

Conflictos constitucionales del test de proporcionalidad en la procedencia de medidas de intervención corporal en la víctima o el imputado por la toma de muestras de sangre o semen cuando se trata de delitos contra la libertad e integridad sexual

Trabajo de investigación para optar al título de:
Magíster en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

Alejandra Laverde Acevedo

Investigadora

Prof. Geovana Andrea Vallejo Jiménez

Asesora

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Escuela de Posgrados

Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

Medellín, Antioquia

TABLA DE CONTENIDO

Introducción y metodología	3
Capítulo I. La naturaleza jurídica de las intervenciones corporales que implican toma de muestra de semen o de sangre en delitos contra la libertad e integridad sexual	11
Capítulo II. La verdad procesal	19
Cuestiones generales sobre la verdad procesal	20
Límites a la verdad procesal, especial referencia a los delitos sexuales	26
Capítulo III. Normas rectoras en controversia por la aplicación de medidas de intervención corporal en el cuerpo de la víctima o el imputado en delitos sexuales	30
Principio de no autoincriminación	31
Principio de intimidad	34
Capítulo IV. Las problemáticas del uso test de proporcionalidad	41
Los parámetros de la Sentencia C-822 de 2005	42
Alcance del test de proporcionalidad en Alexy	47
La postura intermedia de Atienza en el uso del test de proporcionalidad	53
La crítica de García Amado al test de proporcionalidad	55
Toma de postura	58
Conclusión. Alternativas a la toma de muestra de semen o de sangre en delitos contra la libertad e integridad sexual	65
Referencias	68

Introducción y metodología

En nuestra sociedad, los delitos sexuales constituyen uno de los temas de estudio más complejos, debido a los múltiples factores de orden estructural, familiar, ético y socio-cultural que intervienen en su análisis (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia, 2015). En la comisión de delitos de naturaleza sexual se afectan transversalmente la conducta y el desarrollo de las víctimas en la esfera personal y social, dejando en ellas marcadas actitudes autodestructivas, altos niveles de ansiedad, estrés y destrucción de su autoimagen (Fergusson et al., 1996); en términos jurídicos, vulneran el derecho a la libertad, la integridad y la formación sexual causando daños sobre el cuerpo y la psiquis.

Para definir el concepto de delitos de orden sexual, vale apoyarse en lo planteado en el artículo 6 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que dice que: [la] violencia sexual [puede entenderse] como cualquier afectación contra la libertad, dignidad e integridad física de la víctima mediante actos que dañen o degraden su cuerpo o sexualidad (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2021). Análisis estadísticos demuestran que los perjuicios sociales y psicológicos ocasionados a las víctimas de estos delitos, están relacionados con variables como, por ejemplo, el tipo de ataque sexual, si tuvo lugar una sola vez o varias, la edad de la víctima, el género, el vínculo o la relación que esta tiene con el agresor, entre otros (Impacto del Programa de Educación Sexual: Adolescencia Tiempo de Decisiones, 2000.).

Lo anterior da cuenta de la entidad y gravedad que reporta la naturaleza de estos delitos y, en consecuencia, se manifiesta el interés general de los ciudadanos por lograr, mediante políticas legislativas, una reforma de la pena contemplada legalmente para estos casos, así como el intento de imponer prisión perpetua a los agresores sexuales, especialmente en los eventos donde esté

relacionado un menor de catorce años, considerándola una forma de retribución justa para las víctimas. De esta manera, es fácil advertir que la importancia de estos delitos comporta una responsabilidad del Estado de cara a un sentimiento social de justicia para la víctima y la comunidad en general.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia (Comportamiento del delito sexual en Colombia en el 2004, una visión poco optimista, 2004), refiere el concepto jurídico de “delito sexual”, como la conducta humana que por su entidad transgrede la prohibición legal establecida en el Código Penal colombiano y, a razón de ello, acarrea consigo una consecuencia jurídica o sanción penal. La definición de las conductas clasificadas como delitos sexuales, tiene un alto contenido de desaprobación a nivel moral y social, por este motivo, será la evolución histórica del concepto de agresión sexual la que determine la configuración del injusto penal de los delitos con componente sexual y su tratamiento procesal.

En Colombia, hasta finales del siglo XIX, la marcada cultura patriarcal tuvo una importante influencia en los procesos por agresiones sexuales, ya que consideraba que las mujeres e, incluso, las niñas resultaban víctimas sospechosas de haber dado su consentimiento para el acto sexual, salvo que se manifestaran en su cuerpo heridas o serias contusiones que permitieran inferir actos de violencia de los que se pudiera pensar que no medió dicho consentimiento (Melo, 1999). Se toma entonces como punto de partida para la existencia del punible, es decir, como requisito *sine qua non* del tipo, que el acto sexual se lleve a cabo sin el consentimiento de la víctima y la prueba inicial se constituirá sobre su propio cuerpo.

A finales del siglo XIX, la prueba fundamental en el proceso penal para demostrar la existencia de delitos sexuales en Colombia era, primero, el daño causado sobre el cuerpo de la víctima y, segundo, el testimonio de los allegados, con la finalidad de determinar cuál era la

conducta moral de la víctima (Gutiérrez, 2009), en ese sentido, señaló Barreto (1890), en torno a la prueba de violación:

Si esta condición ha existido, naturalmente habrá habido lucha y los rastros de esta en los esfuerzos para defenderse y en la violencia ejercida para sujetarla, se encontrarán en el lugar donde se efectuó el acto, en los vestidos y el cuerpo de la mujer y aun del hombre. Así se hallarán siempre desgarramientos, equimosis, manchas de esperma, de licor vaginal y aun pelos que pueden ser analizados: además de los caracteres que puedan encontrarse en la vulva [sic] y la vagina. (p. 32)

En consecuencia, el cuerpo de la víctima y el de su agresor son la principal fuente de la prueba para determinar la responsabilidad del procesado en la comisión de la conducta punible. En el actual proceso penal con tendencia acusatoria, se requiere que las pruebas que se lleven ante el juez de conocimiento puedan permitirle comprender los hechos y circunstancias materia del juicio, así como obtener certeza más allá de toda duda razonable de la responsabilidad penal del procesado, en calidad de autor o partícipe.

No obstante, la constitucionalización del derecho penal y procesal penal reconoce (tanto a las víctimas como a los procesados) un conjunto de derechos fundamentales, como la intimidad, la presunción de inocencia, el derecho a no autoincriminarse, que en el desarrollo del proceso penal pueden entrar en conflicto con la prevalencia del interés general. En cuanto a la recolección del material probatorio, la evidencia física y la información legalmente obtenida, la Ley 906 de 2004 establece unos parámetros (Congreso de la República, 2004).

En referencia a la valoración probatoria, el artículo 380 del Código de Procedimiento Penal [C.P.P.] establece: “Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto” (Congreso de la República, 2004). La sana crítica prevalece en

el sistema penal acusatorio como sistema de valoración probatoria (Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala Penal, 2007). Con el fin de determinar el alcance y contenido de los criterios de valoración probatoria para la interpretación del derecho, en lo relativo a delitos de orden sexual se cuenta con dos temas centrales, el testimonio de la víctima y las pruebas físicas (Centro Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

En el marco de lo expuesto, se puede entender que la regulación jurídica sobre el tema en cuestión no resulta menos espinosa, así entonces, la legislación colombiana en materia de procedimiento penal, exige tener presentes en la indagación e investigación de delitos de violencia sexual, las reglas generales de recolección de la evidencia y los procedimientos para realizar actos de investigación con la finalidad de obtener elementos materiales probatorios conforme a los parámetros de legalidad y licitud, para que las mismas resulten admisibles para probar la autoría o participación del procesado en la comisión de los hechos.

Los actos de indagación e investigación en cuanto a las pruebas físicas, que se despliegan en cabeza de la autoridad competente, en aras de alcanzar una verdad procesal, deben atender a los criterios constitucionales de la naturaleza jurídica de la prueba y el marco legal para su práctica, lo que permitirá clasificar dichos actos, en razón de los ejecutores y solicitantes, esto es: (i) por iniciativa de la policía judicial y control posterior del fiscal (valoración médico-forense a víctimas, cuando ellas o su representante legal manifiesten por escrito su consentimiento libre e informado, identificación, recolección, embalaje técnico de EMP y EF, búsqueda y cotejo de datos registrados en bases mecánicas o magnéticas de información de acceso público, u otras similares), (ii) por orden previa del fiscal y control previo y posterior del juez de garantías (registros y allanamientos, exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado), (iii) actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización (inspección corporal, registro personal, obtención

de muestras que involucren al imputado y procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales), y (iv) otras actuaciones posibles en la indagación (métodos de identificación: perfil genético presente en el ADN; carta dental y huellas digitales, características morfológicas; declaración jurada de testigos o informantes) (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2018).

La clasificación de los actos de indagación e investigación, atiende a su entidad y su potencial capacidad para afectar los derechos fundamentales mediante su praxis, así entonces, están los que constituyen medidas de inspecciones, registros corporales o intervenciones propiamente dichas. Atendiendo a las características de entidad y gravedad que comportan estas medidas, es menester determinar el alcance y límites para su aplicación, toda vez que, en el actual marco constitucional del proceso penal colombiano, “el hombre es un fin en sí mismo, no un medio” (Kant, 1999).

Del planteamiento anterior, se derivarán como consecuencia los conflictos constitucionales propios de la ejecución de las investigaciones corporales (inspecciones, registros corporales o intervenciones propiamente dichas), ahora bien, para establecer el alcance y los límites correspondientes al ejercicio de estas medidas se debe analizar la finalidad que tiene llevar a cabo la misma, para determinar su contenido.

Para efectos de este trabajo de investigación, se tratarán las medidas de intervención corporal, que implican la toma de muestra de sangre o semen en el cuerpo del procesado y de la víctima en delitos contra la libertad e integridad sexual, artículos 249 y 250 del Código de Procedimiento Penal, respectivamente (Congreso de la República, 2004), entendiendo la libertad e integridad sexual como la facultad y el derecho que tiene toda persona para disponer de su propio

cuerpo, a fin de autodeterminarse y regular su vida sexual, es decir, entre otras, es la posibilidad que tiene de elegir si acepta o rechaza un comportamiento de contenido sexual.

Los conflictos constitucionales comportan un problema de interpretación, que en el caso de este trabajo suponen la grave puesta en peligro de los derechos fundamentales del procesado o la víctima, ya que, mediante las diligencias probatorias de intervención corporal, se expone al individuo a procedimientos en los que el cuerpo funge como fuente de prueba.

En aras de abordar el tema de conflictos constitucionales se tuvo en consideración lo analizado en la Sentencia C-822 de 2005 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, 2005), de la cual se puede concluir que, concretamente en las extracciones de sangre o semen, se puede afectar el derecho a la integridad física debido a la exploración de cavidades u orificios naturales mediante la introducción de aparatos o instrumentos manejados por personal médico o científico.

Igualmente, este tipo de procedimientos han sido calificados de operar en detrimento del derecho a la no autoincriminación del procesado, pues por medio de ellos se pueden obtener medios probatorios que tiendan a comprobar su responsabilidad, en contra de su voluntad. Así como se puede vulnerar el derecho a la intimidad, en la medida que se afecta el ejercicio de la voluntad de los individuos para determinar el acceso a su propio cuerpo, de modo que se transgrede tanto en la esfera corporal como personal.

Dicho lo anterior, y de conformidad con la ley de procedimiento penal (Congreso de la República, 2004, Ley 906), puede afirmarse que esta última faculta al delegado fiscal para ordenar la práctica de las medidas de intervención corporal, previa audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías, esto con base en que a la Fiscalía le resulte necesaria la realización de la prueba para los fines de la investigación, por este motivo, ciertamente al procesado y a la

víctima se les desconoce su naturaleza de seres racionales y su calidad de ser sujetos de derechos con voluntad autónoma.

Si bien por medio de la práctica de estas pruebas corporales, se puede, en principio, lograr con aparente mayor grado de efectividad la verdad procesal, debe recordarse que surge el interrogante de: (i) cómo opera la proporcionalidad en la ejecución de las medidas de intervención corporal o (ii) si acaso no existen otras formas de lograr ese mismo objetivo, pero mediante prácticas que no resulten invasivas de los derechos fundamentales del imputado o la víctima según sea el caso, pues en el evento de mediar autorización del sujeto no surge inicialmente conflicto alguno, no obstante, cuando ese consentimiento del sujeto está ausente, se configura una clara vulneración a los derechos fundamentales.

Ante esta problemática, la Corte Constitucional se ha valido de la técnica del test de proporcionalidad, para resolver los casos en que se enfrentan derechos de esta naturaleza, considerando los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en el caso concreto. Así las cosas, lo que pretendió esta investigación fue cuestionar el sistema de ponderación como herramienta de valoración de las garantías constitucionales, toda vez que pueden verse limitadas o vulneradas a causa de la práctica de medidas de intervención corporal, pues la ponderación puede permitir la ampliación o maximización de un derecho fundamental, pero, del mismo modo, puede lograr el efecto contrario, esto es, dejar a un ciudadano desprovisto de una garantía de orden legal o constitucional (Atienza & García, 2016).

El argumento expuesto encuentra sentido en que la tutela de los bienes jurídicos relevantes es el producto de una conciencia social dinámica, por esta razón, se hace necesario revisar los contenidos normativos de las normas penales, que tienen desarrollo legal en virtud de los preceptos constitucionales y, en consecuencia, las intensidades de tutela se van incluyendo o excluyendo,

revitalizando o relativizando; visto de esta forma, lo importante no es la legitimidad de los intereses y valores constitucionales sino el asunto de la justificación de la injerencia del derecho penal.

Lo dicho refiere que la ponderación como mecanismo para dirimir el conflicto de intereses constitucionales, entre derechos fundamentales, únicamente logra explicar el porqué de la elección, es decir, “¿por qué se opta por un derecho fundamental y no otro en el estudio de un caso concreto?”, más no satisface de fondo como una justificación de la elección realizada, en el entendido de que la teoría de la ponderación tiene como base la relación indisoluble entre derecho y la moral, motivo por el cual resulta inestable e incierta la protección de garantías constitucionales, ya que será el operador jurídico quien efectúe el análisis valorativo (Bayón, 2003).

En el marco de lo expresado, la pregunta de investigación que orientó este trabajo buscó responder: ¿Cuáles son las soluciones jurídicas que se pueden brindar a los conflictos constitucionales que se derivan de la práctica de la prueba de intervención corporal por toma de muestra de sangre o de semen cuando se trata de delitos contra la libertad y la integridad sexual?

Para ello, se implementó una metodología argumentativa, toda vez que la misma, aunque discutida en cuanto a su carácter científico, propende precisamente por el debate, por poner a conversar diversos puntos de vista de la doctrina, que permiten construir debates jurídicos.

En suma, este trabajo fue abordado a partir de las siguientes temáticas: i) estudio de la naturaleza jurídica de las intervenciones corporales que implican toma de muestra de semen o de sangre en delitos contra la libertad e integridad sexual; ii) análisis de la categoría de la verdad procesal, especialmente en los delitos sexuales; iii) conflictos constitucionales derivados de la toma muestra de semen o de sangre: principio de la intimidad y autoincriminación; iv) examen del alcance del test de proporcionalidad como solución instalada por la Corte Constitucional para la

práctica de la prueba de intervención corporal en delitos sexuales, los cuales se desarrollarán en las páginas siguientes.

Capítulo I. La naturaleza jurídica de las intervenciones corporales que implican toma de muestra de semen o de sangre en delitos contra la libertad e integridad sexual

Las medidas de intervención corporal, debido a su naturaleza probatoria, buscan hallar la verdad de los hechos objeto de estudio en el proceso. Siendo esta la finalidad, el juzgador deberá apoyarse en medios demostrativos, es decir, en instrumentos de convicción que se conocen en materia procedimental como pruebas, pues, la evidencia se orienta a la producción de certeza (Salcedo Flores, 2004).

Debido a los avances y desarrollos tecnológicos, la investigación judicial ha implementado métodos científicos que permiten probar la comisión de una conducta punible y la participación o autoría de un sujeto en los hechos criminales, por lo que en muchos casos se ha resuelto la responsabilidad penal o la inocencia del sujeto activo.

La introducción de medidas de intervención corporal y el registro personal en la ciencia forense han hecho del cuerpo humano el objeto de la prueba, toda vez que es del cuerpo de la víctima o del procesado de donde se obtiene la evidencia física o el elemento material probatorio (Álvarez, 2008). En virtud de esta premisa es que las medidas de intervención corporal requieren que se especifiquen, con orden legal, los límites y garantías que constituyen su ordenación y ejecución.

Partiendo de la naturaleza probatoria de las medidas de intervención corporal y debido a lo problemático de determinar su procedencia, en cuanto pueden afectar las libertades individuales en la búsqueda de la verdad procesal, es menester, identificar y estudiar los problemas constitucionales que conlleva la implementación de la medida en cada caso concreto.

Las intervenciones corporales afectan, en principio, y como factor general, el libre ejercicio de los derechos fundamentales, como por ejemplo, el derecho a la intimidad personal y corporal,

el derecho a la no autoincriminación, el derecho a no ser molestado en su persona, el derecho a la integridad física y la dignidad humana, entre otros, sin embargo, no es el único conflicto constitucional derivado de la implementación de estas medidas, autores como Vives (2000) plantean otros conflictos constitucionales, tales como: (i) en qué circunstancias puede ser procedente una medida de intervención corporal, (ii) en qué tipo de delitos se justifica la restricción de derechos fundamentales, (iii) en cuáles medidas es necesaria la intervención de un médico o facultativo similar, (iv) cuáles medidas deben ser proscritas por atentar gravemente contra la dignidad humana o que resulten un serio peligro contra la salud del investigado, y (v) cabe la posibilidad o no de implementar coactivamente la diligencia.

En cuanto al primer conflicto, la legitimidad en la práctica de una medida de intervención corporal es el elemento que permite especificar su procedencia, la jurisprudencia y la doctrina han establecido, de un lado, que inicialmente la aceptación libre, consciente y voluntaria por parte de quien soportará la diligencia, es suficiente para su realización, no obstante, se deben respetar y observar las normas legales que regulan su ejecución, y en consecuencia, no puede generar daños o vulnerar la dignidad del sujeto activo o pasivo de la medida (González, Cuellar- Serrano, 1990, p. 303); de otro lado, la *praxis* de estas diligencias puede fundamentar su legitimidad en la emisión de una orden judicial, en estos eventos, la legitimidad responde simultáneamente a los miramientos establecidos para la expedición de las órdenes judiciales y al principio de legalidad (presentación de argumentos que motiven la decisión y respondan al principio de proporcionalidad, y que la ley contemple la medida y regule su ejecución).

En relación con la aplicación de medidas de intervención corporal, la doctrina y la jurisprudencia han establecido presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, este último tiene su cuna en Alemania y, en general, en Europa, donde es denominado como un

requisito de naturaleza intrínseca y es la plataforma teleológica del principio de proporcionalidad, siendo este un principio de rango constitucional que ante la ausencia de máximas constitucionales, que no se encuentran expresamente escritas, permite realizar una ponderación de los intereses en conflicto (Guridi, 1999, pp. 372-378).

La aplicación de la proporcionalidad en sentido amplio, es descrita por estudiosos del derecho como Bribosia y Rorive (2004), Ringelheim (2009) y Alexy (1989), a propósito, aseguran que consiste en el análisis de adecuación o idoneidad en que una medida restringe el goce de un derecho de carácter fundamental, así mismo, en determinar si resulta absolutamente necesario justificar la limitación de un derecho fundamental en causa de otro, y que no haya otra forma menos invasiva de lograr el fin constitucional, y finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, que apunta a una relación “justa” entre la medida a aplicar y su finalidad.

En lo relativo al segundo ítem, relacionado con las conductas típicas que ameritan o justifican la restricción del ejercicio de derechos fundamentales, el artículo octavo del Convenio Europeo de Derechos Humanos enuncia unos fines, como el respeto a la vida privada y familiar, la seguridad nacional y pública, el orden económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y de la moral y la protección de los derechos y libertades de los asociados (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1950). Se evidencia pues la pugna entre los derechos fundamentales del procesado y la víctima, contra el interés general, indicando la prevalencia de éste interés colectivo sobre las garantías individuales.

Así entonces, el ejercicio del *ius puniendi* constituye un elemento relevante en la defensa del orden y la prevención del delito, lo que justifica la aplicación de medidas de intervención corporal, en el ámbito procesal penal. De esta manera, es válido afirmar que, la limitación de los derechos fundamentales sea el resultado de máximas constitucionales legítimas (González,

Cuellar- Serrano, 1990, pp.101-104). En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986) expresa:

El artículo 30 (...) [de] la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, exigiendo el cumplimiento de determinadas condiciones (a) Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones en que la misma ha sido permitida, (b) Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, que atiendan a “razones de interés general” y no se aparten del “propósito para el cual han sido establecidas”. Este criterio teleológico, establece un control por desviación de poder; y (c) Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad a ellas. (Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 61)

Lo que significaría que, sin lugar a duda, los derechos fundamentales pueden ser limitados a los fines de la investigación penal (Díaz Cabiale, 1992, p. 70), pues es claro que los derechos constitucionales no son absolutos, en consecuencia, ante la falta de una norma de carácter constitucional que apruebe la implementación de una medida de intervención corporal, no se puede afirmar que esta carece de legitimidad (Casado Pérez, 2000, p. 213).

Por otra parte, Mellado (20, pp. 145-148) propone que por razones de urgencia y necesidad para conservar la prueba, tratándose de simples inspecciones, registros y reconocimientos, y aquellos de una intervención corporal leve, como por ejemplo los exámenes radiológicos, comprobación de tasa de alcoholemia, presencia de drogas tóxicas o psicotrópicas y sustancias psicoactivas, puede delegarse al Ministerio Fiscal la facultad de proceder con la medida y este, a

la policía judicial, claro está sin desatender los principios de proporcionalidad y razonabilidad, que posteriormente tendrán que justificar ante un juez de control de garantías.

Lo anterior, abre paso al siguiente planteamiento: las medidas que requieren la intervención de un médico o facultativo similar, a efecto de garantizar la seguridad de la salud de la víctima o el procesado derivado de la toma de muestras de sangre o semen. En el caso de algunas prácticas de intervención corporal graves que por sus características requieran la intervención de sujetos competentes para su realización, González-Cuellar Serrano (1990, p. 290) incorporan como requisito obligatorio que se efectúen por medio de personal sanitario, que deberá ser médico especializado, pues de lo contrario será imposible admitir su resultado como prueba, esto de conformidad con *lex artis*. Según lo expuesto, hay que estudiar cada caso concreto para determinar la necesidad de la presencia de personal médico, pues no es posible constituir una regla general debido a las múltiples medidas de intervención corporal y su diferente grado de injerencia y gravedad.

Por su parte, Etxebarría Guridi (1999), propone la habitualidad como elemento para establecer la necesidad de participación de personal médico en diligencias de intervención corporal, lo que permite concluir que por sencilla que sea la intervención, en los casos en que usualmente la práctica de dicha diligencia se lleve a cabo por personal médico, entonces se realice de esa manera. Así entonces, pruebas como la detección de sustancias estupefacientes, tóxicas, psicotrópicas o análogas, obligan a la participación de personal médico a efecto de realizar análisis clínicos.

La participación de personal médico en la práctica de medidas de intervención corporal tiene como finalidad cuidar de la salud e integridad física de quien soporta la ejecución de la

medida, sin embargo, la necesidad de personal sanitario no puede interpretarse en sentido estricto o bajo una regla general. Es importante destacar que en los exámenes de toma de muestra de ADN (sangre o semen), Iglesias Canle (2003) considera necesaria la presencia de personal especializado, pues, aunque es una intervención corporal mínima, como el análisis de perfil genético que puede realizarse con muestras menos invasivas que deben analizarse desde el test de proporcionalidad en sentido estricto, por ejemplo, cabello o saliva. El asunto es que hay que realizar análisis de perfil genético, lo que implica conocimientos científicos especializados.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que para la toma de muestra de sangre o de semen, la ley establece, en principio, que cuando se tiene el consentimiento para la ejecución de la medida, este será suficiente para legitimar el acto de investigación, no obstante, se debe ajustar como se mencionó con anterioridad, a las normas legales y constitucionales, pues el límite al *ius puniendi* del estado será la práctica de una diligencia que afecte la dignidad humana de quien soporta la ejecución de la medida, que se configure un trato inhumano y degradante o que menoscabe la salud. El consentimiento deberá ser libre, sin coacciones, expreso, es decir, se debe dejar sentado previamente y por escrito ante juez de control de garantías, las razones por las cuales se realizará la medida, relacionar la información sobre la necesidad de la medida elegida, y especificar claramente su finalidad.

Cuando la intervención se apruebe por medio de orden judicial, y el procesado se niegue posteriormente a su práctica, habrá dos posibles escenarios, el primero, que las razones que manifiesta el procesado ya hayan sido objeto de estudio en el acto que emitió la orden, en consecuencia, las autoridades competentes podrán realizar la práctica de la medida siempre y cuando lo apruebe nuevamente el juez de control de garantías. En el segundo, puede ser que el

procesado apele a una situación diferente que no fue tratada en la solicitud que ordena la práctica de la medida, en este evento, y en caso de que puedan verse afectados derechos fundamentales, será necesario someter a control de garantías la nueva situación. En cualquier caso, contar con el consentimiento del procesado siempre debe ser la primera alternativa para la práctica de la inspección corporal.

En este orden de ideas y respondiendo a si la medida se puede ejercer coactivamente sobre el procesado, la víctima o un tercero, se dice que en el caso del procesado, si se cuenta con hechos jurídicos relevantes que permitan inferir razonablemente la comisión de una conducta punible y la participación o autoría del mismo en los hechos, deberá motivarse la orden de la medida, identificar claramente la finalidad de su ejecución, así como garantizar la protección de los derechos fundamentales del procesado.

Ahora bien, en el caso de la víctima o de un tercero, no puede someterse coactivamente a la práctica de una medida de intervención corporal, pues el límite se encuentra en la imposibilidad de afectar la integridad física y/o moral de la víctima o de un tercero (González, 2011, pp. 427-430). Por su parte la sentencia C-822, pueden existir casos excepcionales donde aun así, se le ordene a la víctima la práctica de la prueba.

A manera de cierre sobre estos dos puntos, las medidas de intervención corporal resultan prohibidas o proscritas en la medida en que atenten gravemente contra la dignidad humana o que resulten un serio peligro contra la salud del investigado, también, cabe señalar, que en caso de no ajustarse a los lineamientos establecidos por la constitución y la ley para el respeto de los derechos fundamentales, carecerá de legalidad y licitud para ser tomada en cuenta en el proceso como elemento de prueba, en igual sentido, en caso de ser autorizada la implementación de la medida por el Ministerio Fiscal, y ejecutada por un agente de la policía judicial (Instituto Nacional de

Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2018), al momento de realizar audiencia de control posterior, si no se verifica que se tiene el consentimiento informado, libre, expreso y voluntario del investigado o la víctima, si no se motivó la necesidad de urgencia para la realización de la medida, o no se realizó con el debido respeto de los derechos fundamentales, no tendrá ningún valor para el proceso.

En el marco de las consideraciones mencionadas, es lógico que el proceso penal haga uso de las herramientas investigativas que le permitan llegar a la verdad, en la actualidad, las ciencias forenses con sus avances científicos permiten la identificación de un sujeto sospechoso de la comisión de un delito de naturaleza sexual, mediante la toma y posterior cotejo de una muestra de material genético, un procedimiento controlado y seguro, y especialmente asertivo, esto es, con un bajo margen de error. La cuestión problemática radica en que la práctica de medidas de intervención corporal por toma de muestra de sangre o de semen, ya sea mediante la emisión de una orden judicial que admita su práctica, o por que quien soporte la medida acepte de manera libre, consciente y voluntaria, puede afectar gravemente el ejercicio de derechos fundamentales, entre ellos, a la no autoincriminación y la intimidad.

De los anteriores planteamientos, puede advertirse que la decisión judicial que ordena la práctica de toma de muestras de material genético puede entrar en conflicto con la prevalencia del interés general como principio fundante del Estado Social de Derecho, la verdad procesal y los derechos de la víctima y la sociedad, esto es, verdad, justicia y reparación, en sentido amplio. En este propósito, la ley y la Constitución han desarrollado, por medio de los legisladores y las altas Cortes, presupuestos que legitiman la procedencia de estos actos de investigación; fundamentalmente la herramienta de análisis para estos casos es el test de proporcionalidad, que da lugar a la restricción de derechos fundamentales, de manera motivada.

En suma, en materia de delitos sexuales, los avances científicos enriquecen la actividad investigativa; como toda herramienta el error no radica en usarla, sino en el cómo, es por ello que en el marco de un Estado Social de Derecho y en pro de la garantías fundamentales de las partes involucradas en el proceso, se instauraron un conjunto de presupuestos que deben ser valorados por el juez, a efecto de adoptar la ejecución de una medida invasiva en términos de idoneidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, esta última en el entendido de contar con elementos que tengan entidad de inferencia razonable, y que apunten al indiciado, siempre y cuando se hayan agotado otras vías posibles para esclarecer los hechos y la participación del indiciado en los mismos.

Capítulo II. La verdad procesal

La influencia de los medios de comunicación y la presión social en la administración de justicia constituyen un problema de tal magnitud y complejidad que trasciende a cualquier acercamiento aislado, ya sea histórico, jurídico, psicosocial y/o de cualquier otra índole. Esta realidad, a su vez, tiene un amplio impacto pues al conocerse en los medios de comunicación, la percepción de los mismos sobre el caso, conlleva a un evidente aumento de la alarma social y, en consecuencia, a una presencia irracional de temor en la comunidad.

Al respecto, Redondo (2001) presenta una paradoja criminológica que establece que la delincuencia y su gravedad disminuyen, por la divulgación en medios de comunicación, pero, por otro lado, el control se incrementa. Esta afirmación refleja una amplificación de la desviación, lo que significa que dentro del fenómeno delictivo, y especialmente en los de índole sexual, se logra una representación sensacionalista a fin de incrementar la alarma y sensibilidad en los ciudadanos, de forma tal que va servir para ratificar sus temores al darse eventos de dicha naturaleza y así

encontrar justificado un mayor grado de control e injerencia por parte del estado, en la esfera personal e individual de los asociados, en punto a las medidas que deban adoptarse para contrarrestar la comisión de estos delitos, y en caso de que ya hayan tenido lugar, que se crea firmemente necesario valerse de cualquier medio para justiciar los hechos delictivos.

El planteamiento anterior no pretende restar importancia a los delitos de naturaleza sexual, pero si destacar la falsa creencia que se despierta en la comunidad al asociar la dureza de la pena, o desdibujar los límites que representan el marco de protección en el ejercicio de los derechos fundamentales, en aras de alcanzar la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y la sociedad; se cree que accediendo a la implementación de medidas absolutamente invasivas a los sospechosos de estas, se hará que el agresor se abstenga de incurrir en la comisión de conducta delictual y se podrá garantizar la no repetición en la comisión de estos delitos.

Cuestiones generales sobre la verdad procesal

La verdad, como categoría científica, ha sido objeto de estudio e investigación por filósofos, científicos, teólogos y lógicos, a lo largo de los siglos. Su importancia radica en que es un elemento para describir la realidad que nos rodea. El sentido del que se ha dotado a esta palabra en las diferentes ciencias y disciplinas busca comprender y explicar en qué se sustenta y cómo se define (Zamora-Acevedo, 2014).

A fin de dotar de contenido y significado el concepto de verdad, se hace preciso determinar con qué criterio se puede identificar y definir la verdad, y, por otro lado, se debe evitar confundir verdad con justicia, dado no son sinónimos. Siguiendo a Taruffo (2010) “el binomio verdad-justicia es recurrente en el lenguaje común y –se podría decir- que, en el inconsciente colectivo, [se] asume que los dos términos están estrechamente conectados” (p. 115).

La verdad se ha entendido como el principio fundamental que sirve de guía al trasegar del ser humano por el sendero del conocimiento, es su meta máxima, lo cual se explica, —siguiendo en ello la metafísica de Aristóteles— “por el deseo natural del hombre de saber”. Pero ¿qué verdad o cuál verdad? Esta premisa permite explicar las diferentes teorías sobre un principio que devela los valores éticos, sociales, legales e ideológicos de una nación y que, en consecuencia, son los pilares clave, a partir de los cuales se deriva el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, la verdad en el derecho es un principio que irriga el sistema de sentido jurídico, justificando el proceso como herramienta legal para obtener justicia. En el proceso penal, los hechos determinan la interpretación y la aplicación del derecho, ya que la averiguación de la verdad de los hechos es condición necesaria para la justicia de la decisión (Taruffo, 2010, p. 13). En consecuencia, los hechos deben ser objeto de reconstrucción y comprobación, mediante la práctica probatoria en el curso del proceso penal, con el fin de acreditar que tienen entidad suficiente para demostrar la comisión de una conducta punible, esto es que efectivamente tuvieron ocurrencia, así como, establecer la autoría o participación del procesado en la comisión de dichos hechos; para tal objetivo el sistema penal se vale de actos de investigación e indagación, que propenden por la búsqueda de la verdad.

En este sentido, es apenas lógico preguntarse por los actos y técnicas de investigación que, con base en los avances científicos, las reglas de la experiencia y la lógica resultan fuentes fidedignas para analizar los potenciales elementos materiales probatorios e información que pueda ayudar a categorizar aquello que serán integrados como objeto de prueba al interior del proceso, a fin de servir para corroborar la comisión de los hechos y la participación del indiciado en estos.

Sobre la verdad, Rodríguez Cepeda (1999) explica que además de tener un destacado papel en el curso de los procesos penales donde el objetivo consiste en conocer qué sucedió, cómo

sucedió y quién lo hizo, o al menos señalar a un sospechoso, se puede entender que el sentido del proceso es servir como método para “conocer y alcanzar la verdad” (Giacomette F., 2013, p. 74). Así entonces, siendo la finalidad del proceso penal hallar la verdad procesal, el juzgador deberá apoyarse en medios demostrativos, es decir en instrumentos de convicción que se conocen en materia procedimental como pruebas. La evidencia como prueba, se orienta a la producción de certeza (Salcedo Flores, 2004, p. 282).

En el marco de lo dicho, la verdad en el derecho se entiende como una verdad procesal, de modo que depende de la práctica de la prueba. Sin embargo, ésta no puede ser analizada de forma insular, debe ser contextualizada en las circunstancias de modo-tiempo y lugar de los hechos y en esa medida, se puede afirmar que ese razonamiento tiende a demostrar la verdad (procesal), pues la reconstrucción de la realidad de los hechos dentro del proceso, implica un razonamiento judicial con base en los criterios que imparten los principios de la lógica y la sana crítica (prueba legal y libre convicción). Ahora bien, no cualquier medida para la obtención de la prueba resulta viable en el entendido de los principios y garantías que enmarcan el derecho constitucional penal, motivo por el cual se debe justificar la práctica de pruebas que puedan afectar potencialmente dichas garantías y principios.

De acuerdo con Taruffo (2008, p. 19), la verdad procesal es aquella que se integra de las narrativas de los extremos del litigio y de los testigos de los hechos *sub-examine*, las evidencias físicas y elementos materiales probatorios allegados legal y lícitamente al proceso. La verdad procesal, no persigue un sentido de la verdad aletica o categórica, pues aquella sólo tiene lugar en un único momento, que será el de la ocurrencia de los hechos, la verdad procesal, al ser una reconstrucción de lo sucedido, se vale de la narrativa presentada por las partes en el proceso, y de un conjunto de pruebas que finalmente serán objeto de interpretación por parte del juzgador; es

por ello que la ley establece unos criterios para el razonamiento y entendimiento de que estas se hagan.

La verdad se presenta como una correspondencia entre lo ocurrido en el mundo y la reconstrucción que el juez hace de ello en la sentencia, a partir de las diferentes versiones presentadas por los sujetos procesales, teniendo en cuenta las normas que regulan lo atinente a la aportación, práctica y valoración probatoria. Es entonces una consecuencia lógica, hacer una división entre la “*verdad verdadera*” y la “*verdad procesal*”, siendo la primera una relación fáctica indiscutible entre los hechos acaecidos y lo presentado al juez, mientras que la segunda, es la interpretación hermenéutica que hace el juez sobre lo que posiblemente es la realidad y fue demostrado en el proceso (Salcedo Flores, 2004), de tal forma que, la primera es un ideal al cual deben aspirar los jueces, pero basta con lo que ha salido a la luz en el proceso para materializar la verdad dentro del mismo. De ello que se establezca que desde un principio se debe propender por la búsqueda de la verdad, desde diversos parámetros (Zamora-Acevedo, 2014), entre ellos la correspondencia y la coherencia.

Correspondencia: La verdad es aquello que tenga correspondencia con la realidad. Por ello, si el significado de un enunciado o un pensamiento describe los hechos según la manera en que se interpreta la realidad (Guzmán, 2006, p. 41), entonces dicho enunciado corresponde a los hechos, y, en consecuencia, es un enunciado verdadero. “Verdad es coincidencia. Tal coincidencia se da porque el enunciado se rige conforme [a] aquello sobre lo cual dice...” (Heidegger, 2007, p. 14), esta sería la conocida como “verdad verdadera”.

Coherencia: Esta teoría parece ser la que se utiliza en el discurso jurídico penal, ya que el proceso penal se encamina en la búsqueda de la verdad en la determinación de los hechos, los cuales “no son más que enunciados asertivos de los que se predica la verdad” (Gascón Abellán,

2010, p. 50). La coherencia es un método que busca alcanzar la verdad en el proceso, mediante una función persuasiva o de convencimiento propio del juez:

La verdad procesal (judicial) es la que busca y encuentra el juez en un procedimiento en que se enfrentan dos discursos contradictorios (o verdades rivales), de un lado la del reclamante y de otro lado la del demandado, el primero afirma que el derecho lo autoriza a recibir del segundo un pago: dar, hacer, no hacer; mientras que el segundo se resiste, sosteniendo un argumento contrario: niega los hechos, el derecho o la procedencia del reclamo. (Salcedo Flores, 2004, p. 282)

De manera que, si bien no es una fórmula “lógica” atendiendo al método científico para hallar la verdad, sí es un método válido en el ejercicio de la práctica judicial.

Autores como Salcedo Flores (2004), afirman que cada sociedad refleja su grado de civilización en las instituciones y métodos de los que se vale para hallar la verdad (p. 282). El momento histórico de cada nación precisa la clase y práctica de sus pruebas. Actualmente, la base científica en la práctica de las pruebas resulta insuficiente por sí sola, pues la actividad probatoria debe contextualizarse y desarrollarse en un marco de objetividad y seguridad a favor del proceso, el cual se garantiza mediante la interdisciplinariedad de las diferentes ciencias, artes y oficios, es decir, qué sucedió, cómo sucedió y quién lo hizo o, por lo menos, a quién se le señala como sospechoso, así entonces, el proceso se ve como un método para “conocer y alcanzar la verdad” (Zamora-Acevedo, 2014).

De lo anterior, que cuando un juez debe fallar en derecho sobre un caso, como el de un caso contra la libertad, integridad y formación sexual, no se le puede exigir una verdad material o verdad verdadera, sino que, de conformidad con las pruebas, las reglas de la lógica y la sana crítica, este llegue a una conclusión que permita, para el ordenamiento jurídico, dar razones que den lugar

a un acercamiento de la verdad procesal hacia la verdad material y, en tal sentido, que su convencimiento más allá de toda duda razonable tenga motivos fundados y unos hechos y pruebas sólidas que respalden su sentencia.

Sintetizando y para dar respuesta al planteamiento hecho previamente sobre la convicción social de que justicia y verdad son equivalentes, es preciso retomar que la verdad no puede ser estudiada en forma aislada, es decir, que no se puede determinar la responsabilidad penal de un sujeto procesal, tomando tan solo como base de juzgamiento el resultado de la prueba o análisis derivado de una práctica probatoria, sin, por una parte, poner en contexto los hechos en atención a las circunstancias de modo, tiempo y lugar y, por otra, valorarla en relación con los elementos argumentativos de las partes en contienda, pues de lo contrario se estaría frente a un hecho indicador no a una prueba. Al respecto, señala la Corte Constitucional de Colombia (1994) que:

El indicio es un hecho material que permite mostrar otro o que sirve para formular una conjetura; es un punto de partida para construir una prueba, pero aisladamente no sustituye a la prueba misma. Su característica relacional impide que sea tratado como hecho puro bajo la lógica formal-silogística.

En adición, Rodríguez Bejarano (2011) refiere que “el indicio es siempre incompleto, por lo tanto, debe permanecer como elemento de interpretación y ponderación de otras circunstancias, no como una verdad o como un axioma independiente” (p. 32).

Se ha dicho que las técnicas de indagación e investigación son parte integral del conjunto de herramientas legales que permiten el desarrollo de la actividad judicial para alcanzar la verdad; Así mismo, cada técnica de investigación ostenta diferentes categorías de acuerdo con su potencial capacidad de afectar el respeto de los derechos fundamentales; teniendo en cuenta el objeto central

de este trabajo se hará énfasis en la efectividad de las medidas de intervención corporal, como prueba que lleva a la verdad, en algunos delitos de naturaleza sexual.

Límites a la verdad procesal, especial referencia a los delitos sexuales

La verdad procesal tiene una íntima relación con la prueba, partiendo de que esta es el medio que busca comprobar los hechos (Giacomette F., 2013), pues es fundamental llegar al conocimiento de la verdad a través de la prueba y, a su vez, esta debe realizarse por medios regulados legalmente y legitimados por normas jurídicas, a fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y establecer un límite al ejercicio del Estado del *ius puniendi* al interior de la actuación procesal (Laudan, 2013).

El papel del juzgador en el proceso penal, entre otros, consiste en “elaborar el estado de los hechos” (Doring, 1996), puesto que, en el proceso penal lo primero es determinar los hechos que dan lugar a la comisión del punible y, después, establecer la existencia del injusto culpable, a cuenta de poder alcanzar la verdad procesal. Es por eso que, tal y como afirma Taruffo (2008), “los hechos han de ser establecidos correctamente, tomando como base los elementos de prueba relevantes y pertinentes, como una condición necesaria para la correcta aplicación de las normas jurídicas sustantivas” (p. 10).

La cuestión en la búsqueda de la verdad procesal en los delitos sexuales o el de la clarificación de los hechos sujetos a investigación penal mediante la toma de muestra de fluidos corporales con fines de identificación de ADN, es la confirmación de los supuestos, para lo cual se analiza la prueba y se requiere, además, de una correspondencia en el resultado del cotejo de la información genética (hallazgo de indicio en el cuerpo o pertenencias de la víctima o en el lugar de los hechos y la toma de muestra del perfil genético del sospechoso) que sea compatible con las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos. Lo anterior significa que lo relevante para

la búsqueda de la verdad en el proceso penal se basa en el hecho probado, que da lugar a “no más que enunciados asertivos de los que se predica verdad” (Gascón Abellán, 2010, p. 50).

Ahora bien, en el sistema probatorio, el principio de libertad probatoria indica que se permite la utilización de cualquier medio probatorio, estableciendo como límite (i) aquellos que expresamente se encuentren prohibidos y, (ii) aquellos que pongan en peligro las garantías fundamentales de los involucrados al interior del proceso, es decir, “la libertad de la prueba no implica tampoco una libertad de procedimiento, ya que para la recepción de la prueba debe seguirse el procedimiento establecido por la ley” (Llobet R., 2012, p. 341).

Dicho lo anterior, hay que plantearse el conflicto entre la búsqueda de la verdad procesal y la defensa de las garantías constitucionales, los criterios usualmente empleados para justificar la prevalencia de un derecho fundamental sobre otro, en un caso concreto, han sido la relevancia del derecho afectado, la gravedad del delito que se juzga, el interés de la comunidad en general, la existencia de garantías alternativas y el grado de fiabilidad de la prueba obtenida. El conflicto se acentúa cuando es determinante la práctica de la prueba para establecer la responsabilidad penal del procesado, lo que en materia de delitos sexuales acostumbra a suceder.

En conclusión, la verdad procesal como fin del proceso penal debe desarrollarse dentro del marco de constitucionalidad que garantice el respeto a los derechos fundamentales de los involucrados y es por eso que, hoy en día, la posición preponderante apoya el sistema de ponderación como mecanismo para dirimir el conflicto, valorando mediante un método de peso las razones a favor de la admisibilidad de la prueba que pone en riesgo el ejercicio de derechos fundamentales de los involucrados en el proceso *vs* la verdad procesal.

La verdad procesal, más aún cuando se trata de delitos sexuales, no puede operar de manera absoluta, ella tiene unos límites que deberán tenerse en cuenta, especialmente los relacionados con

la afectación de derechos fundamentales que se manifiestan en el campo jurídico procesal, como por ejemplo, (i) la importancia de separar entre actos de prueba, que tienen como objetivo persuadir al juez sobre la ocurrencia de los hechos que sostienen su teoría del caso, y los actos de investigación, que son aquellos tendientes a hallar y comprobar hechos, (ii) determinar si es procedente la práctica de intervenciones corporales, en el caso objeto de estudio para la toma de muestra de sangre o semen, y que de dicha muestra se derive una prueba pericial científica, y finalmente, (iii) la necesidad de estandarizar los procesos de identificación personal mediante pruebas de ADN, por medio de la política legislativa.

Otro factor importante tratándose de límites a la verdad procesal, es el empleo de técnicas para el análisis de ADN con fines de identificación personal. Si bien, es cierto que el perfil genético ofrece criterios diferenciadores para la identificación de personas, es evidente que la validez de la prueba está ligada a que su realización se lleve a cabo de acuerdo con los parámetros técnicos establecidos por la comunidad científica, que se garantice el aislamiento de la toma de la muestra para evitar la contaminación de esta, y que la prueba se practique por personal de la salud calificado.

Actualmente, el principio de proporcionalidad se ha consolidado como fundamento de constitucionalidad para determinar la procedencia o no de la práctica de medidas de intervención corporal, en el caso de esta investigación por toma de muestras de sangre o semen, con fines de identificación personal mediante ADN. Para operar este principio se tiene el test de ponderación, herramienta jurídica que permite “sopesar” los intereses de los extremos del litigio, enfrentando derechos fundamentales como la intimidad, integridad física, la no autoincriminación en el caso del procesado, con los derechos de la víctima, como la verdad, justicia y reparación. La

proporcionalidad radica entonces en que la medida que se tome en el curso del proceso penal sea idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Cuando se trata de establecer la procedencia de intervenciones corporales para la obtención de muestras de semen o de sangre en delitos sexuales, hay una conexión necesaria entre derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad (Atienza, 2019), en la medida que aquel que prevalece en un caso concreto, debe justificar el sacrificio del otro. Como se mencionó al principio de este trabajo, se analizarán otras posibles alternativas al test de proporcionalidad.

Capítulo III. Normas rectoras en controversia por la aplicación de medidas de intervención corporal en el cuerpo de la víctima o el imputado en delitos sexuales

En el proceso penal resulta tan importante esclarecer la verdad (clarificar los hechos), como respetar los derechos fundamentales, ya que es muestra de garantía de un debido proceso y, en consecuencia, evidencia lo que es un estado constitucional de derecho. Por regla general, y máxime cuando la norma se encuentra en abstracto, la armonía del sistema permanece, empero, en casos más difíciles, se hace visible la tensión entre la búsqueda de la verdad procesal y la tutela de los derechos fundamentales, agregando a ello el interés general de la comunidad sobre el caso en curso (Torres, 2013).

En los casos en que la búsqueda de la verdad procesal y la protección de los derechos fundamentales apuntan en diferentes direcciones, como por ejemplo en delitos de violencia sexual, donde la toma de muestra de fluidos corporales con fines de identificación de ADN puede ser la pieza clave para determinar la responsabilidad penal del presunto sospechoso de los hechos, resulta necesario preguntarse, en primera medida, cuáles garantías constitucionales entran en pugna con el concepto de verdad procesal (Lubanga, 2007) por poner potencialmente en peligro dichas

garantías, tras la práctica de medidas de intervención corporal en el cuerpo de la víctima o del imputado, en los delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual.

Los derechos fundamentales que se ven potencialmente afectados por la toma de muestra de sangre o semen en delitos de violencia sexual. Sobre esto se ha dicho en nuestro ordenamiento, más exactamente por la Corte Constitucional en la sentencia que se avisa desde la introducción de este trabajo (C-822 de 2005) que los derechos fundamentales afectados son:

"En el caso de las medidas corporales bajo estudio, éstas implican la afectación o restricción de los derechos:

- a. la intimidad, por cuanto su práctica envuelve que ciertas partes del cuerpo culturalmente ocultas a los ojos de los demás, puedan ser objeto de observación, tocamientos o exploración;
- b. la dignidad, porque esa exposición puede resultar humillante o degradante;
- c. la integridad física, porque en algunos casos tales medidas pueden conllevar el empleo de agujas, instrumental médico o procedimientos médicos que pueden afectar la integridad corporal o la salud del individuo;
- d. no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, porque en ciertos eventos se somete a las personas a procedimientos que pueden causar dolor o ser en sí mismos degradantes;
- e. la autonomía, porque las normas autorizan que dichos procedimientos puedan ser adelantados aún contra la voluntad de las personas.
- f. no autoincriminarse, si el elemento material probatorio buscado pasa por exigir que el imputado revele una evidencia que es decisiva para determinar su responsabilidad; y
- g. a la libertad de conciencia, si la práctica de la medida es contraria a las creencias religiosas o filosóficas del imputado."

No obstante, por razones de delimitación temática, este trabajo solo se concentra en el derecho a la intimidad y, dentro de este, la intimidad genética y la no autoincriminación. De

conformidad con el anterior enunciado, se procede a estudiar más detenidamente los derechos fundamentales afectados.

Principio de no autoincriminación

El derecho a la no autoincriminación se contempla en el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia [C.P.C]: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

De lo anterior, el derecho a la no autoincriminación se entiende como la garantía a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo, es decir, el procesado no está obligado a ayudar en su incriminación, pues la carga de la prueba es para el ente fiscal como se señala en el artículo 250 de la C.P.C. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), en ese mismo sentido, el derecho se hace extensible hasta el 4º cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil. De esto se colige, que a diferencia del derecho a la intimidad que puede verse vulnerado tanto para la víctima, como para el procesado por la toma de muestra de semen y de sangre, el derecho a la no autoincriminación solo puede resultar contrario a los intereses de este último.

Partiendo del concepto de que prueba es “la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas establecidas en la ley” (Gorphe, 1995, p.251), y de la necesidad de establecer la identidad de quién llevó a cabo la conducta punible (Núñez, 2009), puede afirmarse que la prueba tiene como finalidad obrar como elemento de convicción jurídica para hallar la verdad al interior del proceso penal, de esta manera, el principio de no autoincriminación se establece como un límite a posibles arbitrariedades o excesos del poder del Estado en ejercicio del *ius puniendi*. Entonces, se debe encontrar y presentar ante el juez evidencia

que le permita lograr el grado de convencimiento correspondiente en la etapa procesal en que se encuentre, hasta llegar a una sentencia (González, 2011).

Hace algunos años, la prueba “reina” para alcanzar la verdad de los hechos y encontrar el responsable era la confesión, por lo tanto, los métodos que llegaron a validarse para obtenerla hoy día configuran la prohibición de tratos crueles e inhumanos y actos de tortura (Sarró, 2009), y es por este motivo que se concede, en el marco de la constitucionalización del derecho penal, la garantía fundamental de la no autoincriminación (Hendler, 2004). Lo dicho hasta aquí supone que “la garantía de no autoincriminación es una manifestación concreta de la presunción de inocencia y el derecho a la defensa” (Nogueira, 2007, p.152).

Conforme a lo expuesto, se puede afirmar que la garantía de no autoincriminación funge como un límite a la coacción por parte de las autoridades del Estado e implica una doble restricción, a saber, protege a las personas involucradas en el proceso penal de cualquier abuso o arbitrariedad de las autoridades a cargo, y protege al imputado como tal de ser usado como fuente de prueba en el proceso penal, evitando que se ejerzan sobre él actos que constriñan su declaración (Sarró, 2009).

La protección del derecho a la no autoincriminación no solo consta en la normatividad de orden nacional, sino también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se refiere que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a confesarse culpable” (Naciones Unidas, 1966, artículo 14 N.º 3, letra g).

Ahora bien, hablar del derecho a la no autoincriminación en el plano de las pruebas que implican una toma de muestra de semen o sangre del sospechoso o indiciado, resulta un tema espinoso, y es lógico pensar que se restringe este derecho cuando se le obliga mediante una orden

judicial a la práctica de este tipo de pruebas, esto es, se le fuerza a aportar evidencia al proceso (por toma de muestra de fluidos corporales con fines de identificación de ADN) en contra de su voluntad, para su propio enjuiciamiento, cuestiona si implica el reconocimiento de unos hechos que acarrear consecuencias que pueden ser jurídicamente desfavorables al procesado, aunque al respecto ha manifestado la Corte Constitucional en Sentencia C-822 de 2005:

No se vulnera la garantía de la no autoincriminación, ya que no estamos en presencia de declaraciones o manifestaciones que deba realizar el imputado en su contra. (...) cuando ello no se logre, y el imputado persista en oponerse a la práctica de la inspección corporal, es necesario que el juez de control de garantías revise la legalidad de la medida y defina las condiciones bajo las cuales puede ser llevada a cabo la inspección corporal, a fin de que en su práctica se reduzca al mínimo posible la incidencia de la medida sobre este derecho.

Lo anterior “restringe” el rango de protección del derecho a la no autoincriminación, a la realización de manifestaciones verbales o escritas que puedan perjudicarlo y sean en contra de su voluntad (Quiroga, 2017). Otras posturas son partidarias de que la práctica de medidas de intervención corporal, en forma alguna, afecta el ejercicio del derecho a la no autoincriminación, ya que, lo que se pide al procesado es que tenga una actitud pasiva, de tolerancia frente la ejecución de estas (Gullco, 2012). Una última posición y más radical, asegura que bajo el amparo de este derecho el imputado no puede ser coaccionado a rendir o prestar ninguna ayuda que pueda acarrearle resultados desfavorables en el proceso (Córdoba, 2013).

En una postura más restrictiva, podría decirse que la garantía de no autoincriminación desaparece por completo, toda vez que no representa un amparo en forma alguna para el procesado, convirtiéndolo en el objeto investigado (Maier, 2016). Por otra parte, el debate resulta más

complejo desde las posturas intermedias que afirman que el procesado debe tolerar la persecución penal y, por consiguiente, las actuaciones que resulten necesarias para el esclarecimiento de los hechos, aduciendo que esto no convierte al imputado en un objeto de prueba, sino en un sujeto de prueba (Tapia, 2008).

A pesar de las diferentes posturas doctrinales en torno al principio de no autoincriminación, la posición actual en la legislación colombiana es que las medidas de intervención corporal no vulneran la protección del imputado a no autoincriminarse, pues no se entiende como una declaración en el sentido estricto del término (Corte Constitucional, 2005, Sentencia C-822). Si bien es cierto lo manifestado por la Corte, ello no significa que sea admisible la práctica de toma de muestras de fluidos corporales con fines de identificación de ADN (sangre o semen) sin estudiar cuidadosamente su procedencia en el caso concreto a la luz de esta garantía constitucional, pues como se advirtió al inicio de este acápite, todas las garantías constitucionales forman una red de protección contra el ejercicio arbitrario del poder, de ahí, que el respeto a cada uno de los derechos fundamentales reafirme el Estado Social de Derecho.

Principio de intimidad

El artículo 15 de la Constitución Política de Colombia de 1991, hace referencia a que:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlo respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos y en archivos de entidades públicas o privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Desde una concepción liberal, la autonomía de la vida privada representa una frontera que marca límites a la autoridad y es necesaria para el desarrollo de la autonomía individual y de las personas, de modo que bajo esta ideología “los valores individuales son superiores a los colectivos y el individuo decide su destino y hace historia” (Pelayo, 1950, p. 59). Con la evolución del derecho y de la sociedad, el derecho a la intimidad se ha expandido y se ha transformado para ajustarse a las nuevas dinámicas sociales, por lo que actualmente se entiende como la potestad de todo individuo a tener una vida privada y, en su núcleo esencial, lleva las características que hacen del sujeto un ser único, auténtico y diferente de los demás (Bernal, 2006).

Una de las primeras referencias del derecho a la intimidad tiene lugar en Estados Unidos, en el caso analizado por Warren & Brandeis (Bernal, 2006), donde se trata la ascendente intrusión de medios de comunicación en la vida privada de los sujetos; una vez llegó a término el juicio, el Juez Cooley concluyó que el derecho a la intimidad se resume en: “el derecho a ser dejado en paz”. Por lo tanto, se puede afirmar que este derecho se compone de una doble esfera, por un lado, la intimidad corporal y, por otro, la intimidad personal.

Teniendo en cuenta que el derecho a la intimidad tiene un carácter personalísimo, es claro que su forma más evidente es el ejercicio de la voluntad de los individuos para determinar el acceso a su propio cuerpo (Martínez de Pisón Cervero, 1994). Vale mencionar a propósito que el Tribunal Constitucional de España (1996), en Sentencia 207 de 1996, diferencia el derecho a la intimidad atendiendo al grado o ámbito de afectación, es decir, dependiendo de qué tan invasiva resulte la práctica de la medida. Lo anterior significa que, la clasificación que determina el grado de afectación de los derechos fundamentales, como, por ejemplo, el derecho a la intimidad se hace atendiendo a las zonas del cuerpo que deban intervenir para obtener la prueba o el riesgo de salud que represente para quien soporte la práctica de la medida.

De esta forma, los actos de investigación que requieren la toma de muestra de sangre o semen, bien sea del cuerpo del procesado o del de la víctima, implican necesariamente una afectación del derecho a la intimidad corporal; no obstante, hay quienes cuestionan si esta realmente se ve afectada cuando se pide, por ejemplo, a una persona que abra la boca para tomar una muestra de saliva (Romeo Casabona & Romeo Malanada, 2010), en la medida que consideran que este tipo de prácticas, resultan poco invasivas ya que no involucran zonas que invadan el pudor personal, no se afecta la salud del sujeto que soporta la práctica de la medida, ni se exponen al escrutinio público los hallazgos procedentes de la misma.

Otras posiciones más radicales afirman que la violación del derecho a la intimidad corporal de los sujetos no depende del grado de injerencia que tenga la medida sobre su cuerpo, basta con que no se consienta la práctica de esta, ya que se parte del punto de que el cuerpo es “patrimonio” exclusivo de la persona (Huertas Martín, 1999). Se asume esta postura, ya que se entiende el cuerpo como un elemento físico que identifica a la persona (imagen), y que, al mismo tiempo, la iguala y diferencia de sus semejantes, es decir, de aquellos con quienes convive (identidad) (Freire, 2011). “El cuerpo humano es la expresión de la propia persona en este proceso de autodeterminación, tanto para atribuir contenido a su integridad física como para delimitar las coordenadas de su orientación síquica” (Cifuentes, 1995, p. 338), motivo por el cual es un elemento esencial de la dignidad humana y, como tal, es inviolable.

En el ámbito de la práctica de medidas de intervención corporal que requieran la toma de muestras de sangre o semen, ya sea del cuerpo de la víctima o del procesado en delitos de violencia sexual, se manifiesta más tensión entre los derechos del procesado y el interés de la víctima y de la sociedad por investigar los hechos de una posible conducta constitutiva de delito (Narváez, 2003). En los delitos de violencia sexual, la prueba más usual es la de inspección corporal, esto a

causa de la confiabilidad en los procesos científicos que anulan casi por completo el margen de error, no obstante, la implementación de este tipo de medidas puede afectar el derecho a la intimidad corporal, tanto del procesado como de la víctima, por lo anterior, la ley colombiana establece la obligación de solicitar ante el juez de control de garantías la autorización para la toma de muestra de fluidos corporales con fines de identificación de ADN, en caso de que se cuente con autorización o consentimiento expreso, con el objeto de realizar un cotejo con las muestras halladas o muestras de material genético hallados en el cuerpo o las pertenencias de la víctima o en el lugar de los hechos. En este orden de ideas, sería lógico pensar que, si la intervención corporal es legitimada por intermedio de orden judicial y no mediante el consentimiento expreso de quien soportará la ejecución de la medida, el cuerpo mismo del procesado o de la víctima se convierte en fuente de prueba, haciendo del hombre un medio y no un fin en sí mismo.

En lo relativo a la intimidad personal, el contenido es un poco más amplio, pues, como se mencionó anteriormente, la autonomía individual hace referencia a un ámbito donde cada persona puede realizar un plan de vida y desarrollarse sin la intervención de terceros extraños. Al respecto, puede afirmarse que, en ocasiones, la ejecución de una medida que implique la toma de muestra de sangre o semen en el cuerpo del procesado o la víctima llegaría a afectar no solamente la intimidad corporal, sino también la intimidad personal, considerando su finalidad, esto es obtener información de quien soporta la imposición de la medida y que, posteriormente, alimentará bases de datos generando un perfil sobre el individuo.

Esta doble esfera del derecho a la intimidad, debido al avance de la tecnología, se ha ampliado hasta el campo de la intimidad genética (Romeo Casabona & Romeo Malanda, 2010) que, como se mencionó en líneas anteriores, busca cotejar el resultado de la toma de muestra de fluidos corporales con fines de identificación de ADN realizada a la muestra obtenida del cuerpo

de la víctima o al procesado, con las muestras halladas en el lugar de los hechos, con la finalidad de generar bases de datos donde se almacena la información del perfil genético de los procesados. De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que el derecho a la intimidad no solo se puede vulnerar como una transgresión física al cuerpo humano, sino que también depende del objetivo que tenga la misma y de la información que de ella pretende obtenerse (Huertas Martín, 1999). Por este motivo se puede deducir que la práctica de intervenciones corporales que busca realizar exámenes de ADN comprende dos momentos (Pérez Marín, 2008), (i) la toma de la muestra del material biológico y, (ii) el análisis que posteriormente debe realizarse a la muestra, pues hasta el momento de la mera extracción no se recibe de ella ninguna información relevante para la investigación y el proceso, solo se ha accedido a la información genética de a quien se le realizó la toma de muestra de fluidos corporales con fines de identificación de ADN. De aquí que la ley exija que quien solicita la práctica de esta medida, sustente su necesidad.

La intimidad como derecho fundamental de los individuos es de absoluto dominio personal y hace parte de la autonomía de la voluntad de los sujetos, por lo que en principio cualquier afectación a su libre ejercicio requiere de su consentimiento, pues de no ser así, se estaría restringiendo consigo el derecho a la dignidad humana ya que, en el contenido de este derecho se comprende un espacio de libertad donde cada individuo pueda desarrollar su personalidad y plan de vida (Quiroga, 2017); sin embargo, el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), señala que es posible “suplir legalmente” la negativa del consentimiento del procesado con la intervención del juez de control de garantías, siempre y cuando el órgano fiscal sustente la necesidad de la medida (Mojica & Londoño, 2020).

Asimismo, el artículo 249 del Código de Procedimiento Penal (Congreso de la República, 2004), desarrolla con más exactitud la norma constitucional manifestando que cuando el delegado

fiscal vea necesaria la obtención de muestras que involucren al imputado y este no dé su consentimiento para la práctica de la misma podrá solicitar ante el juez de control de garantías la autorización, y aclara que, en cualquier caso, la presencia del abogado defensor del imputado será obligatoria, a efecto de velar por el respeto a las garantías constitucionales.

La Corte Constitucional Colombiana ha reiterado que en la obtención de muestras que requieran intervenir el cuerpo del imputado o la víctima, indefectiblemente se verán limitados y vulnerados los derechos y garantías fundamentales de los sujetos, de modo que, para determinar la procedencia de la intervención este órgano constitucional se acogió al test de proporcionalidad como herramienta jurídica para determinar la procedencia de estas medidas, con el propósito de realizar un cálculo que responde a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, en consecuencia, es necesario analizar con detenimiento la forma en que estos criterios están siendo aplicados, para determinar si conducen a una mera maximización de resultados de fiabilidad que regularmente se esperan de los resultados por toma de muestra de fluidos corporales con fines de identificación de ADN.

Pese al ejercicio del test de proporcionalidad como herramienta hermenéutica, que determina si es procedente la práctica de medidas de intervención corporal en el marco de un caso concreto, atendiendo a criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cabe resaltar, que se debe entender de una vez por todas que el derecho a la no autoincriminación no es una mera convicción vocativa, sino que, además, se compone de toda manifestación del imputado directa o indirecta, física o verbal, y en consecuencia, no se puede restringir la protección constitucional a la negativa derivada exclusivamente de sus cuerdas vocales, sino a su integridad y la capacidad que tiene el ciudadano de rechazar la pretensión punitiva del Estado, ya que, la presunción de inocencia cobija a todo ciudadano hasta terminar el proceso penal, y es obligación

de este, desplegar todos los medios necesarios para encontrar la verdad procesal, sin afectar los derechos fundamentales de las partes involucradas en el proceso. El mero test de ponderación no sólo limita, sino que desfigura el artículo 33 de la Constitución Política al solicitar (en contra de la voluntad de las partes en el proceso, ya sea la víctima o el procesado) la toma de muestras de fluidos corporales para realizar cotejos de ADN, obligando, de alguna forma, a que el cuerpo del acusado testifique en su contra (Mojica & Londoño, 2020, p. 17).

Capítulo IV. Las problemáticas del uso test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad es una herramienta hermenéutica que tiene su origen en los tribunales de Estados Unidos, Alemania y España. Tras la constitucionalización del derecho colombiano en 1991, se dio a partir de la Ley 600 de 2000 (Congreso de Colombia, 2000) y posteriormente, con la Ley 906 de 2004 (Congreso de la República, 2004), un nuevo enfoque al desarrollo del proceso penal, así como en la obtención de pruebas para alcanzar la verdad procesal. En virtud de lo anterior, el ejercicio del control de constitucionalidad (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 241) que garantiza la legalidad y legitimidad de los actos procesales, se vale del test de ponderación para determinar con mayor razonabilidad la preeminencia de unos derechos fundamentales sobre otros en un caso concreto (González, 2014), por lo tanto, no solo debe ser legítima la autoridad que profiere la decisión, sino también, el cómo se toma esa decisión (Guarín, 2013).

Quienes comparten la aplicación del test de proporcionalidad como herramienta hermenéutica de mejor razonabilidad, apelan a que esta técnica ofrece criterios de objetividad que se ajustan a una técnica argumentativa, lo que dota a las sentencias de un mayor grado de fundamentación y calidad. No obstante, los detractores de esta línea afirman que es “un paraguas propicio bajo el que una mayoría incapaz de ponerse de acuerdo en un razonamiento auténtico puede superar sus discrepancias” (Tribunal Supremo de Estados Unidos, 1985, pp. 369-371).

Otros críticos como el ex magistrado de la Corte Constitucional, Jaime Araujo Rentería (2006), señalan que el test de proporcionalidad es una técnica que carece de objetividad y resulta caprichosa en cuanto a la interpretación del juez de turno (Araujo Rentería, 2006). En igual medida, siguiendo a Justice Scalia, el test de proporcionalidad es una técnica meramente especulativa, que

deja un gran espacio a la discrecionalidad judicial (Tribunal Supremo de Estados Unidos, 1988, p. 897).

Para profundizar un poco más en este tema, se analizará la Sentencia C-822 de 2005 (Corte Constitucional de Colombia, 2005), en lo relacionado con los parámetros para la aplicación del test de proporcionalidad. La proporcionalidad como herramienta de interpretación constitucional tiene una doble cara, en primer lugar, la prohibición de exceso que hace mención a la limitación en el ejercicio del poder público en relación a los derechos fundamentales de los ciudadanos; y en segundo lugar, la denominada prohibición por defecto, que hace referencia a la obligación del Estado de proteger los derechos que garantizan el orden social; el método que permite la materialización del principio de proporcionalidad es la ponderación.

Los parámetros de la Sentencia C-822 de 2005

Lo primero que hay que decir es que la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) le concede al legislador la potestad de crear normas y regular procedimientos, en virtud de ello, el legislador puede instituir distintos procedimientos para el juzgamiento y tratamiento de los delitos, pero a su vez, el intérprete debe fundamentar sus decisiones en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, tales como, el daño generado sobre el bien jurídicamente tutelado, la gravedad de la conducta punible, la afectación y el impacto que tenga el delito en el interés general y el orden social, entre otros.

El principio de proporcionalidad es uno de los criterios interpretativos con los que cuenta el operador jurídico, este es una construcción de la jurisprudencia constitucional, que responde a la interpretación y al sentido epistemológico de la concepción del Estado Social de Derecho, el principio de dignidad humana, el establecimiento de la responsabilidad por parte de las autoridades

públicas de no extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, el respeto a los derechos fundamentales, el debido proceso y demás. Al respecto en la Sentencia C-916 de 2002 se dijo:

En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional – unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución –, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. (Corte Constitucional de Colombia, 2002)

En este orden de ideas, la proporcionalidad es el método que permite un ejercicio juicioso de ponderación, es un instrumento de interpretación y una herramienta de control constitucional que busca resolver las tensiones entre derechos fundamentales, llamados a regular y proteger la integridad, y los intereses de los involucrados en un caso concreto.

En materia de derecho penal, la función del principio de proporcionalidad es mucho más contundente en la medida que establece límites claros al ejercicio del *ius puniendi*, toda vez que involucra la protección de derechos fundamentales, y la concreción de medidas y fines estatales que colisionan en los denominados casos difíciles.

De este modo, se puede afirmar que, la proporcionalidad entendida como herramienta de interpretación constitucional, tiene una doble función, de un lado, la de prohibición por exceso, que hace referencia a la limitación del poder público cuando se pueda ver afectado el libre ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y de otro, la de prohibición por defecto, que comporta el cumplimiento de los fines esenciales del estado que garantizan el orden social.

Se ha traído a colación este principio, porque es justamente el que se aborda en la Sentencia C-822 de 2005, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa (Corte Constitucional de Colombia, 2005), pues en el marco de la aplicación de las medidas de intervención corporal en la víctima o el imputado por la toma de muestras de sangre o semen en delitos contra la libertad e integridad sexual, la Corte Constitucional estableció en la mencionada decisión, que el principio de proporcionalidad es una herramienta de control constitucional que filtra la procedencia y aplicación de las medidas de investigación necesarias para la solución de un caso concreto, de cara al interés público de la indagación de un delito, el bien jurídico tutelado, la protección de los derechos de las víctimas y del procesado, y el interés de los involucrados en el proceso de no ser sometidos a restricciones en el ejercicio de sus derechos.

De conformidad con lo previamente expuesto, se puede decir que, de un lado se tiene que la toma de muestras de sangre o semen puede conllevar a la exposición de partes íntimas del cuerpo del procesado o de la víctima, lo que restringe potencialmente el ejercicio de los derechos a la intimidad y autonomía personal, integridad física y dignidad humana. Por la entidad que comportan los derechos que entran en pugna por la comisión de delitos contra la libertad e integridad sexual, corresponde al juez de control de garantías realizar un test de ponderación con miras a determinar la procedencia de una medida de intervención corporal por toma de muestra de sangre o semen en el procesado o la víctima con fines de identificación de ADN.

Sobre esto, la Corte Constitucional de Colombia (2005) explica:

La potencial incidencia grave de los derechos del imputado. Por lo tanto, corresponde a la Corte aplicar un juicio de proporcionalidad estricto. Ello implica que los fines deben ser imperiosos, los medios no sólo idóneos sino además necesarios para alcanzar dichos fines y que las medidas no conlleven una limitación desproporcionada de los derechos del

imputado, frente a los fines buscados. Este juicio se hará en abstracto, sin perjuicio de que cada juez de control de garantías pondere en las circunstancias de cada caso y concluya cuándo es procedente autorizar su práctica por ser adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Con respecto a los parámetros de aplicación del test de proporcionalidad, la providencia indica que, debido al potencial grado de afectación que para el ejercicio de los derechos fundamentales puede representar la práctica de diligencias de naturaleza probatoria, tales como, los registros corporales, las inspecciones corporales y la extracción de muestras corporales que involucren al imputado o a la víctima, se han clasificado estas diligencias en dos grupos, aquellas que requieren de control previo (capítulo III, artículo 246 y ss.) (Congreso de la República, 2004), y aquellas a las que se les puede hacer control posterior (capítulo II, artículo 213 y ss.) (Congreso de la República, 2004).

De acuerdo con la Sentencia C-822 (Corte Constitucional de Colombia, 2005), la autorización de intervención corporal para la toma de muestra de sangre o de semen, requiere de la aplicación del test de proporcionalidad por parte del juez de control de garantías, este, por lo tanto, está obligado a ponderar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida en sentido estricto.

Frente a la idoneidad, la Corte indica que se debe establecer una relación que explique la medida adoptada de acuerdo con el fin buscado, de modo que la disposición resulte adecuada para alcanzar dicho fin (Corte Constitucional de Colombia, 2005).

Con respecto a la necesidad, apunta a que la medida ordenada sea aquella opción que afecte en menor grado las garantías constitucionales o aquella que no evite sin justificación la materialización de los fines del Estado, por lo tanto, será menester analizar aquí (i) la gravedad del

ilícito; (ii) si existen motivos razonablemente fundados, esto con el fin de desarrollar un argumento de justificación para la implementación de la medida, y (iii) haber descartado cualquier otro mecanismo que permita un resultado probable semejante, pero con un menor grado de incidencia en el ejercicio de las libertades constitucionales, inclusive, estima la Corporación que es plausible haber agotado primero cualquier otro medio de menor impacto sobre los derechos fundamentales y que haya resultado improductivo e ineficiente.

Por último, en cuanto al principio de proporcionalidad, al tratarse de delitos de orden sexual, resulta más difícil establecer la procedencia de intervenciones corporales ya que entran en pugna los derechos e intereses de la víctima y del procesado, así como el interés general y el orden social, donde el bien jurídicamente tutelado es la libertad, integridad y formación sexual de las personas, motivo por el cual instituciones de escala internacional, como por ejemplo, el sistema de Naciones Unidas, la Comisión sobre la Prevención de Delitos sobre la Justicia Penal de la ONU, entre otros, han estipulado reglas especiales de protección para la víctima con la finalidad de no revictimizarla, cuando las muestras que se necesitan obtener, con fines de identificación genética, provengan de su cuerpo; sin embargo, dichas reglas no suponen la posibilidad de impedir de modo absoluto y arbitrario la ejecución del deber que atañe al Estado de perseguir aquellas conductas que revisten las características de delito y para lo cual deben desplegar acciones encaminadas a la recolección de información significativa para el caso *sub-examine* y la búsqueda de elementos materiales probatorios.

Así las cosas, lo que pretende la Corte Constitucional de Colombia (2005) con esta decisión es que para lograr efectivizar el principio de proporcionalidad, se requiera determinar si la repercusión que sufren los intereses individuales, una vez dimensionada la afectación de los mismos, es proporcional en términos constitucionales y jurídicos a los intereses de la víctima y la

sociedad; y si una vez ponderados se puede concluir que la relación no es desproporcionada, entonces es procedente la práctica de la medida de intervención corporal para la toma de muestra de semen o de sangre.

En suma, la *praxis* de medidas de intervención corporal, que implique la obtención de muestras de fluidos corporales del procesado con fines de identificación de ADN, está sometida a unos requisitos de naturaleza formal y material, que buscan asegurar el respeto de las garantías constitucionales en el marco de la investigación judicial. No obstante, no se pueden perder de vista, los avances que ha dado la ciencia genética y que permiten la aplicación de técnicas cada vez menos invasivas para obtener la lectura más precisa y confiable de información de ADN.

Así las cosas, para la Corte Constitucional de Colombia (2005), la solución para la autorización de la medida de intervención corporal en delitos sexuales se halla en la ponderación de los derechos afectados para determinar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, en este trabajo se considera que la aplicación del principio de proporcionalidad puede generar conflictos constitucionales tanto para la víctima, como para el procesado. Por lo tanto, a continuación, se analizarán algunas posturas doctrinales: la de su máximo promotor, Robert Alexy, una postura intermedia propuesta por Manuel Atienza, y la de Juan Antonio García Amado que critica su aplicación.

Alcance del test de proporcionalidad en Alexy

Para dar paso a la aplicación del test de proporcionalidad, es menester partir de la teoría contemporánea de los derechos fundamentales, donde se diferencian dos tipos de normas, de un lado, las reglas y, de otro, los principios. Las reglas son consideradas como mandatos absolutos, son normas de estricto cumplimiento, no admiten escalonamientos, ni grados en la interpretación

ni la aplicación. Los principios encuadran en la categoría de los derechos fundamentales dada su similitud en cuanto base axiológica del sistema jurídico, además de ser normas que se caracterizan por ser abstractas y generales (Guastini, 2000). De ahí que los conflictos entre principios se expresen como derechos fundamentales y se solucionen mediante el test de proporcionalidad (Bernal, 2007).

En ese sentido, Alexy considera que la ponderación es la herramienta jurídica apta para dirimir los conflictos entre derechos fundamentales, ya que responde a esa diferenciación en la configuración de la norma con categoría de principios mediante la lógica de una “estructura formal” (Ruiz Ruiz, 2012), y es por ello que permite la construcción de estructuras argumentativas de contenido objetivo y previsible, lo que garantiza un análisis del caso concreto que se mantenga dentro de un marco de razonamiento judicial, más no la libra de la discrecionalidad judicial.

Lo anterior representa un límite en la argumentación de la decisión judicial. En atención a las premisas previamente planteadas, cabe resaltar que autores norteamericanos como Guastini (2015), diferencian entre dos sutiles conceptos (a) *constitutional constrution* y (b) *constitutional interpretation*, atribuyendo a la primera acepción la labor realizada por el método de ponderación, al definirla como una herramienta de aplicación e implementación de la Constitución a través de múltiples modalidades, más no como instrumento de asignación de significado para los contenidos constitucionales lo que sí sería un método de interpretación.

En suma, el debate contemporáneo sobre la argumentación constitucional se edifica sobre dos puntos esenciales, en primer lugar, para poner límites al papel del juez constitucional cuando apela a la figura de la ponderación como medio de solución argumentativa en la colisión de derechos fundamentales, y, en segundo, para asegurar la racionalidad de las decisiones a las que este llegue mediante la aplicación del test de proporcionalidad (Mocoroa, 2017).

Para contestar a estas preguntas, se empezará a examinar en detalle la teoría del profesor alemán Robert Alexy, en la aplicación del método de ponderación y cómo se llega a la prevalencia de un derecho sobre otro. El proceso de ponderación implica el cumplimiento de los “filtros” o presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En esta línea de pensamiento, el presupuesto de idoneidad se entiende satisfecho cuando el fin que persiga sea constitucionalmente legítimo, lo que entiende una doble esfera: de un lado, identificar, (i) los derechos fundamentales afectados como constitucionalmente relevantes, y (ii) que la ejecución de la medida adoptada es apropiada para garantizar la protección del bien jurídicamente tutelado, mostrándose como apta para el fin perseguido (Bernal Pulido, 2014).

En cuanto al presupuesto de necesidad, se entiende como la verificación de que la medida a aplicar es la más efectiva y adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente perseguido y, por consiguiente, no existe otra más apta en tanto resulte menos invasiva y/o lesiva para el derecho fundamental intervenido y que tenga la misma adecuación con el fin constitucionalmente perseguido (Alexy, 2005).

En último lugar, se tiene el presupuesto de proporcionalidad, que en palabras de Zavaleta Rodríguez (2014) refiere, “luego que la medida en cuestión ha resistido los análisis de idoneidad y necesidad, corresponde hacer una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia que tiene realizar el fin constitucional de la medida” (Rodríguez, 2014 p. 26). En este orden de ideas, la proporcionalidad en sentido estricto es la que da forma al “plexo” argumentativo que sirve como criterio de justificación para la procedencia de la medida adoptada por el representante judicial, en términos de equilibrio constitucional, entre la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental y la práctica de la medida que lo interviene,

de cara al fin constitucionalmente legítimo implícito en la ejecución de dicha medida (Mariscal Rivera, 2019).

En este contexto, es de resaltar que Alexy (1989), define los principios como mandatos de optimización. Esta afirmación es la que permite el juicio de ponderación, toda vez que implica que los principios son normas de un contenido que debe desarrollarse y cumplirse en el mayor grado que sea posible. La redacción de los principios se realiza de forma abstracta, general e indeterminada, como se ha venido destacando y, en consecuencia, solo se podría hablar de colisión de principios en el evento de referirse a un caso concreto, evento en el cual la propuesta alexiana es valerse de la ponderación para darle aplicabilidad a los derechos fundamentales.

La ponderación se asume como la herramienta de construcción que permite establecer la denominada procedencia condicionada de los principios, toda vez que entre estos no existe una jerarquía, sino que se prefieren unos sobre otros atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, mismas que se valoran mediante el principio de proporcionalidad. La aplicación del principio de proporcionalidad es un ejercicio de racionalidad, por lo que no se separa del criterio de valoración que hace el juez para lograr la decisión judicial (Alexy, 2019), lo que en la posición de los críticos muestra un amplio margen de discrecionalidad judicial y, por consiguiente, puede dar lugar a la arbitrariedad del intérprete (Gorra, 2017; Vergara, 2016; Garzón, 2018).

Dicho de otra forma, la teoría del profesor Alexy se estructura sobre unas exigencias que tienen por objeto ir delimitando el alcance y ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en contienda en el caso que se encuentre bajo observación (Alexy, 2008). Dado que los derechos enfrentados ostentan la misma categoría dogmática, en la práctica de un contexto determinado, un derecho deberá ceder ante el otro (Martínez Cantón, 2007) que parte de su contenido *prima facie*, es decir de su interpretación en sentido amplio (Lopera, 2011).

Lo expuesto hasta aquí explica la tesis de ponderación planteada por Alexy (2008), también llamada “ley de peso”; se asemeja a una balanza que busca equilibrar de un lado el menoscabo de un principio o derecho fundamental, de cara a la importancia de la realización de otro, mediante, (PC) peso concreto (grado de afectación actual de los derechos en conflicto), (PA) peso abstracto (valor que define el principio con base a la norma) y (PS) peso empírico (grado de afectación futura), cada uno tiene diferentes niveles (González Pogo, 2017).

Al margen de la discusión de si la ponderación es una herramienta que opera bajo una fórmula de sentido aritmético para resolver la tensión entre derechos fundamentales, lo que sí resulta seguro es la necesidad de fundamentar de manera racional los elementos que van a justificar la preferencia condicionada de un derecho sobre otro, por lo que en consideración del autor es indispensable conservar la estructura de análisis previamente planteada, pues de lo contrario el ejercicio de ponderación carecería de razonabilidad (Bernal Pulido, 2003).

La ponderación, de acuerdo con Alexy, es la herramienta de interpretación llamada a resolver, de manera razonable, la colisión entre derechos fundamentales, con base en estudio de los subprincipios de adecuación (idoneidad), necesidad y proporcionalidad estructurada, siendo los dos primeros elementos de juicio fáctico y, el último, de orden jurídico (Clérico, 2009).

Visto así, la ponderación es un sistema para la representación de argumentos que busca dar estructura sistemática sobre los diferentes actos de lenguaje que se desarrollan al momento de la argumentación y de las razones allí involucradas. Es justamente esta herramienta interpretativa y argumentativa la que la Corte Constitucional considera más pertinente para analizar los conflictos que surgen en el problema jurídico que se ha venido planteando en este trabajo.

Retomando, la teoría alexiana parte de una premisa que presupone dos operaciones para la aplicación de las normas, a saber, la subsunción y la ponderación. Esta manifestación ha sido

debatida, en especial, por García Amado (2007), quién afirma que los hipotéticos empleados por Alexy para demostrar la aplicabilidad del ejercicio de ponderación revelan de fondo el desarrollo del método de subsunción (García Amado, 2010). Alexy (2019), afirma que tanto la subsunción como la ponderación reconocen un conjunto de supuestos (justificación externa) y a raíz de esta se deduce un resultado (justificación interna); en pocas palabras, el autor señala que la estructura formal de la subsunción y de la ponderación son similares.

Así mismo, en los textos del profesor Robert Alexy se esgrimen las razones que sustentan su afirmación cardinal, toda vez que la subsunción no es un método totalmente racional, hay que acudir a la ponderación que es un método más racional que la subsunción. Se encuentra un común denominador y es cómo lleva al centro del discurso las consecuencias derivadas de dicha afirmación y no el supuesto que le da origen (Garzón, 2018). De esta manera, la primera cuestión es por qué habría de darse por sentada la premisa de mayor racionalidad en el método de ponderación que en el de subsunción.

De otro lado, Alexy define la subsunción, en primera medida, como un proceso mental y, en segunda, como una fórmula que constituye una violación al principio de identidad; por tal motivo, colige que la subsunción como proceso lógico, el formalizable, no formal, desconociendo finalmente la subsunción como proceso, relegándola al ámbito del razonamiento de selección de norma aplicable, mientras que la ponderación cumple con la función de graduar. El principio de proporcionalidad tiene cabida en el entendido de que los derechos fundamentales no son absolutos (Prieto Sanchís, 2003), sino que pueden ser afectados, lo que abre paso a los denominados “casos difíciles” y es aquí donde el método de ponderación tiene una función que trata sobre la correcta puesta en práctica de dichos derechos fundamentales de conformidad con la intensidad de la interferencia (Atienza, 2010), no obstante, cabe preguntarse “¿Cómo se podría demostrar que los

juicios racionales son posibles sobre la intensidad de la interferencia y de los grados de importancia (de los principios) de tal forma que pueda ser racionalmente establecido mediante ponderación?” (Garzón, 2018).

A manera de conclusión, la propuesta alexiana en concepto de sus detractores, presenta inconsistencias a nivel teórico (toda vez que no hay un patrón de racionalidad sólido, no se establece una precedencia de conceptos sistemática y se evidencia una clara violación al principio de identidad frente al concepto de subsunción), y práctico (ya que se revela un alto grado discrecionalidad judicial) lo que pone en vilo la racionalidad de la ponderación como método para la resolución de conflictos entre derechos constitucionales.

La postura intermedia de Atienza en el uso del test de proporcionalidad

En la opinión del profesor Atienza (2013), existen tres formas esenciales de la argumentación jurídica, (i) la subsunción de premisas (premisa mayor-premisa menor y conclusión) que es la aplicación del silogismo judicial (lo que resulta en el concepto del autor reduccionista porque igualmente se sigue en el plano del método deductivo), (ii) la adecuación y, (iii) la ponderación; cada una de ellas opera de cara a diferentes enunciados jurídicos, a saber, una regla de acción, una regla de fin y un principio (Atienza, 1997).

La ponderación es un tema que encuentra su origen en la dicotomía entre la seguridad jurídica, que genera la solución de conflictos entre las reglas, y el concepto de justicia, que exige un análisis de los casos más flexible y elaborado, buscando los principios y valores que subyacen en las reglas.

Entonces, Atienza, M., & García, (2016) plantea las siguientes cuestiones: (i) ¿qué es ponderación?, (ii) ¿cuáles son los casos en los que se requiere ponderar, cómo sabemos que está

justificado hacerlo y se puede evitar? y, (iii) ¿La ponderación es un procedimiento verdaderamente racional?

Con respecto al primer interrogante: ¿qué es la ponderación?, Atienza (1986) dice que se trata de un procedimiento argumentativo que se desarrolla mediante el paso del nivel de los principios al de las reglas, dando origen a una nueva regla y que entra a regir en casos de circunstancias homólogas.

En cuanto a la segunda pregunta, el autor refiere que hay dos eventos puntuales o casos en los que se requiere ponderar, ellos son, (i) la laguna normativa, que equivale a la ausencia de regla que regule el caso concreto y, (ii) la laguna axiológica, esto es, que existe regla pero la solución resulta inadecuada (Atienza & García Amado, 2018), pues se encuentran unos desajustes, entre ellos, (1) entre la regla y las razones que subyacen a esta, (2) entre las razones que subyacen a la regla y los valores y principios establecidos en la norma y (3) entre las reglas que subyacen en el ordenamiento jurídico y otras que proceden de un sistema diferente, como por ejemplo el sistema moral (Shauer, 2004). De tal forma que, en el primer evento, es clara la necesidad de aplicar el test de ponderación, pues en el ordenamiento jurídico no se cuenta con una norma que regule el caso, mientras que en el segundo evento, pese a que existe, no responde axiológicamente a la solución del mismo y aplicar la norma sin que responda a las necesidades del caso *sub-examine*, podría terminar en una arbitrariedad del derecho, aquí es donde toma fuerza la argumentación que es la carga que tiene quién pretende establecer la excepción a la regla. Dicho proceso de argumentación debe ser razonado, de orden jurídico, es decir, referido a criterios de naturaleza pragmática, formal y material.

Finalmente, frente al tercer interrogante, Atienza (2017), califica este proceso como “sentido común jurídico”, ya que entiende la ponderación como un método que se debe

fundamentar en la racionalidad argumentativa, previniendo la arbitrariedad en la aplicación del derecho. Sobre este tópico de racionalidad argumentativa, se encuentra la crítica de Atienza a Alexy, en la medida en que, este último da un valor matemático a los elementos de juicio que constituyen la clave de la argumentación, mostrando la ponderación como una fórmula aritmética carente de contenido axiológico.

En palabras de Atienza & Ruiz Manero (1996), la racionalidad del proceso de ponderación depende un ejercicio juicioso de racionalidad práctica. Esto refiere la construcción de una serie de reglas que emergen del estudio y las soluciones que se van dando a los denominados casos difíciles, reglas que se clasifican en torno a casos cada vez más específicos, y para cada caso concreto, resaltan unas reglas de prioridad en atención a su contexto. Es claro que se puede ponderar mal o bien, no obstante, mientras la ponderación se haga de manera adecuada, la clasificación y las reglas de prioridad derivadas de ese razonamiento ponderativo no serán arbitrarias o subjetivas.

Es de resaltar que Atienza considera que la ponderación es uno de los artefactos que tienen que manejar los juristas, especialmente los magistrados de tribunales constitucionales, pero su uso debe ser moderado y responsable. En suma, la ponderación es la creación de derecho por medio de un sistema razonado de valores, que entran a regular un caso concreto para el que no existe una regla previamente establecida y que deja un precedente para casos futuros que tengan circunstancias similares.

La crítica de García Amado al test de proporcionalidad

García Amado dirige una crítica a la ponderación en términos de que es un método abstracto y poco científico, en la medida que, las normas de tipo axiológico no tienen un peso objetivo y medible, sino que es una mera referencia simbólica a la acción de valorar, es así, por

ejemplo, cuando se habla de “sopesar” la importancia de un derecho fundamental frente a otro en un caso concreto (Atienza & García Amado, 2012).

Por el contrario, si se equipara ponderar con valorar, habrá que reconocer que ambos conceptos comparten su naturaleza esencial y las características que los estructuran, las consecuencias de usar estos dos conceptos como sinónimos, se evidencian cuando, como consecuencia, se confunde el sistema normativo jurídico con el sistema moral personal, convirtiendo el razonamiento judicial, que es un razonamiento cuya esencia es normativamente compleja, en un razonamiento moral; es decir, la decisión del juez es de la misma naturaleza, moral, que mi decisión, que fue una decisión moral. Igual que yo valoré en conjunto o ponderé normas y consiguientes razones morales y concluí con una decisión que fue una decisión moral, el juez también valora o pondera así, entre normas y razones morales, pero con dos matices diferenciales (Atienza & García, 2016).

De manera análoga, hay que tener cuidado con lo que se va a “sopesar”, así, por ejemplo, las normas contenidas en el sistema jurídico son o pueden ser ajenas a la voluntad del sujeto o a su sistema moral de valores, sin embargo, es obligatorio asumirlas como propias; el derecho está jurídicamente obligado a su cumplimiento.

Ponderar una norma jurídica (razones estrictamente jurídicas), frente a una norma moral (razones morales), hace que el sistema judicial sea inestable y poco confiable, pues existen tantas valoraciones como sujetos en el mundo, de esta manera, cuando el método para la toma de la decisión judicial le da la ponderación y esta responde a un sistema moral, no se puede estar tranquilo (García Amado, 2007), aun y cuando se planteará n criterios de ordenación para dar un hilo de razonabilidad a esas valoraciones, como lo propone Atienza, al referirse a la “razón

práctica”, dicho de otra forma, ordenar el discurso o el proceso de argumentación no cambiaría las cosas, dado que, se sigue en el plano de lo axiológico.

El punto neurálgico que suscita este debate sobre ponderación es que este método pone, como lo expresaría Karl Engisch (2010), “el acento en las circunstancias del caso, y no en la conformación genérica de la norma” (p. 11) lo que desdibuja el “núcleo esencial” de los derechos fundamentales, y convierte todas las normas en “derrotables”. Dado que en el ejercicio de la ponderación es suficiente con encontrar una construcción alternativa de los hechos, para llegar a una conclusión diferente; y lógicamente, cada caso ofrece sus propias circunstancias fácticas, resultaría fácil justificar una solución diferente con base en un razonamiento distinto. Afirma Engisch (2010) que: “Únicamente en función de la subsunción se puede lograr una fundamentación racional de las decisiones jurídicas” (p. 16).

En la opinión García Amado (2010), la forma de conciliar la ponderación con un método racional consiste en delimitar o precisar lo que se entiende por cada derecho fundamental, de modo que lo que se estaría ponderando ya no serían unos derechos fundamentales con otros, sino que, mediante la hermenéutica, se estarían valorando las razones que permitirían interpretar una aplicación más extensiva o restrictiva de los derechos en pugna. Tanto a nivel dogmático como práctico, esta forma de entender la ponderación da un giro a la racionalidad de la argumentación. Los puntos de choque cuando se discute sobre la teoría de la ponderación tienen lugar por diferencias en la forma como se concibe el derecho. A raíz del actual neoconstitucionalismo, el texto constitucional se ha comprendido como máximas de una moral objetivamente verdadera y, por lo tanto, el conjunto normativo sienta sus bases en una armonía total. En este sentido, no hay una división conceptual entre el derecho y la moral, lo que en definitiva afecta sustancialmente la eficacia del derecho al desconocer la aplicación de la norma en términos de objetividad.

Toma de postura

Con el objetivo principal de exponer en este acápite mi postura frente al test de ponderación, como herramienta de interpretación empleada por la Corte Constitucional para resolver conflictos entre derechos, me referiré a las teorías propuestas por Robert Alexy y Manuel Atienza, y en contraste, a la teoría propuesta por Juan Antonio García Amado.

Para empezar, es indispensable abordar el planteamiento del profesor Alexy sobre la ponderación como mecanismo jurídico que permite la interpretación del contenido esencial de los derechos fundamentales en los casos en que colisionan entre sí. El test de proporcionalidad, para desarrollarse en términos de razonabilidad, sigue unos parámetros de interpretación, a saber, los subprincipios de adecuación (idoneidad), necesidad y proporcionalidad estricta, siendo los dos primeros elementos de juicio fáctico y el último de orden jurídico (Clérico, 2009).

De conformidad con el parámetro de idoneidad, el juez debe revisar que el medio que se va a implementar resulte adecuado para satisfacer la protección legítima de un fin constitucional (Alexy, 1989). Para ilustrar mejor, pongamos el caso de un delito de naturaleza sexual donde se está decidiendo implementar o no, una medida de intervención sobre el cuerpo de la víctima o el procesado, con toma de muestra de sangre o semen con fines de identificación de ADN. En primer lugar, el juez debe identificar cuáles son los derechos fundamentales que entran en colisión tras la aplicación de la medida, de un lado, el derecho a la verdad y justicia de las víctimas y la sociedad y, de otro lado, la intimidad en sentido amplio, la intimidad genética de la víctima y del procesado y la no autoincriminación, en el caso de este último.

En segundo lugar, el juzgador tiene que determinar a cuáles de los derechos fundamentales en colisión le dará más importancia en el caso concreto, pues de otra forma no podría establecer la idoneidad de la aplicación de la medida.

De lo anterior, podemos observar cómo se parte desde un juicio *a priori*, es decir un juicio caprichoso y arbitrario, ya que el juzgador se vale de su propia escala de valores para establecer la prevalencia de uno de los derechos en contienda, toda vez que, el ejercicio de ponderación tiene como finalidad determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales. Es ciertamente aquí donde empieza a formularse la crítica al test de ponderación como instrumento de interpretación constitucional.

Partamos de que en esta hipótesis, el juez en calidad de intérprete considera que es más importante el derecho a la verdad, la justicia y la reparación de la víctima y la sociedad, que la intimidad en sentido amplio, la intimidad genética de la víctima y del procesado y la no autoincriminación en el caso de este último, en este supuesto, el fin que se pretende alcanzar consiste en realizar un cotejo de las muestras biológicas entre sí o de estas con las obtenidas, por ejemplo, en el lugar de los hechos, en dicho sentido, es claro que la medida de toma de muestra de sangre o semen resulta idónea o adecuada para el caso concreto, podemos ver cómo este principio responde a un mero juicio de lógica, por lo que casi siempre se supera este parámetro de estudio en teoría.

Continuemos con nuestro análisis del principio de necesidad, para Alexy, la cuestión en este parámetro de estudio es determinar con certeza que la medida que se va a adoptar es absolutamente necesaria porque no existe otra que sea útil para alcanzar el fin constitucional que se está persiguiendo, para ello hay que evaluar el carácter más o menos invasivo de la medida a efecto de garantizar la protección del derecho fundamental al que se va a dar prioridad en un contexto determinado y la menor restricción en el ejercicio de su opuesto (Elósegui, 2019).

Aplicando el contenido del principio de necesidad en nuestro supuesto de delito sexual, habrá que establecer, de un lado, la necesidad de valerse de una medida de intervención invasiva

como lo es la toma de muestra de sangre o semen en el cuerpo de la víctima o el procesado, como medio para garantizar la protección del derecho a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y la sociedad, como fin constitucional, y de otro lado, examinar si existe un medio o medida menos restrictiva de cara al ejercicio de los derechos fundamentales de la víctima y/o el procesado, estos son, la intimidad en sentido amplio, la intimidad genética y en la no autoincriminación, en el caso del procesado. Si dicha medida existe y resulta menos invasiva o restrictiva de los derechos constitucionales en conflicto, entonces, este medio o medida es la indicada en el entendido que promueve la optimización de ambos derechos fundamentales en mayor grado.

Para efectos de este ejemplo, supongamos que el juez admite como necesaria la práctica de toma de muestra de sangre o semen en términos de que esta medida es la única capaz de proteger efectivamente el fin constitucional, ya que su *praxis* arroja resultados inequívocos, garantizando los derechos de la víctima y la sociedad, aduciendo además a la gravedad y entidad del delito. Ante este esquema de análisis, es importante observar cómo se refuerzan los elementos de carácter valorativo que apuntan más a una justificación de la prevalencia de un derecho fundamental sobre otro, que a una argumentación razonable de aplicación jurídica. Para ser más específicos, cabe decir que el principio de necesidad es una manifestación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, desde el entendido que se exige que la medida no sea desproporcionada para graduar los efectos que tendrá sobre el derecho fundamental que se vea afectado. Con esta objeción, se pretende subrayar cómo queda la interpretación del contenido esencial de las libertades fundamentales en contraposición con el imaginario del delegado judicial y los posibles escenarios en que avizoren menor invasión o afectación en el ejercicio de estos.

En relación con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, según la teoría alexiana tiene como base la diferenciación entre reglas y principios, siendo las primeras normas de obligatorio cumplimiento y, las segundas, normas de optimización, como se indicó en líneas anteriores (Ruiz Ruiz, 2012). En el entendido de que los derechos fundamentales son normas de optimización y de que obedecen a una denominada ley del peso, donde el intérprete debe optar por la medida que resulte menos restrictiva del ejercicio de derechos fundamentales, estableciendo una relación de costo-beneficio entre estos, ya que propender por la protección de un derecho fundamental, implica necesariamente, la afectación o menoscabo de otro, corresponde hacer una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia que tiene realizar el fin constitucional que persigue la medida.

Lo relevante en el marco de lo expuesto, será entender cuál es la lógica del método que dirige este razonamiento, recordemos que el objetivo del test de ponderación es establecer el contenido y alcance de los derechos fundamentales en el marco de las circunstancias concretas de cada caso, bajo este precepto es que se va a desarrollar y a cumplir la importancia del fin constitucional en el mayor grado que sea posible (Alexy, 1989). Para ello, el intérprete primero deberá determinar la importancia de cada derecho fundamental en abstracto, lo segundo, será establecer el grado de afectación que sufrirá un principio p1 cuando se lleve a cabo la medida que busca garantizar el otro principio p2, para la realización de un fin constitucional, lo tercero y último, es que de conformidad con la intensidad del derecho fundamental afectado se defina el alcance y contenido del mismo. Aquí es donde el juez pone en la balanza los derechos en pugna y busca aclarar porqué la ejecución de una medida que genera la menor satisfacción de un principio se explica en cuanto mayor es la necesidad de satisfacción del otro.

Para sustentar la motivación que da lugar a la práctica de una medida restrictiva de un derecho fundamental, en aras de la importancia de realizar un fin constitucional dentro de un cuerpo normativo, que en su carácter de principios admite gradualidad en su realización y que su contenido es susceptible de interpretación, de acuerdo con el contexto en que se encuentre, resulta sencillo advertir que los elementos de juicio son eminentemente valorativos y que dependen de la discrecionalidad del juzgador, pues la carga argumentativa para tomar la decisión de procedencia de la medida, se deriva de la capacidad del interprete judicial para representarse posibles escenarios, sin que la ley establezca límites racionales de carácter objetivo en el concepto y alcance interpretativo de los derechos, ya que el test de proporcionalidad no cumple con las características de ser un límite razonable.

Volviendo a los términos de nuestro ejemplo en materia de delitos sexuales, en el evento en que el juzgador se representa una importancia cardinal de los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación para las víctimas de ataques sexuales, por encima de las garantías para los procesados en su derecho a la intimidad (intimidad genética) y la no autoincriminación, será atendiendo a ese juicio de valor individual que se enarbolará todo el desarrollo argumentativo de la decisión que sustenta la procedencia de una medida de intervención corporal con fines de identificación de ADN, denominada toma de muestra de sangre o semen.

En conclusión, el método de ponderación es un sistema de interpretación que no responde a parámetros de razonabilidad, no cuenta con una fuente formal y normativa que respalde un razonamiento jurídico, y deja la solución de cada caso en cabeza del juez de turno, sometiendo el sistema de judicialización a la completa inseguridad, ya que el contenido y alcance de los principios constitucionales no está delimitado.

Por otra parte, con relación a la propuesta de Manuel Atienza frente al test de proporcionalidad, en el método de ponderación planteado por este autor solo se encuentra una diferencia en comparación con la teoría de Alexy, y es en torno al reconocimiento de elementos valorativos en el último subprincipio de estudio, la proporcionalidad en sentido estricto. Pues, para Atienza (2013) este principio implica la incorporación de juicios de valor que tienen como finalidad la construcción de una serie de reglas que surgen a medida que se van resolviendo los casos concretos, haciendo posible su clasificación en casos cada vez más específicos, de manera que se crea un compendio de normas con prioridad en atención a su contexto.

Como se explicó en el párrafo anterior, la única diferencia entre ambos autores radica en que Atienza atribuye una calificación valorativa al último elemento de estudio, proporcionalidad en sentido estricto, por lo tanto, para esta teoría, se señalarán las mismas inconformidades que en el caso de la teoría de Robert Alexy, con la salvedad de que el autor que nos ocupa en este acápite *per se*, admite el elemento de juicio de valor del cual se encuentra permeado el test de ponderación. Lo que nos permite evidenciar la carga subjetiva y el alto margen de discrecionalidad que guían las decisiones adoptadas bajo este modelo de pensamiento.

Presentadas estas consideraciones, pasaré a examinar la posición de García Amado (2016) frente al test de ponderación explicando los argumentos que me permiten identificarme con su razonamiento. En primera medida, este autor propone delimitar con precisión y claridad el contenido de cada derecho fundamental, de manera que lo que estaríamos sometiendo a ponderación ya no serían derechos fundamentales entre sí, sino que, entraríamos a valorar las razones que dan lugar a interpretar una aplicación más amplia o restrictiva de los derechos en contienda. En segunda medida, refiere aclarar el contenido conceptual entre la moral y el derecho, diferenciando los argumentos valorativos de los que guían las decisiones judiciales en el primer

escenario, de las que exigen ser de carácter netamente objetivo, como es el caso del segundo escenario, es decir, que deben estar contempladas en la norma. En tercera medida, los hechos que definen cada caso concreto no tienen por qué afectar la definición o contenido esencial, ni el alcance de los derechos fundamentales que se encuentran en colisión en determinadas situaciones.

Con estas tres observaciones, podría afirmarse que la propuesta de García Amado (2016) garantiza la seguridad jurídica en la adopción de las decisiones que tienen elementos comunes, evitando o restringiendo ampliamente la subjetividad de quien hace las veces de juez en los casos de interpretación de derechos fundamentales, ya que, la interpretación se reduce a definir la posibilidad de hacer más extensiva su aplicación solo en los casos contemplados previamente en la ley. Es por ello que, en este trabajo, he decidido adherirme a esta propuesta, porque encuentra su fundamento no en razones subjetivas del juez, sino en criterios objetivos de la norma.

Conclusión. Alternativas a la toma de muestra de semen o de sangre en delitos contra la libertad e integridad sexual

En este trabajo de investigación, las problemáticas del uso del test de proporcionalidad en los casos concretos de la toma de muestra de semen o sangre en delitos contra la libertad y la integridad sexual, desde la teoría de Robert Alexy, evidenciaron puntos de quiebre en torno a la estructura, la racionalidad y la legitimidad del método de la ponderación como herramienta para la argumentación constitucional, como lo manifiestan algunos estudiosos del derecho (Garzón, 2018; Habermas, 1998; García Amado, 2007; Aleinikoff, 1987; Vergara, 2016).

A partir de esta crítica a la propuesta de Alexy, se expone un contraste con lo planteado por García Amado (2010) sobre la solución de conflictos entre derechos fundamentales en casos de delitos de naturaleza sexual. Retomando el ejemplo que se ha venido trabajando sobre delitos de naturaleza sexual, donde se está decidiendo si implementar o no, una medida de intervención sobre el cuerpo de la víctima o del procesado, a saber, toma de muestra de sangre o semen con fines de identificación de ADN, primero, el juez deberá identificar normativamente los derechos que se ven enfrentados en el caso que se entrará a analizar, esto es, de un lado, el derecho a la verdad, justicia y reparación de las víctimas y la sociedad y, de otro lado, la intimidad en sentido amplio, la intimidad genética de la víctima y del procesado y, la no autoincriminación, en el caso de este último.

Bajo este entendido, cada uno de los derechos aquí expresados no significa ni más, ni menos de lo que sugiere, el análisis que propone García Amado (2016) no versa sobre el contenido o el alcance de los derechos enfrentados, no es necesario entrar en el terreno de los supuestos escenarios que pueda representarse un juez, ya que no se intentará determinar la importancia que tienen los derechos en contienda en el marco un caso concreto y, en ese sentido, no se cae en

subjetividades, además, se evitan las discrecionalidades judiciales; lo único que importa en este evento, es interpretar la aplicación más o menos restrictiva de su contenido previamente definido en la norma.

De esta manera, los elementos de juicio que permitirán determinar la procedencia de la medida de intervención sobre el cuerpo de la víctima o el procesado, serán de conformidad con lo señalado en el artículo 200 y siguientes del Código de Procedimiento Civil [C.P.C.] (Presidencia de la República de Colombia, 1970), en primer lugar, se deben analizar las posibilidades jurídicas que se tienen de aplicar un medio menos restrictivo del ejercicio de un derecho que ostenta la misma categoría del que se pretende proteger para alcanzar el fin constitucional que se persigue, esto es, la protección del derecho a la verdad, justicia y reparación de las víctimas y la sociedad.

Para el caso que se viene desarrollando, el artículo 249 del C.P.P. (Congreso de la República, 2004), enuncia diferentes medios que permiten tener el mismo resultado, que en el caso de los delitos sexuales es la obtención de una muestra que permita la identificación de un individuo mediante la lectura del perfil genético, la diferencia entre estos radica en su potencial capacidad de ser más o menos invasivos o restrictivos de los derechos de la víctima o del procesado, según sea el caso. Se pueden encontrar muestras de cabellos, saliva, entre otras, si se cumple con el objetivo que tiene la práctica de la medida y esta resulta menos restrictiva, es apenas lógico que esa sea la medida que se adopte en aras de respetar el contenido de las normas en conflicto.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta el cuerpo normativo vigente que guía y regula la actividad probatoria a fin de garantizar un procedimiento en el marco de los parámetros de legalidad y licitud, de modo que puedan obrar como prueba en el proceso, de conformidad con el título II, medios cognoscitivos en la indagación e investigación, artículo 275 y siguientes del C.P.C. (Presidencia de la República de Colombia, 1970).

Para terminar, en el contexto de este análisis, se puede afirmar que la metodología propuesta por García Amado para resolver conflictos entre derechos responde a parámetros de razonabilidad, ya que, (a) el contenido de los derechos lo establece la ley y la constitución, así entonces lo que se va a interpretar es la aplicación más o menos restrictiva de esos derechos que van a entrar en contienda y, (b) la solución que se adopte en un caso de conflictos entre derechos estará enmarcada exclusivamente por razones o argumentos de orden jurídico que estén taxativamente expuestos en el conjunto normativo.

Referencias

- Aleinikoff, T. A. (1987). Constitutional law in the age of balancing. *Yale law journal*. 96(5), 943-1005.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de estudios constitucionales.
- Alexy, R. (2005). Ponderación, control de constitucionalidad y representación. En R. Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales* (pp. 89-103). Traducción de René González de la Vega.
- Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
Traducción de E. Garzón Valdés. 2ª edición, con nueva traducción al español de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Serie justicia y derechos humanos) (pp.1-26). Ministerio de justicia y derechos humanos.
- Alexy, R. (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Palestra Editores.
- Álvarez Neyra de Kappler, S. (2008). La prueba de ADN en el sistema penal. Editorial Comares.
- Araujo Rentería, J. (2006). Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. *Crítica. Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 853-877.
<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30334/27380>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.*
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Assalit Vives, J. M. (2000). *Las Intervenciones Postales en: La Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada*. (C. G. Judicial, Ed.) Madrid.

Atienza, M. (1986). *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Civitas.

Atienza, M. (1997). *Derecho y Argumentación* (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho). Editorial Universidad Externado de Colombia.

Atienza, M. (2010). A vueltas con la ponderación. *Anales de la Cátedra de San Francisco Suárez*, 44, 43-59. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/498>

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Editorial Trotta.

Atienza, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Editorial Trotta.

Atienza, M. (21 de octubre de 2019). *Manuel Atienza y la ponderación* [Video]. YouTube. Min. 1:37, <https://www.youtube.com/watch?v=KZfs6NdnDAg>

Atienza, M., & García Amado, J. A. (2012). *Un debate sobre ponderación*. Palestra/Temis.

Atienza, M., & García, J. A. (2016). *Ponderación*. Cevallos Editora Jurídica.

Atienza, M. & García Amado, J. A. (2018). *Un debate sobre la ponderación* (Edición especial). Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/Libro_Un%20debate%20sobre%20la%20ponderacion.pdf

Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel.

Barreto, Leoncio. *Prontuario de medicina legal y jurisprudencia médica*. Imprenta “La Comercial”. Bogotá. 1890.

- Bayón, J. (2003). ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? En J. Bayón & J. Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales* (pp. 263-312). Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa*, (23), 225-238.
- Bernal, Iván Alfredo, (2006). Aproximación conceptual al derecho a la intimidad. *Revista Derecho y Realidad*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC. N° 7- I semestre de 2006, pp. 192- 202.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (4ª ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Bribosia, E., & Rorive, I. (2004). “Le voile à l’école: une Europe divisée”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, (60), 951-983. http://www.philodroit.be/IMG/pdf/le_voile.pdf
- Bribosia, e., Ringelheim J., y Rorive, I., “Aménager la diversité: le droit de l’égalité face à la pluralité religieuse“, *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, no 78, 2009, pp. 325- 333.
- Casado Pérez, J. M. (2000). *La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño*. (1a. Edición ed.). San Salvador, El Salvador.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2011). *Cartilla de Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud*, Doc. 65, (28- 12- 2011).
- Cifuentes, S., (1995). *Los derechos personalísimos* (2da. Ed., p.338 y ss.) Buenos Aires: Astrea.

Congreso de Colombia. (2000). Ley 600 de 2000. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.*

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000.

http://secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html

Congreso de la República. (2004). Ley 906 de 2004. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento*

Penal. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (2021). Ley General de Acceso de las Mujeres a una

Vida Libre de Violencia. <https://www.gob.mx/indesol/documentos/ley-general-de-acceso-de-las-mujeres-a-una-vida-libre-de-violencia-17-12-2016>

Córdoba, Gabriela, (2013) “Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba y nemo tenetur.”, E1420. (p.149- 160).

Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia N° T- 097 de 1994, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. (Marzo 07 de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sala Plena. Sentencia C-916 de 2002 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. 29 de octubre de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sala Plena. Sentencia C-822 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. 10 de agosto de 2005).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986). Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 61. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia [CSJ]. (2007). Sala Penal. Casación N° 26497 (M. P. Julio Enrique Soacha Salamanca: 05 de diciembre de 2007).

Clérico, L. (2009). El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Eudeba.

- Díaz Cabiale, J. A. (1992). La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal. *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* (Vol. 20). Consejo General del Poder Judicial.
- Doring, E. (1996). La prueba. (T. Banzhaf, Trad.) Buenos Aires: editorial Librería el Foro.
- Elósegui, M. (2019). La ponderación y la neutralidad abierta contra la discriminación religiosa y racial en la decisión del Tribunal Constitucional Alemán de 2015 sobre el uso del velo en profesoras. *Revista de Derecho político*, n.o 104, en prensa.
- Engisch, K. (2010). *Einführung in das juristische Denken* (11ra. Ed.). Kohlhammer. P. 11.
- Fergusson, D. M., & Lynskey, M. T., & Horwood, L. J. (1996). Childhood sexual abuse and psychiatric disorder in young adulthood: I. Prevalence of sexual abuse and factors associated with sexual abuse. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, 34(10) 1355-1364. <https://doi.org/10.1097/00004583-199610000-00023>
- Freire de Sa, F. (2011). *Cuerpo humano (jurídico)*. En Romeo Casabona, C (eds.); Enciclopedia de bioderecho y bioética. Tomo I. (500). Granada: Comares
- García Amado, J. A. (2007). El juicio de la ponderación y sus partes. Una crítica. En R. García Manrique (Ed.), *Derechos sociales y ponderación*, (pp. 249 a 331). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- García Amado, J. A. (2010). ¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de abril de 2007. *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, (8), 249-261.
- García Amado, J. A. (2016). ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación. *Revista Iberoamericana de Argumentación*, (13), 1-22. <https://revistas.uam.es/ria/article/view/8043/8325>
- García Pelayo, Manuel. 1950. Derecho constitucional comparado. Madrid: Revista de Occidente, Ed. N°

- Garzón, (2018). La subsunción de Alexy y la pregunta por la racionalidad de la ponderación. *Revista del posgrado en derecho de la UNAM, Nueva Época, N° 8*, enero- junio 2018.
- Gascón A., M. (2010). *Loa hechos en el derecho bases argumentales de la prueba*. Barcelona: Editorial Marcial Pons.
- Giacomette F., A. (2013). *Teroría general de la prueba*. Bogotá: Editorial Jurídica Diké.
- González, R. M. (2011). Intervenciones Corporales y Prueba Pericial en el Proceso Penal. En X. A. Lluch y M. R. González, *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial* (pp. 427-430). La ley.
- González-Cuellar Serrano, N. (1990). *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex.
- González, O. C. (2014). La Corte Constitucional como agente del campo jurídico colombiano: la omisión legislativa de principios constitucionales. *IUSTA*, (41), 123-137. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2014.0041.01>
- González Pogo, D. I. (2017). El Principio de los “Pesos y Contrapesos” en el Constitucionalismo Ecuatoriano Contemporáneo. *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, (2), 1-31.
- Gorra, D. (s.f.). www.miguelcarbonell.com. Recuperado el 14 de septiembre de 2017, de: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alexey.pdf
- Gorphe, Francois. De la apreciación de la pruebas , (Colección Ciencia del Derecho por H. Alisana, E. J. Couture y A. Velez Mariconde), Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-America, (1995), p.251.
- Guarín, E. A. (2013). Persona y realización efectiva de derechos. *IUSTA*, (38), 133-154. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2013.0038.05>

- Guastini, R. (2000). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (Universidad Pompeu Fabra Barcelona, trad. castellana de Jordi Ferrer). Gedisa.
- Guastini, Riccardo (2015). Interpretación y construcción jurídica (Legal Interpretation and Legal Construction). Revista ISONOMÍA N° 43, octubre 2015, pp. 11-48.
- Gullco, Hernán, “¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?”, *Doctrina Penal*, N° 45/48, Año 12, Ed. Depalma, Buenos Aires.
- Guridi Etxeberría, (1999). Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal, Ed. Trivium, Madrid, 1999.
- Gutiérrez Sanín, F (2009). *Extreme Inequality: a political consideration. Rural Policies in Colombia. 2002-2009*, 2009, mimeo.
- Guzmán, N. (2006). La verdad en el proceso penal, Buenos Aires: Editorial Editores del Puerto.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*, Manuel Jiménez Redondo (trad.). Trotta.
- Heidegger, M. (2007). De la esencia de la verdad. (A.Ciria, Trad.) Madrid: Editorial Herder.
- Hendler, Edmundo. Las garantías penales y procesales: enfoque histórico- comparado, Buenos Aires, Editores del puerto (2004).
- Huertas Martín, María Isabel, (1999). El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba. J.M. Bosch Editor.
- Iglesias-Canle, I. C. (2003). *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*. Colex.
- “Impacto del Programa de Educación Sexual: Adolescencia Tiempo de Decisiones”, Revista de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología Infantil y de la Adolescencia, Vol. 7 (3) 2000.
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia, (2004). Cartilla informativa sobre el comportamiento del delito sexual en Colombia en el 2004, una visión poco optimista.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2018). *Guía para el abordaje forense integral en la investigación de la violencia sexual*. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia, (2015). Exámenes médico legales por presunto delito sexual. . Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, 1999.

Laudan, L. (2013). Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre la epistemología jurídica. (C. Vázquez, & E. Aguilera, Trans.) Barcelona: Editorial Marcial Pons.

Lubanga (30 noviembre 2007), §47. El juez Blattmann en algunas de sus opiniones disidentes ha insistido en que la verdad es el fin principal del proceso. Cfr., CPI, Lubanga (28 abril 2008), §16; CPI, Lubanga (22 mayo 2008), §5.

Llobet R., J. (2012). Proceso penal comentado (5 ed.). San José: Editorial Jurídica Continental.

Lopera, G. (2011). El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana), *Revista de Derecho*, 24(2), 113-138.

Maier, Julio, (2016). Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Ad Hoc.

Mariscal Rivera, M. P. (2019). Aplicación del test de proporcionalidad en la argumentación de las resoluciones judiciales en el ámbito del derecho civil. *Revista Derecho*, 4(2), 153- 174.
<http://revistas.unap.edu.pe/rd/index.php/rd/article/view/50/50>

Martínez Cantón, S. (2007). *La ponderación en el estado de necesidad*. Universidad de León.

- Martínez De Pisón Cavero, José, “La configuración constitucional del derecho a la intimidad”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto de Bartolomé de las Casas, núm. 3, año II, 1994, <http://e-archivo.uc3m.es>, (fecha de visita 10/04/15).
- Mellado, A. (s.f.). *Prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal: Fundamentos dogmáticos, procesales y de derechos comparado para la aplicación de la PR*, Editorial: Derecho Global, (2017).
- Melo, Blanca Judith. “Primero muertas que deshonradas. Antioquia: 1890-1936”. *Historia y Sociedad*. N°6. Universidad Nacional de Colombia. Medellín. Dic. 1999. Pp. 108-125.
- Mojica, C. A., & Londoño, F. (2020). *Cuerpo humano como fuente de evidencia probatoria. Sus restricciones en el proceso penal*. Sello editorial Universidad de Medellín.
- Mocoroa, J. M., (2017). La racionalidad de la ponderación en la argumentación constitucional. *Prolegómenos*, 20(39), 73- 85. <http://dx.doi.org/10.18359/prole.2724>
- Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General. Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf
- Narváez Rodríguez, A. (2003), ADN e investigación penal: su necesaria regulación legal, *Revista del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, 1º semestre de 2.003, n° 2, pág. 47-52.
- Nogueira, Humberto. *El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano: doctrina y jurisprudencia*. Santiago de Chile. Librotecnia, 1ª Edición, (2007, p.152).
- Núñez. J. Cristóbal. *Tratado del proceso penal y del juicio oral*. México D.F. Jurídica de las Américas. 2009. p. 324.

Pérez Marín, María Ángeles, (2008). Inspecciones, registros e intervenciones corporales. 1ª Edición, Tirant lo Blanch.

Presidencia de la República de Colombia. (1970). Decreto 1400 de 1970. *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil.*
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil.html

Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Editorial Trotta.

Quiroga., M, P. (2017). El imputado como objeto de prueba. Intervenciones, registros e inspecciones corporales en el Proceso Penal argentino. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

Redondo, S. (2001). La delincuencia y su control. Realidades y fantasías. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), 309-325. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24799>

Rodríguez Bejarano, C. (2011). El estándar de la prueba indiciaria en los casos de violencia sexual ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Memorando de Derecho*, (2), 23-36.

Rodríguez, C., B. (1999). *Metodología Jurídica*. México DF: Oxford University Press, México.

Romeo Casabona, Carlos., & Romeo Malanda., Sergio. (2010), Los identificadores del ADN en el sistema de justicia Penal., Thomson Reuters.

Ruiz Ruiz, R. (2012). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y Realidad*, 10(20), 143-166.
https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4860/3952

Salcedo Flores, A. (2004). La verdad procesal. *Alegatos*, (58), 279- 290.

Sarró, Jorge. El derecho a no autoinculparse del contribuyente. Barcelona, Bosh Editor, (2009, p.141).

Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego*. Marcial Pons.

Tapia, Juan Fransisco, (2008). *Intervenciones corporales en el proceso penal*. Editorial Suárez, Mar de Plata Argentina.

Taruffo, Michele (2010), *Verdad, prueba y motivación, en la decisión sobre los hechos*, 1ª Edición. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. (J. Ferrer, Trad.) Barcelona: Editorial Marcial Pons.

Torres, A., M. (2013). *Verdad procesal y derechos humanos. Un estudio sobre la prueba ilícita en la jurisdicción penal internacional*. Tesis doctoral, Universidad de Coruña.

Tribunal Constitucional de España. (1996). Sentencia 207. 12 de diciembre de 1996.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1950). *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Council of Europe. https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

Tribunal Supremo de Estados Unidos. (1985). Caso New Jersey v. T.L.O.

Tribunal Supremo de Estados Unidos. (1988). Caso Bendix Autolite Corp. V. Midwesco Enter., Inc.

Vergara, L.- C. (2016). El desarrollo de los derechos. En J. García Amado, *Razonar sobre derechos* (pp. 81. 115). Tirant lo Blanch.

Zamora-Acevedo, M. (2014). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. *Revista Acta Académica*, 54(mayo), 147-186. <http://revista.uaca.ac.cr/index.php/actas/article/view/100/82>

Zavaleta Rodríguez, Roger. (2014). *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Editorial Grijley.