obtención de prueba relativo a la obtención de muestras que involucren al imputado en materia penal. Concretamente, en este artículo se busca establecer algunas de las relaciones existentes entre el derecho a la prueba, entendido como un derecho fundamental, y los derechos fundamentales al debido, proceso, acceso a la justicia y a la dignidad, en la práctica de la obtención de muestras que involucren al imputado.

En síntesis, se persigue responder el siguiente interrogante: ¿Cuáles son las relaciones existentes entre el derecho fundamental a la prueba y los derechos fundamentales al debido, proceso, acceso a la justicia y dignidad, en la práctica de la prueba de obtención de muestras que involucren al imputado en materia penal en Colombia?

Para abordar la anterior pregunta problemática, de manera genérica, se busca Determinar en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, cuáles son las relaciones existentes entre el derecho a la prueba, entendido como un derecho fundamental, y los derechos

fundamentales al debido, proceso, acceso a la justicia y dignidad, en la práctica de la prueba de obtención de muestras que involucren al imputado en materia penal.

Para lograr lo anterior, en primer lugar se realizará una aproximación al derecho a la prueba como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano, a continuación se hará un acercamiento a los derechos fundamentales a la dignidad, el acceso a la justicia y el debido proceso, posteriormente se describirá de manera sucinta, en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, la toma de muestras en materia penal como un mecanismo de obtención coercitiva de la prueba. Finalmente se establecerán las relaciones existentes entre los mencionados derechos en la práctica de la prueba de toma de muestras, consagrada en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004.

Ahora, respecto del diseño metodológico es necesario indicar que el enfoque para el presente artículo será cualitativo, por cuanto se busca determinar las relaciones existentes entre el derecho a la prueba y los derechos a la dignidad, acceso a la justicia y debido proceso.

Así mismo, en el artículo se hará uso de un tipo de investigación descriptiva, toda vez que se trata de caracterizar y mostrar el estado de las relaciones existentes entre los derechos fundamentales vinculados o afectados en la práctica de la prueba de obtención de muestras que involucren al imputado en materia penal.

Finalmente, como método de recolección de información se acudió a la revisión doctrinal y jurisprudencial sobre el derecho a la prueba, los derechos al debido proceso, acceso a la justicia y dignidad respecto de la toma de muestras como mecanismo coercitivo de obtención de prueba.

1. Cuestiones previas

De acuerdo con Lumia (1993, p. 9) la persona solo puede vivir en sociedad y esa convivencia puede ocasionar el surgimiento de conflictos intersubjetivos. De conformidad con el contrato social como tesis explicativa y justificativa del Estado, corresponde a éste y al conglomerado político la adopción y ejecución de mecanismos para evitar la ruptura del contrato social y la materialización de los fines estatales de la conservación de la convivencia pacífica, el mantenimiento de un orden justo y la efectividad de los intereses materiales.

En ese contexto se encuentra el derecho como uno de los mecanismos típicos de control social que persigue la regulación de la conducta humana (Cfr. Lumia, 1989, p. 9 - 26) (Ferrer Beltrán, 2003, p. 27). Entonces, el derecho se constituye en un mecanismo de regulación de la conducta humana que persigue, principalmente, mediante el reconocimiento, atribución y distribución de derechos e intereses materiales la concreción

de los intereses estatales de la convivencia pacífica y la existencia de un orden social justo. A la vez, el Estado como titular del monopolio de la fuerza legítima, a través del derecho, con la finalidad de materializar los fines del conglomerado social, establece los mecanismos de resolución pacífica y definitiva de eventuales conflictos intersubjetivos de intereses que llegaren a suscitarse en virtud de la convivencia humana.

Es así como, a partir de la idea de conflicto surge la noción de proceso jurisdiccional (Cfr. Alvarado Velloso, 2011, p. 11 – 13) entendido como un método lógico y dialógico de resolución de conflictos por medio del cual se colocan en plano de igualdad dos contendientes antagónicos ante un tercero imparcial y supraordinado (Alvarado Velloso, 2011, p. 193 – 196). En similar sentido, Agudelo Ramírez (2007) entiende por proceso jurisdiccional un mecanismo de carácter formal, presidido por un tercero imparcial, por medio del cual busca la obtención de una decisión de fondo y definitiva en el cual se protegen y respetan los derechos y garantías relativos a la legalidad del juez y de la audiencia (P. 46). En otras, palabras, se trata de un escenario racional y dialéctico en el que, por disposición de los asociados ante el surgimiento del conflicto que no ha sido resuelto por mecanismos menos gravosos, las partes o contendientes antagónicos se someten al Estado para que la rama jurisdiccional del poder público dirima de manera definitiva el conflicto atribuyendo o distribuyendo derechos o intereses materiales. Ese carácter dialectico, racional y democrático le confiere legitimidad al proceso jurisdiccional y aceptación por parte de quienes se someten a ese mecanismo, así no sean acogidas sus pretensiones.

Además, Véscovi, citado por Quintero y Prieto (2008, p. 396), considera que la finalidad del proceso como instrumento jurídico encaminado a la regulación de la conducta humana, al pretender hacer cumplir el derecho objetivo, es la efectividad del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, la consecución de la justicia y la paz social.

Entonces, si a través de proceso jurisdiccional se resuelve lo atinente a la titularidad de derechos e intereses materiales y a la efectividad de los mismos y, si se entiende que el proceso es una herramienta encaminada a la realización de los derechos e intereses de los integrantes de la organización política, entonces, el mismo Estado, por medio del ordenamiento jurídico, debe proveer los mecanismos necesarios y suficientes para que la decisión resultante del proceso jurisdiccional sea además de justa, legítima. Es decir, la decisión del órgano jurisdiccional como rama del poder público debe estar sometida al derecho, concretamente a la Constitución. O sea, las decisiones de los jueces no pueden ser arbitrarias, deben estar condicionadas por el ordenamiento jurídico y por aspectos fácticos.

Así pues, las decisiones judiciales para que sean válidas y legítimas deben basarse en el adecuado y acertado establecimiento de las cuestiones jurídicas y de las cuestiones fácticas. Es decir, en la decisión judicial se deben establecer las verdades jurídica y

fáctica. En otras palabras, corresponde al juez, en sus decisiones, determinar las normas jurídicas aplicables y los hechos o enunciados fácticos que le permitirán atribuir derechos o intereses materiales, de conformidad con el supuesto fáctico contemplado en la norma general y abstracta.

Respecto de las cuestiones fácticas, debe indicarse que la decisión del juez para que sea válida y legítima debe basarse en los hechos que se hayan confirmado o falseado en sede procesal (Devis Echandía, 2012, p. 107 – 108) (Tirado Hernández, 2006, p. 3 – 7) (Parra, 2011, p. 68 – 69) (López Blanco, 2008, p. 38 – 39). Aquello que permite la confirmación de las hipótesis fácticas planteadas por las partes dentro del proceso es *la prueba*. En consecuencia, la prueba se constituye en un límite de la actividad judicial y en un escudo frente a la arbitrariedad de los jueces, ya que les impide fallar de conformidad con su íntima convicción y su conocimiento privado (Cfr. entre otros, Devis Echandía, p. 107 – 108).

Les asiste razón a autores como Devis Echandía (2012), Montero Aroca (2011), Giacomette Ferrer (2013) y Uribe Álvarez (2009), entre otros, cuando sugieren que una de las dificultades a las que se enfrenta quien emprende el estudio de la prueba es su carácter polisémico. En efecto, tal como lo destaca Devis Echandía (2012, p. 11 - 12), la noción *prueba* puede ser usada en ámbitos sociales y en ámbitos técnicos. En los primeros se está ante una noción común de prueba relacionada con la verificación social de los hechos. Y, en los segundos se está en presencia de noción técnica propia de una disciplina del conocimiento. Dentro de ésta se encuentra la noción jurídico – procesal de prueba que también adolece del carácter de polisémica. Es así como, de acuerdo con Devis Echandía (2012, p. 19 – 20) se puede entender a la prueba como vehículo, medio o instrumento (medio o fuente de prueba), como argumento (motivo o razón) o como resultado (convicción en el juez respecto de la ocurrencia o no ocurrencia de las proposiciones fácticas propuestas por las partes en el proceso). Este último autor considera que las tres nociones anteriores son tres perspectivas de la noción prueba a la que define como “...*todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos*” (p. 25). Autores como Giacomette Ferrer, agregan que la prueba puede ser entendida como carga o deber de demostrar las proposiciones fácticas alegadas por los litigantes (p. 75). En este sentido, se reconoce el principio de autoresponsabilidad de la parte en todas las fases de la actividad probatoria (Cfr. Parra Quijano, 2011, p. 5 – 6). Finalmente, es preciso advertir que Ferrer Beltrán (2003, p. 28), a partir de una concepción epistemológica se opone a considerar de manera absoluta a la prueba como resultado o como simple convicción del juez respecto de la ocurrencia o no ocurrencia de los hechos alegados por las partes, por cuanto, de esa manera se diluyen los límites frente a la arbitrariedad judicial y aumenta el riesgo de que el juez falle con base en su íntima convicción.

De lo anterior se concluye que la prueba, se erige, pues, en el mecanismo procesal para la confirmación de los hechos o proposiciones fácticas alegadas por las partes impidiendo al juez la utilización de su conocimiento privado y de su íntima convicción al momento de decidir. Es decir, la prueba judicial es un mecanismo de protección de las personas frente a la arbitrariedad judicial.

2. El derecho a la prueba

Partiendo del hecho de que, de conformidad con el diseño y la estructura de la Constitución Política desde su preámbulo y artículos 1 y 2, Colombia se constituye en un Estado Social de Derecho de orientación personalista y Democrático que tiene como finalidades el mantenimiento de la convivencia pacífica, la consecución de un orden justo y la *efectividad de los derechos*, puede entenderse que el ordenamiento constitucional dispone de los mecanismos para la satisfacción de tales fines. Es así como, las nociones de proceso jurisdiccional y prueba judicial, a las que se hizo alusión en el apartado anterior, se tornan en herramientas idóneas, necesarias e imprescindibles para la materialización y efectividad de los derechos.

Entonces, si se acepta que dentro de los fines de la organización estatal reconocidos en la Constitución Política se encuentra la efectividad de los derechos, y si se admite que el proceso jurisdiccional, la acción procesal y la prueba judicial son mecanismos formales e instrumentales para la materialización de los derechos, se infiere que existe un derecho a la prueba o a probar que se torna en instrumental a la efectividad de los derechos. Ese derecho a probar puede ser reconocido por el ordenamiento jurídico de manera expresa o se puede deducir de otros derechos. Así pues, es corriente encontrar que en varios ordenamientos jurídicos contemporáneos se reconoce un derecho a probar, ya sea de manera autónoma o por vía de deducción a partir de derechos tales como debido proceso, tutela judicial efectiva y defensa.

En el caso colombiano, el artículo 29.4 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a “...*presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*”. Este derecho, si bien está reconocido constitucionalmente es de configuración legal, en tanto su contenido, ámbito de aplicación y algunas restricciones habrán de estar regulados por la ley y sujetos al principio de legalidad (Rivera Morales, 2011).

Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C – 1270 de 2000, señaló:

Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria (Corte Constitucional, sentencia C - 1270 de 2000).

No obstante, en el ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución y la Ley no realizan una definición del derecho a la prueba o derecho a probar.

Este derecho a probar, en palabras de Picó i Junoy (1996) puede definirse como el que *“...posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”* (p.p. 18 - 19). En el ámbito nacional, en similar sentido Ruiz Jaramillo (2007 a) sostiene que:

El derecho fundamental a la prueba se entiende como un derecho subjetivo en el que el ordenamiento jurídico crea una posición jurídica de un sujeto de exigir la prueba frente a otro —el juez— quien actúa como obligado. Esta exigencia, de conformidad con el inc. 4 del Art. 29 de la CP, consiste en la presentación de pruebas y en la contradicción de las que se alleguen en su contra en aras de propender por el interés material que se demanda o que se defiende (p.186).

De lo anterior puede desprenderse que en el ordenamiento jurídico colombiano el derecho a la prueba tiene por naturaleza jurídica la de un derecho subjetivo de carácter fundamental. Es subjetivo porque brinda a su titular la posibilidad de exigir del obligado (el Estado) una conducta consistente en no obstaculizar la facultad de *solicitar pruebas y controvertirlas que se alleguen en su contra* o de exigir que se brinden las condiciones suficientes y necesarias para que tal derecho sea efectivo. Además, el derecho estudiado ostenta la cualidad de fundamental, en primer lugar, en virtud de un criterio formal, por cuanto se ubica en el capítulo I del Título II de la Constitución Política, nominado *De los derechos fundamentales* (Cfr. Chinchilla Herrera 1999, p. 92) (Sánchez Mojica, 2016, p. 73). En segundo lugar, en virtud de un criterio material, puede sostenerse que el derecho a probar es fundamental debido a que está dirigido al reconocimiento de la condición de digno de todas y cada una de las personas (Cfr. Sánchez Mojica, 2016, p. 73). En este sentido le asiste razón a Ruiz Jaramillo (2006) cuando sostiene que el derecho a la prueba, al ser un instrumento para la efectividad de derechos e intereses materiales existenciales, reconoce la condición de dignidad a la persona, en cuanto tiene la posibilidad de satisfacer sus necesidades existenciales como la vida, la libertad, el empleo, la salud, la seguridad social y la propiedad, entre otros. Además, el derecho a la prueba se erige en fundamental por cuanto se convierte en límite al poder del estado, en consecuencia, el derecho a la prueba, en palabras de Ferrajoli (1999), es un mecanismo de protección del *“más débil”*.

De igual modo, la Corte Constitucional Colombiana ha entendido el derecho a la prueba como un derecho fundamental, si bien lo relaciona con los derechos de defensa y debido proceso. En este sentido en la consideración 2 de la sentencia T – 393 de 1994, indicó:

El derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra dentro de un proceso (...), constituye un derecho constitucional fundamental, y dado que la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar la violación del derecho de defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el inculpado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba (Corte Constitucional, sentencia T - 393 de 1994).

Es preciso advertir que el derecho a la prueba como derecho fundamental tiene una dimensión subjetiva entendida como la facultad de exigir un hacer o un no hacer de contenido probatorio y otra objetiva de carácter valorativo que irradia todo el ordenamiento jurídico probatorio, sirve de criterio de validez formal y material de las normas probatorias y se constituye en pauta de interpretación de las mismas (Cfr. Ruiz Jaramillo, 2007, p. 185 – 186) (Picó i Junoy, 2008, p. 530 – 536) (Correa Henao, Magdalena, 2003, p. 20 – 21). En este sentido Abel Lluch (2012) señala que el derecho a probar “*como todo derecho fundamental opera como norma ´atributiva de derechos subjetivos´ y consagra ´valores objetivos´*” (p. 35). Este doble carácter del derecho a la prueba reafirma su condición de límite al poder del Estado, concretamente de los órganos legislativo y judicial.

En este punto, no está de más recordar que la importancia de establecer sin un derecho es fundamental radica en que son derechos que gozan de aplicación directa o inmediata, son susceptibles de protección por medio de acción de tutela o amparo, no son restringibles aún en estados de excepción en lo referente a su núcleo duro o esencial (Cfr. Correa Henao, 2003, p. 22 – 30) (Chinchilla Herrera, 1999, p. 58 – 68).

De lo anterior, se desprende que el derecho a la prueba tiene un contenido esencial. Autores como Ruiz Jaramillo (2007 a, p. 188) y Pérez Restrepo (2015, p 68) sostienen que su contenido esencial radica en la facultad del titular del derecho de acudir a los mecanismos necesarios y suficientes para brindar el convencimiento del juez respecto de los hechos discutidos en el proceso. En otras palabras y de conformidad con el principio de necesidad de la prueba, en este trabajo se entiende que el contenido del derecho subjetivo a probar como derecho fundamental consiste en la posibilidad o facultad de toda persona de utilizar de todos los mecanismos autorizados por el ordenamiento jurídico para lograr la confirmación de los hechos discutidos en sede procedimental. Este contenido esencial es el que persigue la efectividad de los derechos y la posibilidad de la satisfacción de los derechos existenciales de los contendientes en una actuación procedimental.

Lo anterior significa que el derecho a la prueba comprende los derechos a: 1) asegurar las fuentes de prueba; 2) solicitar y aportar pruebas, 3) que se decreten o admitan las pruebas solicitadas, 4) que se practiquen las pruebas decretadas y 5) que se valoren las pruebas practicadas y admitidas (Cfr. Ruiz Jaramillo, 2007, p. 188) (Parra Quijano, 2011)

(Picó i Junoy, 2008, p. 237 – 542) (Rivera Morales, 2011, p. 159 – 162) (Montero Aroca, 2011).

En este mismo sentido, la Corte Constitucional Colombiana en la consideración 3.2 de la sentencia C – 1270 de 2000 indicó:

Como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos; y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso. (Corte Constitucional, sentencia C - 1270 de 2000).

Y es que el derecho a probar no podrá ser efectivo si no se le admite al titular del mismo realizar una investigación, preconstituir y asegurar fuentes de prueba. Tampoco sería efectivo un derecho a la prueba si no se permite a su titular aportar y solicitar pruebas al funcionario competente. De igual modo sería nugatorio el derecho a la prueba si no se pudiera exigir al funcionario competente que se pronuncie sobre la admisibilidad de las pruebas solicitadas y aportadas por la parte. Así mismo sería ilusorio un derecho a la prueba que no permitiera exigir la práctica de las pruebas decretadas. Y, finalmente, no existiría un derecho a la prueba si no existiera la obligación del juez de valorar y motivar la prueba practicada.

El desconocimiento de los contenidos del derecho a probar puede constituir un defecto fáctico que puede ser atacado por la vía de la acción de tutela y el recurso extraordinario de casación.

Ahora bien, en este punto, resulta oportuno destacar que el derecho a la prueba como todo derecho fundamental no es absoluto; tiene límites. En efecto, el primer límite al derecho a la prueba son los derechos fundamentales. En el marco de un Estado Constitucional los derechos fundamentales coexisten y *prima facie* no existe prevalencia entre ellos. El carácter de situacional de esta clase de derechos es el que indica, *en el caso concreto* cuál derecho prevalece en caso de colisiones o tensiones entre ellos. Así mismo, el derecho a la prueba se encuentra limitado por los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba. Los primeros se refieren a las cualidades propias de la prueba y que son “...*inherentes a la actividad probatoria*...” (Picó i Junoy, 2008, p. 543) es decir son los límites “...*que por sí mismos son exigibles para que pueda procederse a su admisión y práctica*”. Tales requisitos son la licitud o el acatamiento del debido proceso sustancial en la obtención de prueba, la conducencia o aptitud legal de la prueba para

confirmar los hechos alegados por las partes, la pertinencia o la relación de la prueba con los hechos debatidos en el proceso o con el tema de prueba y la utilidad⁴. Los segundos, es decir lo extrínsecos, se deducen de la regulación legal de la prueba respecto de la proposición, admisión, contradicción y valoración de ésta⁵.

El derecho a la prueba en el marco de un Estado Constitucional, se relaciona con otros derechos fundamentales tales como el debido proceso y el acceso a la justicia o tutela judicial efectiva. Este punto se abordará con mayor detenimiento en el siguiente apartado del presente trabajo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en Colombia el derecho a la prueba es fundamental de manera autónoma sin que se requiera soportar su fundamentalidad en derechos como el debido proceso, la tutela judicial efectiva o la defensa.

Así pues, es claro que en el ordenamiento jurídico colombiano se reconoce el derecho a la prueba como un derecho subjetivo fundamental autónomo.

3. Derechos fundamentales

Son elementos necesarios del Estado Constitucional, entre otros, el carácter normativo de la Constitución, su fuerza vinculante, la supremacía constitucional y la incorporación de derechos fundamentales (Hoyos Rojas, 2015, p. 6), (Correa Henao, 2003, p 19 – 25), (Sánchez Mojica, 2016, p. 73).

Los derechos fundamentales se constituyen en elemento integrante e indispensable del Estado Constitucional por cuanto son derechos de dignidad que le confieren al individuo la calidad de persona. Pues, únicamente, con la satisfacción de sus necesidades y libertades existenciales, en un plano de igualdad material, el individuo adquiere el estatus de persona. Esa condición implica que la organización estatal se deba a la persona y no, en sentido contrario. En consecuencia, esa clase de derechos se erige en límite de la actuación del Estado, son barreras infranqueables para el Estado en su quéhacer, además de que imponen al Estado una obligación de facilitar a cada uno de los individuos el acceso a sus necesidades existenciales.

En este sentido, Sánchez Mojica (2016) define los derechos fundamentales como aquellos “...reconocidos por los Estados, a través de normas jurídicas para que todas las personas cuenten con las oportunidades, las libertades y las condiciones materiales mínimas para diseñar y llevar a cabo el proyecto de vida que desean” (p. 80).

4 Sobre este tema véanse: Devis Echandía (2011) y Picó i Junoy (1996, p. 42 – 61).

5 Al respecto puede consultarse: Devis Echandía (2011) y Picó i Junoy (1996, p. 61 – 74).

Entonces, a partir del reconocimiento de esos derechos existenciales de dignidad se alcanza la calidad de persona. O, en otras palabras, la calidad de persona exige el reconocimiento de un mínimo de derechos de dignidad, igualdad material y libertad, derechos que habrán de ser promovidos por el Estado para lograr su efectividad y que implican un límite a la injerencia estatal y social.

No obstante, en el marco de un Estado democrático y pluralista, los derechos fundamentales no son absolutos, son relacionales o situacionales y traen aparejada la idea de conflicto o tensión, pues, todo Estado democrático tiene la obligación de respetar y promover los derechos fundamentales de todos y cada uno de los asociados y, en no pocas ocasiones, los intereses materiales de uno riñen con los de otro u otros (Urueña Hernández, 2016, p. 192) (Bernal Pulido, 2008, p 95 y ss). Es decir, en cada caso concreto, habrá de determinarse cuál derecho prevalece. Sin que ello implique un desconocimiento o anulación de un derecho fundamental, pues el derecho fundamental sigue vigente, sólo que no se aplica en un caso particular y cede frente a intereses superiores. En esos eventos, con la finalidad de proteger la integridad del orden constitucional, se utiliza el método de la ponderación como herramienta racional y razonable para definir en aquellos casos en los que se presente colisión de derechos fundamentales o principios cuál prevalece.

Lo anterior es relevante para comprender la dinámica de las tensiones que se pueden presentar entre derechos fundamentales en la obtención de muestras que involucren al imputado en materia penal.

A continuación, de manera breve, se hará alusión a los derechos y principios que pueden entrar en tensión con el derecho a probar en la obtención de muestras que involucren al imputado en materia penal.

3.1 Dignidad humana. La dignidad es un atributo inherente a la persona que implica que ésta es un fin en sí mismo y que no es admisible su instrumentalización para la consecución de otros fines, por más loables que sean. La dignidad está relacionada con la protección de la indemnidad de la persona. Es decir, la dignidad, es una finalidad del Estado.

Al respecto, en sentencia T – 499 de 1992, la Corte Constitucional señaló:

El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (CP art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como "vida plena". La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social. Una administración burocratizada, insensible a las necesidades

de los ciudadanos, o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundantes del Estado social de derecho (CP art. 1) (Corte Constitucional, sentencia T- 499 de 1992).

Para la Corte Constitucional (sentencia T – 881 de 2002) la dignidad humana comprende tres ámbitos distintivos de la persona natural los cuales son: la autonomía individual (entendida como la capacidad que tiene toda persona de escoger su proyecto de vida y tomar decisiones acerca del mismo) , unas condiciones de vida cualificadas (que garanticen el acceso a los medios materiales básicos que toda persona debe tener para poder desarrollar su proyecto de vida), y, la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (los cuales no pueden ser tocados y deben ser respetados en todo momento, como condición mínima para la realización del proyecto de vida), éstos ámbitos se constituyen en objeto protegido constitucionalmente a través de los enunciados normativos sobre dignidad, los cuales se complementan con la dimensión social de la persona humana, que, en conjunto, permiten organizar el manejo normativo de la dignidad humana, armonizarlos con los valores predominantes de la Constitución de 1991, y puntualizar de manera más clara los mandatos consagrados en la Constitución. La protección de la dignidad humana deberá medirse teniendo en cuenta todos aquellos escenarios en los que normalmente interactúa el ser humano sentencia (Corte Constitucional, sentencia T - 881 de 2002).

Dentro de la estructura jurisprudencial del referente de “dignidad humana” vista como entidad normativa, la Corte Constitucional la presenta de dos formas a saber: de un lado la Corte lo observa partiendo de su objeto concreto de protección para lo cual establece tres rasgos que son: a) vivir como quiera, b) vivir bien, y c) posibilidad de vivir sin humillaciones. Cuando se habla del primero (vivir como quiera), se alude a la dignidad humana vista desde la autonomía personal que tienen los individuos para diseñar o elegir su plan de vida y de poder decidir acerca del mismo. Si se mira el segundo (vivir bien), hace referencia a que para que los individuos puedan llevar a cabo su plan de vida éstos deben de tener acceso a todos los recursos materiales necesarios para poder llevarlo a buen término. Y por último, el vivir sin humillaciones, toca uno de los ámbitos más sensibles de los individuos: su integridad física y su integridad moral, las cuales no se deben transgredir, si no que al contrario, deben de respetárseles como una de las condiciones mínimas que debe tener todo individuo para realizar su plan de vida (Corte Constitucional, sentencia T - 881 de 2002).

Desde la funcionalidad del enunciado normativo de “dignidad humana” la Corte Constitucional maneja tres lineamientos de transcendental importancia para el Estado Colombiano: a) dignidad humana tomada como valor; b) dignidad humana como un principio Constitucional, y, c) dignidad humana como un derecho fundamental autónomo.

De lo anterior, se puede concluir que la dignidad humana tiene una relación directa con la noción de “vida digna” y con el derecho a la vida. Cuando hablamos del derecho a la vida

no solo se hace referencia a la mera preservación de la existencia biológica de las personas, el derecho a la vida encierra de manera inherente, además de su preservación, el derecho también a una existencia plena, a que los individuos tengan autonomía para diseñar su plan de vida y poder vivir como quieren, a tener condiciones materiales básicas que les permita tener lo mínimo que todo ser humano necesita para no sufrir, y a vivir sin humillaciones que afecten su integridad física y moral⁶ (Restrepo Saldarriaga, 2016, p. 266).

3.2 Debido proceso. En un Estado Social de Derecho de orientación democrática que persiga la materialización de los derechos y, en consecuencia, la consecución de una convivencia pacífica y de un orden justo, se requiere de unos instrumentos que permitan la materialización o efectividad de los derechos y las libertades. En este contexto, el debido proceso se erige como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales y libertades en un plano de igualdad material y en el marco del pluralismo (Bernal Pulido, 2008, p. 333 – 338). El debido proceso, en aquellos eventos en que haya discusión respecto de la atribución de derechos e intereses materiales se constituye en un criterio de legitimidad y racionalidad del procedimiento y la decisión que distribuye o atribuye bienes e intereses. En otras palabras, el debido proceso, en el marco de un Estado Democrático contiene las exigencias mínimas de validez y legitimidad de las decisiones que afecten derechos, bienes o intereses. Es decir, en términos sencillos, el debido proceso, se pregunta por las garantías que deben respetar los procedimientos en los cuales se puedan ver afectados derechos e intereses.

De acuerdo con Barja de Quiroga (1989, p. 52) el debido proceso implica que el proceso pueda ser controlado por el derecho, que se limite la arbitrariedad.

El debido proceso, tiene una dimensión formal que se refiere a que en los diferentes procedimientos se respeten las formas preestablecidas para el cumplimiento de los fines del proceso (resolución pacífica y definitiva del conflicto, efectividad de los derechos, obtención de la verdad y justicia) y una dimensión sustancial que exige que en los procedimientos se respeten los derechos fundamentales. En este sentido, en los procedimientos no pueden afectarse derechos fundamentales, excepto, en los estrictos eventos contemplados en el ordenamiento constitucional y con el acatamiento de los condicionamientos constitucionales y legales.

⁶ En este sentido, Restrepo Saldarriaga (2016) señala que en el esfuerzo por preservar la vida humana se encuentran ciertas contradicciones que pueden reñir con otros derechos fundamentales. Es así como en temas tan delicados como lo son el aborto, la eutanasia y el suicidio, se encuentran tensiones en torno a aspectos como el derecho a la salud, la libertad religiosa, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y la autonomía personal. Todo esto implica una puja entre el derecho a la vida y la autonomía que tienen los individuos para diseñar su plan de vida y vivir como quieren y en las condiciones que quieren. Frente a esto aspectos como la ética, la moral, la religión, y la responsabilidad de protección que tiene el Estado frente a sus asociados, mantienen fuertes enfrentamientos en defensa de lo que para cada uno de ellos está bien y en contra de lo que para cada uno de ellos está mal.

En relación con el debido proceso sustancial, la Corte Constitucional en la consideración 4.2.1 de la sentencia SU – 159 de 2002, señaló:

La consagración de un debido proceso constitucional impide al funcionario judicial darle efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona dentro de un Estado social de derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así entendida, la expresión debido proceso no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución sino todos los derechos constitucionales fundamentales. (Corte Constitucional, sentencia SU- 159 de 2000).

Ahora bien, el debido proceso como todo derecho subjetivo es susceptible de ser desconocido. El ordenamiento jurídico prevé como remedio procesal en los eventos de violación del debido proceso la exclusión de la prueba por ilicitud en el caso de vulneración del debido proceso material, sustancial o sustantivo en la obtención de fuentes y medios de prueba (Corte Constitucional, sentencia SU- 159 de 2000) o la exclusión como consecuencia de la declaratoria de nulidad en los casos de desconocimiento o vulneración del debido proceso formal (Corte Constitucional, sentencia SU - 159 de 2000).

En similar sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP 12158 de 2016 indicó:

Si bien se admite que la cláusula de exclusión opera respecto de la prueba ilícita y la ilegal (CSJ AP 14 sept. 2009. Rad. 31500) y que el citado mandato constitucional exige al funcionario judicial señalar de manera expresa la prueba viciada que debe ser marginada de la actuación, lo cierto es que media distinción entre ambas, pues aquella es obtenida con vulneración de derechos esenciales del individuo, por ejemplo, de la dignidad humana por la utilización de tortura, constreñimiento ilegal, violación de la intimidad, quebranto del derecho a la no autoincriminación, etc., mientras que la otra, la prueba ilegal, es consecuencia del irrespeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso.(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 12158 de 2016).

Finalmente, es preciso recordar que el debido proceso es un macroderecho que contiene varios derechos y garantías tales como juez natural, principio de legalidad, publicidad, presunción de inocencia, favorabilidad, defensa y prevalencia del derecho sustancial, derecho a guardar silencio y privilegio de no autoincriminación, entre otros.

3.3 Acceso a la justicia. La fórmula *Estado Social de Derecho* consagrada en la Constitución Política de Colombia de 1991, aparejó una nueva comprensión de la división de poderes y del contenido de la función jurisdiccional, a la vez que supuso un papel diferente para el juez. En este sentido, es preciso indicar que el juez, no es simplemente

la boca de la ley, sino que adquiere una función más activa, en términos de efectividad de los derechos fundamentales. Es así como, los derechos fundamentales se erigen en límite de la actuación del Estado y de los particulares y en criterio de actividad del Estado. Por esto, el juez a partir, del aspecto objetivo de los derechos fundamentales, habrá de adoptar los mecanismos que estén disponibles para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales en los términos establecidos en la Constitución.

De conformidad con lo establecido en los artículos 228, 229 y 230 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 1 de la misma obra, la función jurisdiccional es una función del poder público independiente que persigue la satisfacción y efectividad de los derechos e intereses materiales de las personas.

El derecho de acceso a la justicia no se encuentra consagrado solamente en la Constitución, también está regulado en la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia, en la que se establece que el Estado será el encargado de proporcionar a las personas en situación de indefensión, mecanismos para acceder a la administración de justicia. Ejemplo de esos mecanismos son el amparo de pobreza y el servicio del Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo.

Moreno Ortiz (2000, p. 92) sostiene que según la doctrina de la Corte Constitucional es deber del Estado asumir su compromiso con los fines propios del modelo de Estado Social de Derecho, para lo cual debe encaminar sus esfuerzos a la prevalencia de la convivencia pacífica, de un orden justo y el respeto de la dignidad humana en todos sus sentidos. Para que todo esto se cumpla el acceso a la justicia no queda solamente en el hecho de que las personas tengan la posibilidad de solicitarle a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de sus derechos, para poder que el acceso a la justicia sea realmente efectivo el juez debe garantizar una igualdad a las partes del proceso, que implica recibir o decretar las pruebas necesarias para llegar a la verdad, conceder la facultad de contradecir las pruebas presentadas en su contra, analizar y estudiar cada una de las pruebas, aplicar la Constitución y la Ley, y de acuerdo con los resultados encontrados y la sana crítica dictar sentencia de fondo siempre en derecho.

Sostiene Moreno Ortiz (2000, p. 99 – 101) que la Corte Constitucional ha considerado el acceso a la justicia como un derecho fundamental que es susceptible de protección jurídica inmediata a través del mecanismo de la acción de tutela, para poder garantizar a las personas la posibilidad de acceder a la administración de justicia dentro de términos razonables y con la observancia y protección de sus derechos.

El núcleo esencial o duro del acceso a la justicia descansa en la certeza de que cuando se esté ante los estrados judiciales, los procesos se realicen a la luz del orden jurídico aplicable a cada caso, manejando una objetividad y una suficiencia probatoria que

asegure que el juez tenga un real y ponderado conocimiento sobre los hechos que serán materia de decisión imparcial, justa y oportuna.

El derecho de acceso a la justicia tiene íntima relación con el contenido de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad. En este sentido debe tenerse en cuenta que el derecho al debido proceso comprende los derechos a que se resuelvan los recursos interpuestos, a que la decisión plasmada en una providencia esté conforme a las reglas procesales, a que no se cometan omisiones o dilaciones sin razón justa dentro de las actuaciones que realiza el juez como autoridad pública, y a que se produzca una sentencia de mérito o de fondo acorde con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal. En cuanto al derecho a la igualdad éste implica el obtener por parte del juez y de los tribunales un trato idéntico ante situaciones similares.

4. Toma de muestras que involucran al imputado

Tal como se indicó atrás, en el ordenamiento jurídico colombiano se reconoce un derecho subjetivo fundamental a probar, con la finalidad de que dentro de un procedimiento administrativo o jurisdiccional se puedan confirmar o falsear las hipótesis fácticas propuestas por las partes y, en consecuencia, el fallador adopte una decisión que permita resolver de manera permanente y definitiva el conflicto y se satisfagan los fines del proceso. Sin embargo, se pueden presentar dificultades que impiden que ese derecho a probar sea efectivo. Una de ellas tiene que ver con el hecho de que, en algunos casos, la prueba se encuentra en el cuerpo de la persona o su obtención implica la intromisión en las esferas de libertad, intimidad y dignidad de las personas.

En estos casos se presenta un conflicto entre los intereses sociales de persecución de la criminalidad, la obtención de la verdad y de la justicia, por un extremo y los derechos fundamentales y garantías de la persona, por el otro (Cfr. Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, 2013, p. 320).

Ahora, en el marco de un Estado Constitucional, son admisibles las limitaciones de derechos fundamentales en casos concretos, cuando el derecho o interés fundamental ceda frente a otro derecho o interés fundamental que en el caso particular prevalece, de acuerdo con la aplicación del *test* de proporcionalidad o razonabilidad.

Uno de los instrumentos procesales que pretende promover la efectividad del derecho fundamental a la prueba y que puede afectar (limitando) otros derechos fundamentales lo constituyen los mecanismos de coerción para la obtención de prueba, que son concreción de los dispositivos o mecanismos de coerción procesal. Tales instrumentos (los mecanismos de coerción procesal) son definidos por Oré Guardia, citado por Calderón Sumarriva (2011), como las “...restricciones al ejercicio de derechos personales o

patrimoniales del imputado o de terceros, impuestas durante el transcurso de un procedimiento penal, con la finalidad de garantizar los fines del mismo...” (p. 215).

En consecuencia, los mecanismos de obtención coercitiva de medios y fuentes de prueba pueden entenderse como aquellos instrumentos que, en virtud del derecho a la prueba, puede ordenar un juez de manera oficiosa o por solicitud de parte, para asegurar fuentes y medios de prueba, a través de la coerción, en aquellos eventos en los cuales se dificulte la obtención de la fuente o medio de prueba y puedan verse afectados derechos fundamentales al presentarse una posible injerencia en el cuerpo, la intimidad, la dignidad, la vida e indemnidad, entre otros derechos fundamentales (Ruiz Jaramillo, 2006).

Dentro de los mecanismos coercitivos de obtención de prueba se encuentran la toma de muestras y las intervenciones corporales. La Ley 906 de 2004, en sus artículos 246 a 249 establece unos actos de investigación que requieren previa autorización judicial para su realización. Dentro de ellos se encuentran lo que la doctrina ha denominado *intervenciones corporales*. Ruiz Jaramillo (2007 b) define las intervenciones corporales como:

[A]quellas medidas de inspección, registro o de tratamientos diversos sobre la interioridad del cuerpo humano vivo, incluyendo la exterioridad al desnudo de sus partes pudendas, que se practican sobre la parte, el imputado o un tercero —testigo o víctima—, limitadas por la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, aunque puedan restringir, bajo condicionamientos constitucionales, derechos fundamentales como a no ser molestado en su persona o la autonomía personal, con el fin exclusivo de constatar o revelar hechos que sirvan de fuente o medio de prueba en un proceso judicial” (p. 229).

Así mismo, el referido autor entiende que son intervenciones corporales aquellos actos que recaen sobre el cuerpo humano vivo (Ruiz Jaramillo, 2007 b, p. 231). En consecuencia, se excluyen de ese concepto los exámenes que recaigan sobre el cuerpo muerto o elementos que se han separado del cuerpo como uñas, cabello, etc.

La Corte Constitucional en sentencia C – 822 de 2005, a partir de la enunciación contenida en la Ley 906 de 2004 entiende que hacen parte de las intervenciones corporales, la inspección o registro corporal (artículo 247), el registro personal (artículo 249), la obtención de muestras que involucren al imputado (artículo 249).

En el artículo 249 de la Ley 906 de 2004 se regula lo concerniente a la obtención de muestras que involucren al imputado. Tal norma exige que, cuando a juicio del fiscal del caso, se haga necesario para la investigación y no exista consentimiento del afectado, deberá solicitarse ante el juez de control de garantías orden para “...la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz,

impresión dental y de pisadas...”. Acto seguido, en la referida norma, se fijan unas reglas para la obtención de cada una de esas clases de muestras⁷.

La Corte Constitucional en sentencia C - 822 de 2005, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del mencionado artículo declaró la exequibilidad del mismo, condicionándola a: a) que en todos los casos medie control del juez de control de garantías, sometiendo la solicitud al estudio del caso concreto bajo el método del *test* de proporcionalidad y b) que en todos los eventos, las tomas de muestras se realicen en “...condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado” (Corte Constitucional, sentencia C – 822 de 2005).

Para arribar a esa conclusión, la Corte Constitucional estimó que la limitación en los derechos fundamentales era razonable en aras de garantizar, a través de la toma de muestras como fuentes de prueba (elementos materiales probatorios y evidencia física) para la determinación de hechos jurídicamente relevantes en una actuación penal.

En la referida providencia se señala que la medida de obtención coercitiva de fuentes de prueba contemplada en el referido artículo 249 de la Ley 906 de 2004 sólo procede cuando se ha logrado formular imputación al probable responsable de la conducta punible (Corte Constitucional, sentencia C – 822 de 2005); es decir, no procede en los casos de indiciado conocido o frente a terceros.

Además, en la referida sentencia, se establecieron las siguientes reglas para la obtención de muestras que impliquen al imputado: a) no es aplicable el artículo 249 de la Ley 906 de 2004 a los eventos en los cuales la persona tenga alojado en su cuerpo un elemento extraño o ajeno a su cuerpo. En este último supuesto se aplican las reglas del artículo 247 (inspección corporal); b) cuando se trate de obtención de muestras corporales que

⁷ Las reglas contenidas en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004 para la obtención de muestras que involucren al afectado son las 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 redarguido 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.

impliquen obligatoriamente la exploración del interior del cuerpo o las cavidades corporales como oídos, nariz, ano, vagina, a través de instrumentos médicos o quirúrgicos, se requiere, en todos los casos orden previa librada por juez de control de garantías; c) así mismo, en los mismos eventos del ordinal anterior, se requiere que el procedimiento sea realizado por personal médico o especializado en disciplinas de la salud con el acatamiento de medidas profilácticas adecuadas; d) la solicitud del fiscal de obtención de muestras que involucren al imputado debe estar razonablemente motivada, de modo tal que se pueda apreciar la necesidad de la obtención de muestras en la investigación concreta, es decir, la fiscalía tiene la carga de argumentar la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva de derechos fundamentales; e) en los eventos en los que la obtención de muestras esté a cargo de la policía judicial porque no implica exploración interna del cuerpo y de las cavidades, y el imputado se negare a la práctica de la medida de injerencia en los derechos fundamentales, se requerirá de orden previa expedida por juez de control de garantías; f) la asistencia de defensa técnica; g) el cumplimiento de los requisitos formales del artículo 249 de la Ley 906 de 2004; y h) respeto a la dignidad humana.

Respecto del último punto en la citada sentencia, la Corte Constitucional expresó:

Si bien la norma no expresa que en la obtención de muestras se deban observar todo tipo de consideraciones a la dignidad humana, ello no exime al personal técnico y médico que participe en dichos exámenes de 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 (Corte Constitucional, sentencia C – 822 de 2005).

De igual modo, en la sentencia aludida, se acude a un juicio de proporcionalidad, para concluir que la norma acusada se adecua a la constitución. Por ser necesario e ilustrativo a efectos del presente trabajo se transcribe a continuación el análisis realizado por la Corte Constitucional:

En cuanto al grado de afectación de los derechos, la toma de muestras que involucren al imputado puede implicar una limitación media o alta del disfrute de sus derechos, dependiendo del grado de invasión que conlleve la obtención de las mismas, como por ejemplo cuando se trata de fluidos tales como el semen, o de otros fluidos que se encuentran en los orificios corporales. El mayor o menor grado de incidencia dependerá, atendiendo a los fines de la investigación en cada caso, entre otras cosas, del tipo de muestra, del lugar del cuerpo que deba ser explorado para obtener la muestra, de la necesidad de emplear instrumental médico, de la técnica empleada para su obtención, y del procedimiento que deba realizarse para acceder al lugar del cuerpo donde se encuentra la muestra. Así, en principio es muy invasiva la obtención de muestras de fluidos que se encuentre en los orificios anales, vaginales,

o que impliquen la manipulación de los órganos sexuales. Es menos invasiva la obtención de saliva, pelos, impresiones dentales, y de la voz.

No desconoce la Corte que los avances tecnológicos para la identificación del ADN y la obtención de este tipo de muestras pueden hacer cada vez menos invasiva su realización. Es por ello que, a la luz de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, según los cuales este tipo de medida de intervención corporal debe hacerse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado, resulta compatible con estas obligaciones que en la práctica de esta medida se incorporen los avances científicos que mejor garanticen el goce y ejercicio de los derechos fundamentales (Corte Constitucional, sentencia C – 822 de 2005).

En los párrafos precedentes se ha pretendido realizar una aproximación a la regulación en el ordenamiento jurídico colombiano de la obtención de muestras que involucren al imputado, para realizar a continuación, una aproximación, desde nuestro ordenamiento constitucional de las tensiones entre derecho a la prueba y otros derechos fundamentales en la obtención de muestras que afecten al imputado en materia penal.

5. Conclusiones

A partir de lo expuesto en los apartados anteriores resulta claro que la toma de muestras que involucra al imputado, contemplada en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004, es un mecanismo para la obtención de fuentes de prueba que, en virtud del derecho fundamental a probar, persigue la obtención de la verdad y la materialización de los fines del proceso.

Así mismo, esa modalidad de obtención de muestras tiene la potencialidad de afectar derechos fundamentales del imputado, tales como son la dignidad (preámbulo y artículo 1 de la Constitución Política), la vida digna (artículo 11, *ibídem*), la indemnidad de la persona y la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo 12, *ibídem*), la intimidad (artículo 15 *ibídem*), la libertad y el derecho a no ser molestado (artículo 28, *ibídem*), la presunción de inocencia (artículo 29, *ibídem*) y la salud (artículo 49 *ibídem*), entre otros.

Tales afectaciones pueden presentarse debido a que el referido mecanismo de obtención de prueba pretende obtener datos fácticos relevantes en un proceso, a partir del cuerpo humano vivo, su interior o el cuerpo desnudo. Así, pueden resultar afectados la dignidad, integridad física e indemnidad corporal, la intimidad, la prohibición de tratos crueles inhumanos y degradantes y el derecho a no ser molestado.

Pues, dentro dentro de las dimensiones de la dignidad humana se encuentra la posibilidad y el derecho de decidir qué plan de vida se adopta y la posibilidad de decidir qué se hace con el cuerpo y qué intervenciones sobre él se admiten y, además, el derecho de vivir sin humillaciones. En este contexto, las intervenciones corporales, en general, y la toma de

muestras de que trata el artículo 249 de la Ley 906 de 2004, en particular, pueden instrumentalizar a la persona, en aras de la obtención de la verdad y del interés social de perseguir el delito y alcanzar la paz social.

De igual modo, como con algunas de las modalidades de toma de muestras implican la introducción de instrumentos en el cuerpo, en efecto, se pueden producir heridas y lesiones en el cuerpo y afectaciones en la salud.

También, la toma de muestras, puede implicar una afectación a la libertad en su dimensión de no ser molestado en su persona, ya que la intromisión en el cuerpo es, en si misma, una perturbación a la libertad.

Así mismo, cuando la persona, en virtud del libre desarrollo de la personalidad y en ejercicio de su dignidad se opone a la práctica del procedimiento de toma de muestras, puede presentarse un trato cruel, inhumano o degradante incompatible con la dignidad de la persona.

En este punto y apartir de los condicionamientos contenidos en la sentencia C – 822 de 2005 surge un problema referido al hecho de que en la citada providencia se señala que en los eventos en los que la persona afectada se negare a la práctica del procedimiento de práctica de pruebas el juez de control de garantía podrá librar la orden para la práctica del procedimiento. Entonces, si la negativa del afectado persistiré ¿podrá acudirse a la fuerza física? Si la respuesta al exterior interrogante fuera positiva, se advierte una absoluta vulneración de la dignidad y la correspondiente cosificación del individuo.

Finalmente, si se considera que en el cuerpo de la persona se encuentran evidencias de responsabilidad penal, es evidente que en el evento en el cual se practique efectivamente el procedimiento de la obtención de muestras y se obtengan elementos materiales probatorios y evidencia física incriminatorios, se afectan los derechos a guardar silencio y a no autoincriminarse y, en consecuencia, se presenta una vulneración a la presunción de inocencia.

Lo anterior evidencia la relación de tensión existente entre la dignidad humana y el derecho a la prueba en materia del procedimiento de toma de muestras que involucran al imputado. Pues, en el evento de que en el caso concreto prevalezca la dignidad humana queda insatisfecho, en esa situación particular, el derecho a la prueba de su titular. Y, en sentido concreto, en el evento en el que se privilegie en el supuesto particular el derecho a la prueba, resulta menoscabada la dignidad.

Ahora, si el debido proceso, tal como se precisó atrás, constituye un conjunto de garantías de la persona frente al poder y al arbitrio del Estado y está dotado de una dimensión sustancial, sustantiva o material que exige que en la práctica de pruebas no se vulneren

derechos fundamentales; con la práctica del procedimiento de toma de muestras pueden verse limitados contenidos del debido proceso como son la indemnidad del cuerpo humano, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, los derechos a guardar silencio y a no autoincriminarse y la presunción de inocencia. De esta manera surge nítida la colisión entre el derecho a la prueba y el debido proceso en la práctica del procedimiento de toma de muestras que involucran al imputado.

Por último, respecto de las relaciones existentes entre el derecho a la prueba y el derecho de acceso a la justicia en la práctica del procedimiento de obtención de pruebas hay que decir que tales relaciones son de colaboración y tensión. De colaboración, por cuanto, el derecho de acceso a la justicia implica a cargo del Estado la obligación de dispensar todos los mecanismos necesarios e idóneos para que la persona pueda efectivamente obtener respuesta de la administración de justicia. En éste sentido, el derecho de acceso a la justicia promueve la efectividad del derecho a la prueba al estar consagrado en el ordenamiento jurídico un procedimiento para intervenir el cuerpo humano a efectos de la obtención de evidencia en un caso concreto.

No obstante, toda vez que el acceso a la justicia no puede concebirse con vulneración del debido proceso y garantías fundamentales, en el caso de la obtención de muestras que involucran al afectado, se presenta una tensión con el derecho a la prueba, por cuanto no se puede garantizar el acceso a la justicia de cualquier manera y mucho menos con violación del debido proceso.

6. Referencias

Abell Lluch, Xavier (2012). Derecho Probatorio. Madrid: Esade – José María Bosch.

Agudelo Ramírez, Martín (2007). El Proceso Jurisdiccional. Medellín: Comlibros.

Alvarado Velloso, Adolfo (2011). Lecciones de derecho procesal civil. Medellín: Dikaia.

Bedoya, Luis Fernando (2008). La prueba en el proceso penal Colombiano. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.

Bernal Cuéllar Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo (2013). El proceso Penal, T. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, Carlos (2008). El Derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bustamante Alarcón, Reynaldo (2000). El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso. *Proceso & Justicia, Revista del Equipo de Derecho Procesal del Taller de la Pontificia Universidad Católica de Perú*.

Calderón Sumarriva, Ana (2011). El nuevo sistema procesal penal: Análisis crítico. Lima: Egacal.

Calvinho, Gustavo (2012). El proceso con derechos humanos: Método de debate y garantía frente al poder. Bogotá: Universidad del Rosario.

Correa Henao, Magdalena (2003). La limitación de los derecho fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Corte Constitucional Colombiana (1994), Sentencia T – 393.

Corte Constitucional Colombiana (1994), Sentencia T – 442.

Corte Constitucional Colombiana (1999), Sentencia T – 589.

Corte Constitucional Colombiana (2002), Sentencia SU – 159.

Corte Constitucional Colombiana (2006), Sentencia T – 171.

Corte Constitucional Colombiana (2005), Sentencia C – 822.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (2016), Sala de Casación Penal, Sentencia SP 12158 de 2016.

Cruz Tejada, Horacio (Coordinador). Nuevas tendencias del derecho probatorio. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.

Devis Echandía, Hernando (2012). Teoría general de la prueba judicial. T I y T. II. Bogotá: Temis.

Eisner, Isidoro (1992). La prueba en el proceso civil. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

Ferrajoli, Luigi (1999). Derechos y garantías: La ley del más débil. Madrid: Trotta.

Ferrer Beltrán, Jordi (2005). Prueba y verdad en el derecho. Barcelona: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, Jordi (2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Jueces para la democracia*, (47), 27 – 34.

Foucault, Michel (2008). La verdad y las formas jurídicas. Barcelona: Gedisa.

Gascón Abellán, Marina (2012). Cuestiones probatorias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gascón Abellán, Marina (1999). Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons.

Giacomette Ferrer, Ana (2013). Teoría general de la prueba. Medellín: Diké.

Hernández Villarreal, Gabriel (Editor) (2010). Actualidad y futuro del derecho procesal: principios, reglas y pruebas. Bogotá: Universidad del Rosario.

Hoyos Rojas, Luis Miguel (2015)- Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo multinivel. Bogotá: Temis.

Lluch, Xavier Abel (2012). Derecho probatorio. España: ESADE – Bosch.

López Barja De Quiroga, Jacobo (1989). Las escuelas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid: AKAL.

Montero Aroca, Juan (2011). La prueba en el proceso civil. Navarra: Civitas – Thomson Reuters.

Moreno Ortiz, Luis Javier (2000). Acceso a la justicia. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Nisimblat, Nattan (2014). Derecho probatorio: Introducción a los medios de prueba en particular, principios y técnicas de oralidad. Bogotá: Doctrina y Ley.

Parra Quijano, Jairo (2011). Manual de derecho probatorio: La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso – administrativo y en el derecho comparado. Bogotá: Librería ediciones del profesional.

Pérez Restrepo, Juliana (2015). Derecho constitucional a la prueba judicial, una aproximación. *Revista Estudios de Derecho*, 72 (159), 62 – 81.

Picó I Junoy, Joan (1996). El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona: José María Bosch Editor.

Ramírez Carvajal, Diana María (2013). La prueba en el proceso: Una aventura intelectual. Medellín: Librería jurídica Sánchez R.

Restrepo Saldarriaga, Esteban (2016). Los significados del derecho a la Vida. En Alviar García, Helena, Lemaitre Ripoll, Julieta y Perafán Liévano, Betsy (Ed). Constitución y democracia en movimiento (pp. 259 – 277). Bogotá: Universidad de los Andes.

Rivera Morales, Rodrigo (2011). La prueba: Un análisis racional y práctico. Madrid: Marcial Pons.

Rojas Gómez, Miguel Enrique (2011). Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rojas Gómez, Miguel Enrique (2015). Lecciones de derecho procesal civil. Tomo III (Pruebas Civiles). Bogotá: Esaju.

Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo (2007 a). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *Revista Estudios de Derecho*, 64 (143), 182 – 206.

Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo (2007 b). Intervenciones corporales en el Código de Procedimiento Penal de 2004, análisis de la sentencia C – 822 de 2005 de la Corte Constitucional Colombiana. *Revista Universitas*, (114), 228 – 249.

Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo (2006). El Derecho Fundamental a la Prueba: análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Informe final de investigación (sin publicar). Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.

Sánchez Mojica, Beatriz Eugenia (2016). Desmontando los derechos fundamentales. En Alviar García, Helena, Lemaitre Ripoll, Julieta y Perafán Liévano, Betsy (Ed). Constitución y democracia en movimiento (pp. 65 – 82). Bogotá: Universidad de los Andes.

Tirado Hernández, Jorge (2013). Curso de pruebas judiciales parte especial: En los procesos civiles, comerciales, de familia, agrarios, laborales, contenciosos administrativos y penales, incluyendo los nuevos códigos procesales tomo II. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Tirado Hernández, Jorge (2006). Curso de pruebas judiciales parte general: incluye sistema penal acusatorio tomo I. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2006.

Uribe Álvarez, Roberth (2009). Prueba y argumentación. Una aproximación al discurso filosófico de la prueba. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. 39, (111), 337 – 356.

Urueña Hernández, René (2016), ¿Libertad y orden? Los límites de la libertad como forma de organización de la democracia. En Alviar García, Helena, Lemaitre Ripoll, Julieta y Perafán Liévano, Betsy (Ed). Constitución y democracia en movimiento (pp. 189 – 206). Bogotá: Universidad de los Andes.