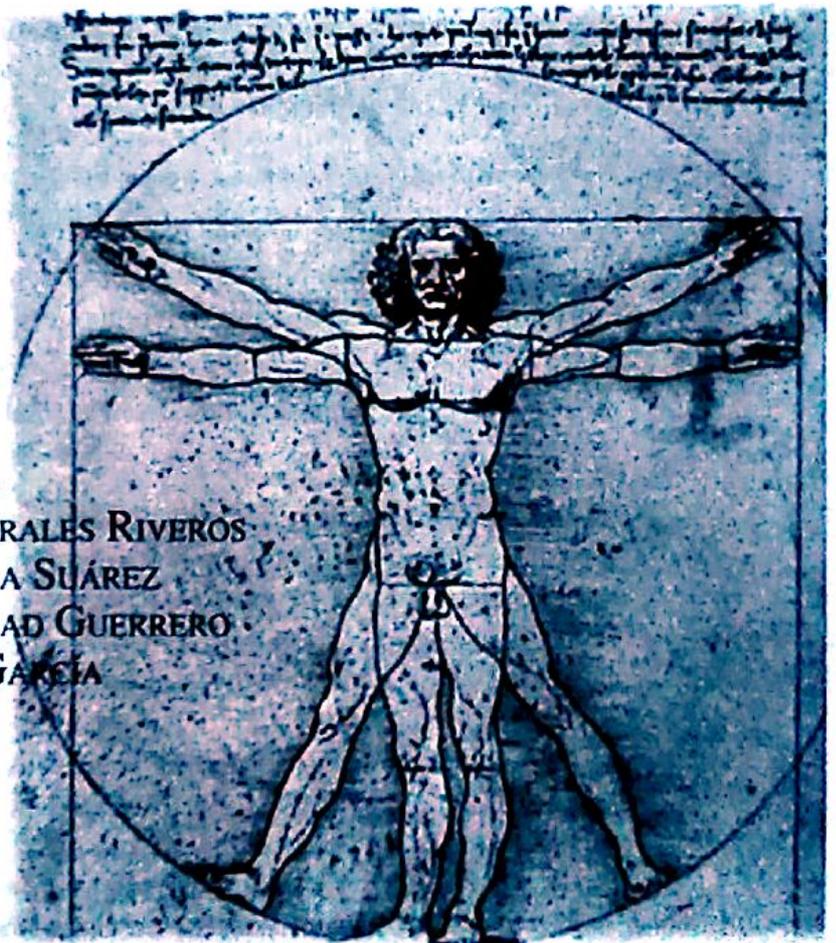


# EL CUERPO HUMANO COMO EVIDENCIA PROBATORIA\*

ANDREA ALARCÓN PEÑA  
ADRIANA CAROLINA MORALES RIVEROS  
YENNY CAROLINA OCHOA SUÁREZ  
JENNY MARICELA SOLEDAD GUERRERO  
ANA LUCÍA SUPELANO GARCÍA



- Ponencia presentada en el marco del XXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Pereira, 2001.



El estudio del cuerpo humano como evidencia probatoria, requiere ser abordado inicialmente desde una perspectiva constitucional que involucre una concepción del Estado, en la cual se ven inmersos principios que determinan la actuación estatal y que por ende, generan consecuencias en el campo jurídico y la actividad probatoria.

Dentro de este orden de ideas la carta política de 1991 impone al Estado Social de Derecho tener como base para su interpretación finalística "El Ser Humano". Adquiriendo así una concepción personalista dentro de la cual la protección del individuo es el primer deber social de Estado. Este concepto erige el reconocimiento de un catálogo de derechos fundamentales, que entrañan en el campo del derecho probatorio una zona impenetrable a la actuación de los poderes públicos, que deben ajustar sus actuaciones al respeto y defensa de mencionados derechos.

Postulado que trasladado al tema del cuerpo humano como evidencia probatoria, supone la prohibición al legislador para consagrar prácticas probatorias que recaigan sobre la corporeidad del individuo y que transgredan su dignidad humana y derechos fundamentales, así como al operador jurídico le es prohibido el acatamiento de normas que adolecen de legitimidad.

Realizadas estas precisiones, tenemos que dentro de la gama de pruebas que pueden allegarse al proceso se encuentran la inspección judicial, la prueba pericial que comprende los dictámenes de alcoholemia, la prueba molecular de ADN, dictamen de lesiones personales, la prueba de dactiloscopia y el examen de cavidades vaginales y anales.

Algunas de estas pruebas encuentran como referencia la corporeidad humana, sobre al cual se deben realizar exámenes que involucren la parte íntima del individuo, así como su aspecto externo. Medios que recaen sobre el cuerpo humano vivo o sobre el mismo convertido en cadáver. Prácticas probatorias que se toman en ocasiones en una exploración de la intimidad, requiriendo inclusive, de la utilización de instrumentos ajenos a su individualidad.

Sin embargo es indispensable resaltar la importancia de la prueba y el princi-



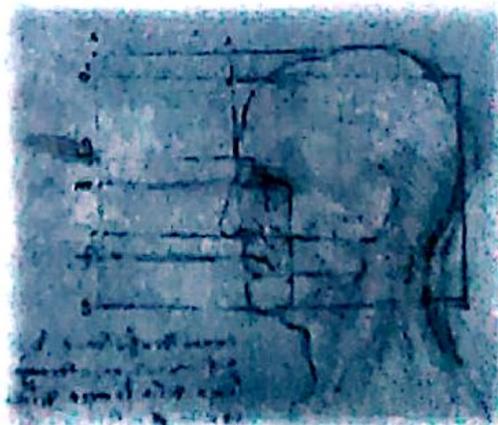
pio de necesidad que esta irradia y que impone a los intervinientes en el proceso la obligación de aportar los medios de prueba que permitan acreditar los hechos que interesen al mismo en aras de poder adoptar una decisión que se traduzca en el reconocimiento de un orden justo.

Peor es aquí donde surgen los siguientes planteamientos: si es necesaria la prueba, pero esta prueba entraña una violación a un derecho fundamental, ¿puede o no decretarse la disposición de una prueba que al practicarse sobre la corporeidad humana transgreda un derecho fundamental? Es evidente que en todo proceso y sobre todo en el penal se presentan un conflicto de intereses tanto colectivos como individuales. Se encuentran por una parte órganos que actúan a nombre del estado y que ejercitan un cúmulo de potestades frente a individuos que se convierten en destinatarios de una serie de medidas o diligencias.

Surge entonces como una posible solución ante este conflicto de intereses y al interrogante anteriormente planteado, cual es lo que se ha denominado es principio de proporcionalidad obra de la doctrina Alemana conocido también como principio de prohibición del exceso, que considera que: "Un medio es adecuado cuando mediante el puede lograrse el resultado deseado; es exigible cuando el legislador no habría podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz que no limitara o lo hiciera en menor grado el derecho fundamental".

Así, las medidas que se adopten para la obtención de los fines deben ser idóneas es decir ser aptas para la obtención del interés público perseguido, de tal forma que habría lugar a un enjuiciamiento cuando se ostenta una falta de proporcionalidad entre el fin perseguido y el excesivo e innecesario sacrificio de derechos que la Constitución garantiza.

Lo anterior supone que al hablar de medidas o medios estos deben ser aptos para la obtención de fin perseguido a la par que deben constituirse como los menos lesivos para no afectar los derechos de los ciudadanos. De tal forma que siempre que se realice un juicio de ponderación no sólo se tendrán en cuenta criterios objeti-



vos como la necesidad e idoneidad sino que además criterios subjetivos que hacen relación al sujeto pasivo de las mismas.

En sentido estricto el principio de proporcionalidad contempla la necesidad de realizar una ponderación o balanceo de derechos e intereses en cada caso en concreto.

Incorporándonos en el estudio de la víctima de la comisión de un hecho punible como destinataria de una intervención corporal los criterios de ponderación han de ser mas estrictos. No se puede desconocer que la víctima no es merecedora de ningún tipo de reproche social, por el contrario es una colaboradora activa en el esclarecimiento del hecho investigado y posteriormente castigado a la que además debe reconocérsele el hecho de que acaba de pasar por una experiencia en la mayoría de los casos traumática.



Debe tenerse presente en todo momento al realizar una intervención corporal la dignidad de la persona como una barrera infranqueable de manera que cualquier limitación de un derecho fundamental ha de respetar, ineludiblemente aquella. La dignidad humana saldrá a relucir ante todo en el momento de ejecución de las mismas.

Con base en lo hasta ahora mencionado, un examen de embriaguez, un dictamen de alcohoemia o una extracción sanguínea no resultarían atentatorios de los derechos a la dignidad o a la integridad puesto que no implican riesgos para la salud del sujeto pasivo de las mismas ni exámenes minuciosos de su corporeidad.

Caso contrario ocurre con un dictamen sexológico, un registro vaginal o anal a una mujer u hombre víctima de acceso carnal violento o abusivo o de otro tipo de maniobras, puesto que implican sino de una manera directa revivir el momento del acto para el sujeto pasivo de la prueba, además, dichas partes del cuerpo a lo largo de la historia han sido con-

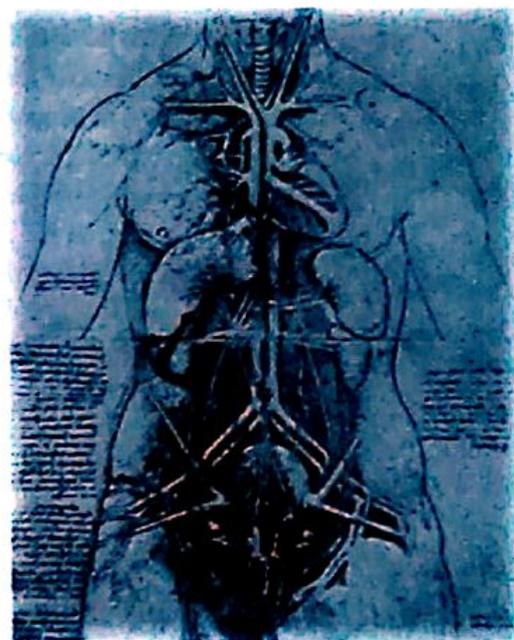


sideradas como privadas e inviolables, ya suficiente tiene la víctima con el hecho de haber sido violentada, para que al acudir a la justicia se convierta en una víctima de esta.

Las medidas mencionadas suponen un envilecimiento y humillación de la persona, se traspasa el límite de sacrificio que puede ser exigido a un individuo en aras del orden público, vulnerándose además el principio de proporcionalidad, los valores y principios que una sociedad democrática como la nuestra exigen, y que implican si bien restricciones, dichas restricciones no pueden traspasar ciertos límites que convierten al individuo afectado en un objeto al servicio de los intereses estatales haciendo abstracción de su entidad como ser humano y sometiéndolo a tratos denigrantes que envilecen la naturaleza del ser humano. Se trata así de establecer límites a la actuación de los poderes del estado que puedan influir en la esfera del individuo teniendo en cuenta los derechos e intereses tanto públicos como particulares en juego.

Con relación a este último punto, que sucede si el individuo rehusare dar su consentimiento para la práctica de la intervención corporal? La ley y la jurisprudencia colombiana no dan respuestas claras en este sentido, ninguna ley o pronunciamiento de las altas cortes autoriza al estado para que a través de los funcionarios judiciales o de los peritos y *manu militari* proceda a la práctica de la misma. La oposición del mismo a la práctica no debe considerarse como una ficta confessio, pero si como un indicio que podría perjudicar la situación del mismo y que lo llevaría inexorablemente a proceder a dar su consentimiento.

Podría considerarse la negativa a someterse al examen como una estrategia procesal, así el sujeto podrá libre y conscientemente elegir entre el sometimiento o bien acarrear con las consecuencias desfavorables de su negativa. Estrategia que en la mayoría de los casos tiene consecuen-





cia nefasta para el reincidente, pues como se mencionó anteriormente la negativa se considerará como un indicio que valorado en conjunto con el resto de pruebas prime en mala posición al acusado, que en la mayoría de los casos expone argumentos vagos y sin ningún tipo de fundamento.

En aras de obtener el material probatorio necesario se estimaría someter al sujeto a la práctica de la misma sin su consentimiento, se contemplaría entonces un sometimiento coactivo, que implicaría una inmovilización total del imputado, comportamiento que bajo cualquier punto de vista resultaría absolutamente denigrante de la condición de persona

o que además llevaría implícita una nulidad puesto que la prueba se obtendría por procedimientos o medios ilícitos violatorios de los derechos fundamentales. Además si se adaptara esta posición el sujeto sería un simple objeto, se transformaría en una cosa, en un instrumento al servicio de los intereses estatales, es decir se convertiría en una totalidad de sujeto dotado de fines propios, sino un simple instrumento al servicio de los intereses estatales. Así, aunque en una obliquia del estado la adopción de medidas que garanticen un orden público o un sistema de equidad no se puede aceptar bajo este supuesto una potencial totalitaria del estado, postura que permitiría la toma de cualquier tipo de exámenes o la práctica de todo tipo de intervenciones corporales, sin importar las consecuencias que dichas exámenes puedan traer para los sujetos.

De la misma manera, el ejercicio del derecho al silencio del imputado o simplemente nunca podrá llevar a la producción de efectos nocivos o desfavorables, puesto que en muchas circunstancias el silencio es una efectiva protección de defensa, a la que el funcionamiento judicial no podrá otorgar otro valor al inicialmente pretendido por el procesado.

La amonestación en la actualidad no deja de convertirse en mero palabreo, toda negativa del sujeto por parte de la acusación penal se considera como una omisión estructuralmente de la justicia y de la verdad se constata una abstención de la consecuencia jurídica que pudiera derivarse del incumplimiento de aquella obligación o carga procesal.



Para finalizar y en aras de formular posibles alternativas al conflicto de intereses hasta ahora mencionado los siguientes tópicos podrían considerarse como referentes que tenidos en cuenta al momento de realizar una inspección corporal garantizarían la buena práctica de los mismos aunado a lo cual la salvaguarda de derechos fundamentales que podrían verse afectados con la practica de las mismas:

1. El sujeto activo o pasivo, en pleno uso de sus facultades debe prestar validamente su consentimiento sobre la práctica de pruebas que recaigan sobre su naturaleza humana. En caso de imposibilidad para manifestar su voluntad, se podrá practicar dicha prueba con el consentimiento de sus familiares o de las personas mas allegadas.
2. La recepción del material probatorio no debe perjudicar la salud física y mental de la persona objeto de dicho procedimiento. Esta regla constituye una emanación del principio de proporcionalidad. Para que una intervención corporal no sea decretada teniendo como base este principio, deben existir indicios concretos que lleven a pensar en un posible daño a la salud, se considerará así que existirá un menoscabo en la salud cuando para el total restablecimiento de la misma se requiera de un especial tratamiento curativo.
3. Tales prácticas deben ser ejecutadas por profesionales de la medicina, enfermeras y médicos, que a su vez observen conductas profesionales y éticas durante la investigación, dando paso a que sus exploraciones permitan obtener un máximo de información con un mínimo de vergüenza por parte del sujeto sometido a dicha práctica.
4. En tales diligencias se deben respetar las garantías del debido proceso al igual que los derechos inherentes a la persona humana.
5. La inspección corporal debe estar judicialmente autorizada, esto es,



dicha decisión debe ser tomada por el órgano que tiene encomendada la protección de los derechos fundamentales.

6. La forma de ejecución de la medida, no puede implicar una participación activa del sujeto pasivo de la misma, no se le puede exigir al individuo que colabore activamente en la práctica de la misma, esto es, que desarrolle una conducta positiva en cualquiera de sus manifestaciones, al decir de M<sup>a</sup> Isabel Huertas Martín.

Es decir, la intervención debe implicar un dejarse hacer, claro con la observancia de los requisitos mínimos mencionados anteriormente, no podemos envilecer al ser humano a medida que avanzamos en la práctica de la intervención. No podemos exigir, además de la inspección corporal la realización de una concreta actividad.

*Los puntos anteriores, no se convierten en la solución a los problemas que enfrentamos a diario los administradores de justicia, y no solo nosotros, sino los sujetos con los que en el transcurso del proceso encontramos ante nuestros ojos, pero si podrían ser la puerta de entrada a una reflexión profunda y conciente que nos invite a ser garantes de derechos fundamentales, es decir a propugnar por una verdadera administración de justicia, en abandono de prácticas que se traducen solo en operación de la normatividad.*

