

6. EL CUERPO HUMANO COMO ELEMENTO DE PRUEBA

Que para la investigación y “el mundo del proceso, la prueba es fundamental, ya que estando destinada a producirle certeza al Juez, no se puede prescindir de ella sin atentar contra los derechos de las personas.”

Jairo Parra Quijano

Con el tema a abordar en el presente capítulo, pretendemos motivar a los profesionales del derecho desde sus diferentes posiciones (funcionarios judiciales o litigantes), a fin que se animen a sentar posiciones o enfoques respecto a la trascendencia del principio de Dignidad Humana y el cuerpo humano como elemento de prueba en contra del mismo involucrado.

No buscamos sentar doctrina respecto al tema, sino por el contrario instar a la problematización, partiendo de los postulados de la Constitución Política de 1991, y la necesidad de la prueba corporal en materia de delitos contra la sexualidad e integridad personal que incorpora la legislación penal actual.

Los Principios Constitucionales plasmados en la Carta Política, juegan un trascendental papel en la construcción de la teoría sobre la utilización del cuerpo humano del investigado para inculparlo, toda vez que dichos axiomas como valores supra procuran evitar arbitrariedades del Estado que en ocasiones buscan una eficacia punitiva a toda costa, por la actitud de algunos funcionarios que por su actuar mecánico se comportan como entes, dejando entrever como lo dice Fernández Carrasquilla en su obra Principios y Normas del Derecho Penal “Los principios no sirven para nada y los mediocres se ríen de ellos.” (38)

Con lo cual no se busca más que instar a los profesionales del derecho que si la Carta establece unos principios, se deben por todos los medios ponerlos en práctica antes que creer que se hallan en desuso.

Actualmente y cuando ha cumplido 10 años nuestra Constitución, el devenir nos indica que se encuentra en la cúspide su interpretación sobre derechos y principios fundamentales; sea esta la ocasión para reiterar ese respeto e infranqueabilidad que se debe tener para con ellos.

En primera instancia y partiendo del presupuesto conocido que la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha dilucidado el tema de la dignidad humana, colocándolo como valor supremo en la interpretación del articulado constitucional. Por tanto consideramos que es de sin igual importancia conocer que es un principio, dada la connotación que en la carta Política poseen los mismos.

6.1. PRINCIPIO:

Significa causa, origen o fuente, pero también impulso constante, promoción, génesis del devenir, instalándose como *CONDITIO SINE QUA NON* del fenómeno derivado durante la existencia de este, algo que este requiere de principio a fin. (39)

Según esta definición suministrada por Fernández Carrasquilla, puede concluirse que el principio es ese factor que de no existir, no existiría su consecuencia; como diríamos no hay efecto sin causa o no hay final sin inicio.

Lo que está primero, nos sirve para edificar sobre él, convirtiéndolo a la vez en prioritario porque va a prevalecer sobre lo demás y principal ya que todo lo demás es derivación.

Ahora bien, los principios Constitucionales, como principios jurídicos, poseen un poder vinculante de carácter normativo, ya que predicen el "deber ser" de cada norma, impregnándole ese plus valor que lo hace preponderante ante cualquier otra norma.

Conocida entonces la relevancia de un principio y observados estos en la Constitución Política, abordemos el eje temático del cuerpo humano como elemento de prueba.

Iniciamos el cuestionamiento tomando como punto de partida el postulado de la no autoincriminación plasmado en el artículo 33 de la Constitución que a la letra dice:

"Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero, compañera permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil" artículo que guarda estrecha

relación y concordancia con los artículos 5, 16, 18, 28, 29, 30, 31, 32, 42, 43., de la misma carta.

Esta norma prohíbe además la interrogación que restringe la voluntad del implicado es decir, la utilización de métodos que subrepticamente burlen la intención de la persona que está siendo investigada (detector de mentiras, suero de la verdad, engaños), igualmente está apoyada en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 14, parágrafo 3g).

Para familiarizarnos con esta situación debemos conocer que el procesado no está obligado a colaborar con las autoridades y si esta prohibición involucra la parte volitiva y cognitiva, con mayor razón abarca la parte pasiva o inconsciente; en tal circunstancia vemos como el principio de no auto incriminación surge como necesidad de protección contra cualquier asomo de arbitrariedad que se evidencia en la averiguación de los hechos contra el implicado.

Nos cuestionamos entonces; si esto es con respecto a la parte oral del investigado, no obligándolo a declarar en su contra, ¿qué sucede cuando de su cuerpo se va a extraer información que las autoridades requieren para proferir decisiones en su contra?.

Como lo expone Roxin en su obra La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal: "Desde 1997, están permitidos los exámenes genéticos para determinar la responsabilidad de los sospechosos en la medida en que se impone al procesado una obligación a tolerar claramente se antepone el interés en averiguar la verdad, al interés del procesado a mantener en secreto su "información corporal" y a excluirla como medio de prueba". (40)

Abordado el tema nos preguntamos entonces ¿se puede relativizar el principio de la Dignidad Humana, ante el interés general? Porque si bien los principios y los derechos no son absolutos, no es cierto que un principio deba desaparecer ante otro, porque lo que se presenta es una tensión de principios donde debemos observar la importancia de uno y de otro para sobreponerlo, pero nunca eliminándolo.

El hecho que llegue a nuestros pensamientos el más mínimo asomo de duda de si aplicamos un principio o el otro, nos debe inquietar primero el saber que "El derecho penal no es el poder, sino su regulación." (41)Y ante esto no podemos escatimar esfuerzos para evitar a toda costa que se ponga en tela de juicio la autoridad estatal en un país con un sistema de Gobierno Social y Democrático de Derecho que posee unas trascendentales connotaciones, debido a que lo que

interesa es el individuo como persona humana, ser racional que posee una dignidad

y que no puede por lo tanto, tratársele como una cosa, un instrumento o un medio para legitimar el poder del Estado, ya que ese ente no puede utilizar lo que él mismo ha prohibido.

Los derechos constitucionales no pueden ser disueltos en un cálculo utilitario sobre el bienestar colectivo, ni pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que estos derechos son precisamente limitaciones al principio de la mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el interés colectivo." (42)

El considerar entonces que se deben utilizar los medios necesarios para obtener la verdad real ante la procesal, es desconocer que dicha verdad no es un principio absoluto que tenga que ser investigado a cualquier precio; en el mismo sentido ROXIN manifestó que "una clarificación exhaustiva, ilimitada de los hechos penales podría suponer el peligro de lesión de muchos de los valores sociales y personales. Por ello la investigación de la verdad no es en el proceso penal un valor absoluto: antes bien, el proceso penal se halla inmerso en la jerarquía de valores éticos y jurídicos de nuestro Estado"

Por tanto, y como lo ha reiterado la Corte Constitucional en varias de sus sentencias, de las cuales citamos algunos extractos referidos a la dignidad humana, no podemos desconocer el papel que juega en la recolección de las pruebas este principio.

Sentencia T- 123/94 Corte Constitucional MP. VLADIMIRO NARANJO, citando al tratadista Javier Hervada, complementa lo expuesto con el siguiente comentario:

"Es el derecho del hombre a mantener y conservar del mejor modo posible su existencia humana, su vida plenaria, su salud corporal, su ser de hombre, que es el requisito indispensable para poder llegar a ser lo que está llamado a ser. Y es que el ser no existente no puede realizar función alguna; el ser mermado en sus facultades sólo puede ejercer sus funciones imperfectamente; sólo el ser sano puede cumplir a cabalidad su destino. El derecho a la vida, por tanto, se desglosa, a su vez, en una serie de derechos más concretos: el derecho a la vida saludable e íntegro se mantiene en pie en cualesquiera circunstancias."

Sentencia T- 029/94 MP. VLADIMIRO NARANJO

A su vez, en otra sentencia, expresó esta Corporación lo siguiente:

"El derecho a la vida no implica la mera subsistencia, sino el vivir adecuadamente en condiciones dignas. Obviamente, este deber de asistencia del Estado, no lo obliga sino en la medida de las capacidades reales de su estructura protectora, pues nadie está obligado a lo imposible. Pero la incapacidad del Estado no puede ser tal, que razonablemente justifique la indigencia y la miseria humanas y deje de asistir, siquiera con los recursos mínimos exigidos por la condición humana, a quienes estén en circunstancias de extrema necesidad, sobre todo cuando esta es padecida por menores de edad"

Sentencia T- 572/99 MP. DR. FABIO MORON

DIGNIDAD HUMANA-Alcance

Este término equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal y así se convierte en la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano.

Entonces no ceden los derechos ante el afán de una entidad por demostrar efectividad en vez de eficacia, porque cuando se viola la dignidad humana, se están vituperando todos los derechos fundamentales de esa persona, como postulado de imperante valor lo encontramos en el artículo primero de la Constitución, valor que a la luz de un Estado Social de Derecho, adquiere una notable connotación toda vez que no vivimos en un Estado supra individualista.

Ahora bien, si de entrada tanto la Carta Política como las normas penales establecen el principio indubio pro persona, como querer excluirlo cuando nos encontramos al inicio de una investigación, menos ignorar las repercusiones que en el ámbito individual y social puede tener cada actividad desplegada para esclarecerlo, porque al momento de poner en funcionamiento la medicina y la parte legal, éstas nos arrojan resultados positivos o negativos y de allí se nos reduce o amplía la posibilidad de identificar al presunto responsable o por el contrario descartar las personas que en primera instancia están vinculadas, pero ¿nos hemos imaginado que a esos individuos a los cuales la práctica de algunas pruebas contra su voluntad pueden acarrearles una serie de consecuencias sociales que en ocasiones pueden ser difícilmente reparables?. Este componente social no debe ser olvidado por el Estado, máxime cuando su sistema de gobierno busca la protección del individuo.

Vistas las anteriores precisiones, debemos adentrarnos un poco más al tema de emplear el cuerpo humano para probar situaciones desconociendo la voluntad para entregar dichas pruebas.

Un buen comienzo de las diferentes posiciones sobre el arribo de pruebas extraídas del cuerpo humano desconociendo lo volitivo y cognitivo de esa persona, son las teorías que se erigen sobre la ilegalidad de las pruebas, como las del fruto del árbol envenenado o la exclusión o supresión de evidencia, donde estipulan que deben prescindirse todos y cada uno de los elementos de prueba que hubieren sido obtenidos como violación de los derechos fundamentales del acusado, aunque la relación sea sólo indirecta, lo que sencillamente se amolda a lo dicho atrás, si estamos utilizando el propio cuerpo del implicado para incriminarlo, simple y llanamente estamos desconociendo los derechos de esa persona, lo que indica que estaríamos ante una prueba ilícita; porque es como utilizar métodos que menoscaben la libre decisión del imputado, tales como la coacción, amenazas, tortura, engaño, psicofármacos, "sueros de la verdad", "detectores de mentiras", hipnosis, son actos que violan los derechos del procesado o investigado y que, por consiguiente, generan inseguridad jurídica si un Estado los permitiera.

Definitivamente el imputado no está, no puede o no debe estar, sometido al principio de probidad procesal; no puede exigírsele que actué con buena fe y veracidad; no puede obligársele a que realice o diga lo que no desea; no puede constreñírsele a que suministre hechos y pruebas en su propio detrimento; por eso lo dice la Constitución que tiene el imputado el derecho de callar o de mentir y paralelamente, no soportar el deber de decir verdad, ese derecho a guardar silencio como lo rezan en las películas, no es un escueto formalismo o regla encasilladora, reviste un poder imanente más profundo que involucra la acción tomada por la humanidad para desterrar la tortura en la época de la inquisición buscando lograr la confesión del inculcado; y ante esa decisión, desconocer la posibilidad de esa persona de negarse a suministrar las pruebas que irían en su detrimento, estaríamos retrocediendo en la investigación penal.

Si tenemos en cuenta esto y como profesionales del derecho, ya sea litigando o como funcionarios judiciales, respetamos los límites de probar, seguramente vamos a generar confianza pública ya que estamos valorando principios como el de integridad física (Art. 12 C.P. en la extracción de sangre), derecho a la intimidad (ART. 15 C.P.), integridad moral (ART. 21 C.P. extracción de semen mediante la masturbación), presunción de inocencia (ART. 29 C.P.), derecho a la no auto incriminación (ART. 33 C.P.).

Integridad Física:

Los análisis sanguíneos, de orina, u otros para la determinación de la alcoholemia suponen una intervención corporal coactiva de carácter leve que, aunque afecta al derecho a la integridad física, no parece vulnerar su contenido esencial. No podemos decir lo mismo del espermatograma en los casos de asaltos sexuales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos recoge que nadie puede sufrir una lesión en contra de su voluntad, por leve que esta sea. Esta situación ha pesado enormemente a la hora de aceptar la realización de cualquier prueba que llevara implícita la producción de una lesión, tema que nos ocupa en este aparte.

Es de anotar que a nivel de jurisprudencia extranjera tales "intervenciones corporales" han provocado detallados pronunciamientos, cuyo común denominador ha sido reconocer la legitimidad de tales actos de investigación coactivos siempre y cuando sean absolutamente respetuosos con el principio de proporcionalidad, de tal suerte que nunca pueda entrañar riesgo a la salud para su destinatario y sea confiada su ejecución a personal médico experto.

Posición que igualmente ha asumido la Comisión Europea de los Derechos Humanos, porque considera que es una prueba banal la extracción de sangre, pero lo que realmente preocupa, no es tanto la lesión sino la violación del derecho a la no autoincriminación, porque es del propio cuerpo del implicado de donde están extrayendo la muestra que seguramente lo va a incriminar.

Ahora, se plantea la discusión entonces ¿qué hacer para recolectar ésta clase de pruebas donde deba requerirse la voluntad del investigado y éste se negara a suministrarla? ¿ qué elementos de prueba podrían tomarse sin el consentimiento activo de esa persona (v.g. extracción de sangre, reconocimientos en fila de personas) pero aquellos donde se requiere de la participación del procesado para obtener la prueba (extracción de semen)? Algunos doctrinantes y tribunales internacionales predicán que algunas pruebas de estas no afectan la salud de las personas y por tanto deben practicarse.

En Colombia su práctica ha sido cotidiana, porque lo que ha importado es probar la responsabilidad ante la opinión pública, sin importar los derechos de las personas; para no ir muy lejos, recordemos el tan sonado caso del crimen de la niña Sandra Catalina Guzmán en una Estación de Policía, para lo cual transcribimos un editorial de la fecha publicado en el diario el espectador:

Por Oscar Becerra Mora, redactor de El Espectador Santafé de Bogotá, Domingo, 15 de Octubre de 1995

"... Desde el día del asesinato de Sandra Catalina, la Fiscalía aceptó la sugerencia del Departamento de Genética de la Universidad Nacional, que la identificación del culpable dependía de la toma de pruebas de ADN y espermatogramas de los 60 agentes que se encontraban en el lugar.

El ente fiscalizador recolectó las muestras de los uniformados. Sin embargo, sus costos dilataron el procedimiento casi tres años, el valor de cada una ascendía a US \$ 3.000, y casi todas debieron ser congeladas."

Nos preguntamos entonces ¿dónde quedó la dignidad humana y el respeto por la integridad moral, de los 60 uniformados?, ¿hasta cuándo se seguirán vulnerando los derechos de los Colombianos, en aras de una justicia efectiva y amarillista?

Es importante acotar que existe la posición contraria y que ha sido avalada por tribunales Constitucionales Españoles, los cuales sientan su punto de vista sobre que si se analiza esta situación desde una moral individual no sería ético someter al involucrado a tales condiciones, pero que si se hace entendiendo al hombre como un individuo de la sociedad, como lo planteaba Aristóteles en su época al decir que el hombre era un ser político, mirado desde el punto de vista que era hombre como animal social, el cual necesita a la polis como sociedad perfecta y autosuficiente que por lo tanto recibe de esa sociedad un sistema de valoración al cual debe someterse.

En igual forma se pronunciaba DURKHEIM: "la sociedad impone al individuo tanto sus costumbres como sus creencias", que por tanto la dignidad de la persona no se pierde simplemente porque se obre en contra de su voluntad, siempre y cuando dicha actuación tenga un determinado fin, existiendo indicios que señalan la relación del Implicado con los hechos y la conveniencia de realizar el análisis, la voluntad del investigado. además de cumplirse determinadas condiciones y evitando someterlo a maniobras violentas o degradantes, cuando se cumplen unas determinadas garantías y cuando el origen de ese consentimiento en contra no tiene ninguna justificación ni argumentación, solo el no por el no, es decir, si el involucrado justifica sus razones para dar la negativa y poseen bases sólidas, únicamente en esa medida será acatada su posición, cuando sucede todo lo antes anotado, es válido proceder contra la voluntad del investigado.

Para terminar este esbozo sobre el cuerpo humano como elemento de prueba, nos resta instar a quienes consideran que el fin no justifica los medios, para que

comiencen por sentar doctrina a fin de edificar argumentos que lleven a las altas cortes, a desestimar la práctica probatoria que atente contra la libre disposición del implicado y todos sus derechos fundamentales, porque como esta prueba obtenida utilizando el cuerpo del investigado sin su voluntad, existen varias como el reconocimiento en fila de personas, la toma de grafías para compararlas con la carta extorsiva o la letra falsificada, el interrogatorio ante la Policía, sin las debidas precauciones legales, la prueba decadactilar, entre otras.

