

El cuerpo humano como evidencia probatoria: un reto adicional del constitucionalismo. La tensión permanente entre la dimensión humana y la dimensión institucional¹

Estudiantes: Juan Jacobo Calderón,
Ana María Jaramillo, Alexandra Hernández
Coordinador: José Fernando Ortega Cortés

1 Ponencia ganadora, modalidad estudiantes. XII Congreso colombiano de Derecho Procesal. 2001



Prólogo*

Redactar el prólogo de un trabajo académico no es sencillo. En primer lugar, porque quien prologa es casi siempre "hinchita" del autor y, antes que valorar su obra, le reconoce sus virtudes y se siente feliz por verlo triunfar.

En segundo lugar, tal comunión con el autor, que en ocasiones llega, como en este caso a la amistad y al compartir anhelos fundamentales de fe y de esperanza en los principios, no permite objetividad, ni función crítica en la redacción del prefacio.

En mi caso, la tarea no es la excepción, y antes de expresar para qué sirve el trabajo, cuales fueron los fines que persiguieron al escribirlo y cuál su utilidad, quiero primero escribir unas notas biográficas sobre sus autores.

Los conocí siendo mis alumnos y al conocer su estatura intelectual, intenté transmitirles no la afición, sino la pasión que siento por mi asignatura: El Derecho Procesal Penal.

Les confesé públicamente, mi fe en los Principios Generales del Derecho y del Proceso y, les confesé mi devoción por su aplicación no solo en la cátedra como esencia del Derecho Procesal Penal, como alfa y omega del programa del curso, como hilo conductor en el laberinto de las instituciones y las etapas del proceso, sino también en el habitual ejercicio de mi misión como defensor, en la práctica profesional de cada día.

Hoy puedo decir que, me siento orgulloso de haber compartido con ellos un trozo de sus vidas, de verlos trasegar por la facultad defendiendo ideales de Dignidad, Igualdad, Libertad, Justicia, Democracia y Fraternidad.

Hoy puedo decir que esos mis alumnos, a quienes quisiera llamar mis discípulos, porque esa posibilidad me honraría intelectualmente, no han escatimado esfuerzos para formarse no solo en el ámbito del Derecho, sino también, en la del pensamiento más universal "El hombre y sus circunstancias".

Hoy puedo decir, que los autores de este ensayo, se han consolidado no como estudiantes de Derecho, sino como analistas de fenómenos culturales, y su preocupación profesional se orienta sin lugar a dudas a la creación de un "Orden Social Justo".

Que importante que en épocas de penuria, donde nada supuestamente justifica hablar de principios y de valores, estos jóvenes que se inician en las arduas disciplinas jurídicas hagan resistencia humanista al pedestre pragmatismo que nos agobia.

Los autores se ocupan en su monografía de un tema propuesto por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, titulado "EL CUERPO HUMANO COMO EVIDENCIA PROBATORIA", el cual abordan y desarrollan en clave de principios y desde una perspectiva constitucional, de la siguiente manera: LA DIGNIDAD HUMANA, SOBRE UN CASO APROXIMACIÓN A SOLUCIONES

* Prólogo de José Fernando Ortega Cortés. Profesor Departamento de Jurídicas.

CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLES y CONCLUSIONES.

Ahora sí. Los invito a vivir la experiencia de un trabajo donde los principios nos permiten liberarnos del pesado fardo de formalismos, donde el respeto por la dignidad de la persona humana es el faro orientador, los invito a descubrir un tema que no aparece en la mecánica de la legislación, pero que si comporta una antinomia permanente en el mundo jurídico, Verdad Procesal vrs Dignidad Humana; los invito a leer un ensayo donde después de explorar y hacer una reflexión profunda sobre el problema planteado que se pretende resolver **“EL CUERPO HUMANO COMO EVIDENCIA PROBATORIA”**, con una gran influencia en la jurisprudencia constitucional se desarrolla una original e innovadora propuesta de solución que no intenta eso una solución, sino que deja abierta una gran puerta de aduana para intentar futuras soluciones.

Por último dos palabras más para los autores y su obra. A ellos va dirigida mi admiración y mi esperanza de que mi Universidad, de que mi Facultad seguirá creciendo en su vida académica. A la obra, que sirva de ejemplo, pues ella anuncia la renovación y los nuevos aires del Derecho. En hora buena Muchachos: “No esperen nada del Siglo XXI, que es el Siglo XXI el que lo espera todo de Ustedes” !!!

Una madrugada de Diciembre del año 2001.

Introducción

La difícil tarea de reflexionar jurídicamente cuando se abordan tópicos que involucran el irrenunciable reconocimiento de las facetas que el ser humano intenta “esconder” con especial precaución debido a que incorporan un sentido que permite su diferenciación de los demás habitantes del planeta, adquiere mayores dimensiones cuando en el proceso reflexivo se integran diversos planos jurídicos que con temor, tratan de consolidar una fusión que posibilite la neutralización del fraccionamiento en el estudio del derecho.

El complejo marco que se sintetiza en el anterior párrafo, ha conducido nuestro interés académico hacia la problematización, más que hacia un intento de conceptualización de algunos ejes a partir de los cuales es posible abordar una temática como la propuesta. Es decir, sólo intentamos, anclados en una fundamentación filosófica común, recurrir a la formulación de cuestionamientos en cuya solución hemos debido incorporar no sólo axiomas fundamentales del constitucionalismo moderno con cuna en la ley fundamental de 1991, sino también conceptos imprescindibles para el entendimiento adecuado del derecho procesal y probatorio.

Es lo anterior, motivo para que el orden en el desarrollo del trabajo se haya distribuido de la siguiente forma. En una primera grada, y como presupuesto metodológico de todas nuestras consideraciones, intentamos efectuar un acercamiento al concepto de dignidad humana y a la idea que de la misma quedó incorporada en la Carta Política que actualmente nos rige. Una vez superado el anterior paso,

pretendemos señalar las tensiones fundamentales que en el ámbito probatorio se pueden desatar en el contexto, fundamentalmente —aunque no exclusivamente—, del proceso penal.

Satisfechas las exigencias del planteamiento de determinados conflictos y buscando alguna aproximación a su correcta solución, nos trasladamos al tercer peldaño en el cual, recreando las concepciones que sustentan los diversos modelos procesales (en materia penal) intentamos concretar la solución de la permanente antinomia existente entre el interés de proteger al individuo y la necesidad de averiguar la verdad como presupuesto de la aplicación de las normas jurídicas.

Es esta la estructura argumentativa que proyectaremos en las páginas que con emoción, a continuación se transcriben.

I. Dignidad humana

Para entender el verdadero significado del concepto de Dignidad Humana, después de ser un término utilizado comúnmente en nuestro lenguaje jurídico actual, pero que dada su complejidad teórica y práctica es realmente conocido por pocos, debemos partir de un planteamiento filosófico que pueda ayudar a un mejor entendimiento de este valor inherente al ser humano, y consagrado en nuestra Constitución de 1991.

El hombre a través de sus diversas etapas de desarrollo intelectual y espiritual, se ha hecho diferentes planteamientos, que han logrado dejar a un lado el concepto de calidad de vida y bienestar, como una simple búsqueda de suplir necesidades físicas y materiales, pasando a entender que la digni-

dad humana, no solamente implica el respeto por la vida física, sino que también se deben tener en cuenta las necesidades espirituales y las proyecciones del ser humano, como reflejo de un ser existente que ha superado la etapa de la vida de la naturaleza.

Los planteamientos de las diversas etapas de desarrollo de la vida de los seres humanos, podrían resumirse de la siguiente manera:

1. Planteamiento Epistemológico: En el cual el hombre se pregunta el problema del conocimiento, teniendo una cierta noción del mundo que lo rodea, y los fenómenos que se presentan en él.

2. Planteamiento Ontológico: En esta etapa no le es indiferente el ser, y comienza a adquirir conciencia de su propia realidad dentro del entorno en el cual se desarrolla.

3. Planteamiento Axiológico: Busca valores con los cuales sea sustentable su existencia y la vida en el mundo que lo rodea.

4. Planteamiento Existencial: Etapa en la cual supera su estado animal, teniendo conciencia del pasado, no encadenándose al presente y aceptando los retos del futuro.

En este último periodo de desarrollo, surge el respeto de la dignidad humana como valor encaminado a hacer realidad las necesidades, aspiraciones y condiciones de existencia, que le permitan al ser humano un futuro acorde con las expectativas planteadas, respentándosele su pasado como base de lo que actualmente es, con la dificultad que implica alcanzarlo.

«Lo que es verdaderamente importante por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto»

G. Zagrebelsky

La dignidad humana debe ser entendida como un valor inherente a todos los hombres, y no como un regalo que nos ha sido dado por encontrarse positivizado en nuestras normas, razón por la cual se exige su aplicación y eficacia.

De esta manera, la consagración del respeto de la dignidad humana, como valor fundante de nuestro Estado hecha por la Constitución de 1991, puede considerarse como un gran avance para su aplicación en la realidad, obligando tanto a los poderes públicos como a los particulares a su garantía. Pero no debe extrañarnos este valor como algo novedoso y nunca antes existente, sino que debe entenderse que el respeto por la dignidad humana acompaña al hombre desde el momento mismo en que se hace consciente de su existencia y el mundo que lo rodea.

Dignidad humana en la Constitución de 1991

A diferencia de la Constitución de 1886 que fue una carta centrada en los beneficios hacia el Estado, dejando a un lado al hombre, y por tanto limitándolo en sus libertades y derechos, la Constitución de 1991 tiene un carácter antropocentrista, que enriquece a los seres humanos en garantías y derechos, logrando que el Estado y el Derecho sean instituciones que están al servicio de la persona humana y existan para ella.

1 Gustavo Zagrebelsky. El Derecho Dúctil. Ed. Trotta. Madrid.

Por esta razón, la actual carta política consagró como modelo de Estado, el Estado Social de Derecho, que entra a suplir los vacíos que había dejado el Estado Liberal y que se compromete a servir en la consecución de la igualdad y la justicia material entre todos los seres humanos.

De este modelo de Estado surge que toda su base esté centrada en la interpretación finalística del ser humano, visto de manera concreta, encontrándose con individuos reales y no con entes abstractos. De ahí, que el Estado Social de derecho, reconoce que en el ser humano está la razón de su existencia y la base justificativa del sistema jurídico.

Naciendo así no sólo un derecho de carácter negativo que implique la inviolabilidad de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos y de los particulares, sino también haciendo exigencias para que se le proporcionen condiciones dignas de vida, que le permitan ser un verdadero partícipe de la centralidad de la persona dentro del Estado.

Al ser Colombia un Estado Social de Derecho, se presentan múltiples cambios en la concepción del ser humano. Por tanto se consagra en el Artículo 1 C.P. como principio fundante el respeto de la dignidad humana. Pero, ¿qué debe entenderse cuando se habla de Dignidad Humana en nuestra Constitución?

La Carta Política Colombiana ha adoptado básicamente el concepto Kantiano del hombre como un fin en sí mismo, que no puede ser instrumentalizado ni utilizado

como medio para la consecución de fines. Ha dicho Kant: «...el hombre, y en general todo ser racional, existe como un fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado al mismo tiempo como fin...».²

En relación con la teoría Kantiana sobre la persona, afirma Recasens Siches: «En este sentido dice que los seres racionales se llaman personas en tanto que constituyen un fin en sí mismo, es decir, algo que no debe ser empleado como mero medio, algo que por consiguiente encierra albedrío. La persona es un ser enteramente diverso de las cosas, diverso por su rango y dignidad. Personalidad es «libertad e independencia del mecanismo de toda naturaleza». Conviene, pues, subrayar que en Kant el concepto de persona surge a la luz de una idea ética. Esto es, la persona se define no atendiendo sólo a la especial dimensión de su ser (v.gr la racionalidad, la indivisibilidad, la identidad, etc.), sino descubriendo en ella la proyección de otro mundo distinto al de la realidad, subrayando qué persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí mismo, y que cabalmente por eso posee dignidad, a diferencia de todos los demás, de las cosas, que tienen su fin fuera de sí, que sirven como mero medio a fines³ ajenos y que, por tanto, tienen precio...».

De la adopción de la visión finalística del hombre que ha hecho la Constitución

2 Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Emmanuel Kant. Ed. Porrúa.

3 Filosofía del Derecho y Estudios de Filosofía del Derecho. Giorgio del Vecchio y Luis Recasens Siches.



de 1991, surge, como se ha dicho, que el Estado no puede convertir al hombre en un instrumento para su política como pretexto para servir al interés general.

La dignidad como principio fundante del Estado tiene un valor absoluto que no puede ser relativizado ni limitado bajo ninguna circunstancia, a diferencia de los derechos que existen en nuestra carta política, que aceptan ser ponderados dependiendo del caso concreto. Como la ha dicho la Corte Constitucional «la dignidad es en verdad principio fundante del Estado. Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la constitución» (Sentencia C- 521/98).⁴

Respetar la dignidad significa entender que el hombre es anterior al Estado, que los derechos son inherentes a su existencia y a su condición de ser social. El reconocimiento por parte de las instituciones de los derechos fundamentales del individuo, son triunfos frente a las mayorías; de ahí que la dignidad del hombre no puede verse afectada por la búsqueda de fines estatales o particulares que impliquen su instrumentalización, mediatización o cosificación.

La persona debe ser el fin del poder político, y todas las actuaciones tanto del Estado como de los particulares, deben estar acordes con el respeto de su dignidad y con el reconocimiento de su existencia real y social, no considerada como una abstracción.

Por esta razón el respeto de la dignidad humana, no puede estar sujeto a los vaivenes políticos y de poder, o a la decisión de las mayorías; porque se trata de un valor indisponible por las personas, pues el Estado está comprometido y obligado a su garantía, no pudiendo hacer excepciones dentro del ordenamiento jurídico, porque se rompería el vínculo que deben tener las normas frente a la constitución en un Estado Social de Derecho. Dice Ferrajoli «El Estado de Derecho como vinculación jurídica del poder, supone aceptar que no sobre todo se puede decidir...».⁵

El Estatuto Supremo al indicar este principio como fundante ordena que todo el sistema jurídico debe encontrarse irradiado por él. Es perceptible que la violación de un derecho fundamental implica en la mayoría de los casos el menoscabo de la dignidad humana, principalmente cuando se trata de los derechos a la vida y a la integridad personal. Por tanto, se impone el máximo respeto por la persona y por su cuerpo, lo que implica que esté proscrita tanto la violencia física como la moral, y se imponga un trato razonable al ser humano impidiendo cualquier disminución de su cuerpo o de sus concepciones espirituales o intelectuales. Luego, para la Constitución no es suficiente que la persona exista, es necesario que se encuentre en ciertas condiciones que le permitan vivir con dignidad, entendiendo al ser humano como único en relación con los otros seres vivos, dotado de racionalidad como rasgo diferencial y, debiendo tener garantizada por parte del Estado una vida íntegra que le permita desplegar al

4 Sentencia C-521/98: M.P Antonio Barrera Carbonell.

5 Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón. Ed Trotta. 1989. Citado por Antonio Manuel Peña Freire. La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho.

máximo sus derechos y libertades, logrando su desarrollo personal de acuerdo con la posibilidad que tiene de autodeterminarse e impidiendo que en la búsqueda de fines aparentemente plausibles se le mediatice y cosifique.

Por tanto, la dignidad humana no es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (Sentencia T-499/92),⁶ pues con este principio fundante se pretende eliminar la violencia y las injusticias que ha sufrido el ser humano históricamente, vinculando a todas las personas en el compromiso serio de la defensa y el respeto a los derechos fundamentales.

II. Sobre un caso trágico... aproximación a soluciones constitucionalmente admisibles

Sin duda alguna la proyección normativa de la Constitución en todos los planos del orden jurídico, supone la necesidad e indica el deber de descifrar la corrección de posibles estructuras interpretativas que, con relevancia fáctica, pueden ser objeto de aplicación en el marco de acción de los operadores jurídicos. Es decir, las implicaciones normativas del texto constitucional exigen la determinación y delimitación del contenido de todas las prescripciones jurídicas de naturaleza no constitucional a la luz de aquel. El influjo del constitucionalismo en el ámbito de actuación de aquellos a quienes se

ha asignado una labor hermenéutica con directos efectos prácticos en la vida del sujeto normativo induce a pensar que la discusión jurídica que ha de darse en los tribunales (si se quiere que de ella se predique la validez) debe partir de un supuesto ineludible: la interpretación del ordenamiento conforme a las premisas incorporadas en la Constitución y que desarrollan los axiomas fundamentales del Estado Constitucional.

Es lo anterior, el motivo que nos conduce a intentar la formulación de un problema que envuelve la difícil tarea de concurrir a desatar algunas tensiones entre principios medulares del ordenamiento jurídico constitucional. Tensiones que posibilitan el reconocimiento de formas interpretativas interesantes (quizás no novedosas) y que impulsan nuestro diálogo incondicional con el principio de efectividad de los derechos y deberes constitucionales.

El conflicto que a continuación se plantea tiene relación directa con el asunto que sirve de eje temático al ensayo que ahora se presenta, es decir, se liga a la respuesta que ha de dársele a la siguiente pregunta: ¿Puede el cuerpo humano ser utilizado como evidencia probatoria? Cuestionamiento cuyo planteamiento, dada nuestra vinculación con el principio de dignidad humana (el cual fue objeto de reconocimiento líneas atrás) que proscribía la mediatización del ser humano, es recibido con aire de rechazo, pero no por eso, determina la ilegitimidad de la tarea enderezada a sumergirnos en aquellos problemas que un interrogante tal puede plantear en el plano constitucional.

6 T-499/92. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Otras sentencias: T-401/92, C-052/92, C-521/98, C-575/92, C-542/93, C-239/97, T-465/96, T-529/92, T-143/99, T-473/95, T-477/95, T-377/95, C-293/95, C-521/98, T-309/95 S.V. T-124/93, T-065/95 T-796/98.

Sin duda alguna, el proceso penal es uno de aquellos ámbitos en donde las tensiones constitucionales pueden evidenciar más claramente la necesidad de delimitar el contenido y alcance de aquellos derechos enderezados a la protección de ciertos espacios de autonomía individuales y, que de una u otra forma, plantean opciones que intentan dar respuesta al cuestionamiento que se plantea. Es esta, una razón suficiente para introducirnos al complejo tema que pretendemos desarrollar en este apartado desde la especificación de una hipótesis cuya discusión ha de tener cuna en el proceso penal.

El caso hipotético que examinaremos y que podríamos denominar “El dramático caso del acceso carnal” sería susceptible de formulación en los siguientes términos: C presenta denuncia penal debido a que una hora antes ha sido accedida carnalmente en forma violenta. Indica como autor de tal conducta a B, quien a lo largo de la investigación señalará constantemente su inocencia. Ante tal denuncia, el organismo instructor aduciendo la vitalidad que adquiere en tales situaciones el reconocimiento ginecológico forense remite a C al especialista competente para tal efecto. C, negándose a proceder de tal forma, manifiesta que semejante examen implicará una interferencia adicional y por ello mismo dramática, en un espacio que considera absolutamente reservado. El desarrollo del proceso penal no integra testimonios de sujetos que hayan presenciado el evento, simplemente se cuenta con algunas manifestaciones testimoniales que mencionan las continuas dispu-

tas entre B y C debido a que esta última, no obstante sostener una relación sentimental con B, se negaba a tener cualquier tipo de contacto sexual. ¿Será posible proferir sentencia condenatoria contra B, no obstante la inexistencia de la prueba de orden ginecológico ya mencionada?

Con fundamento en el supuesto fáctico señalado, centraremos nuestra atención en la forma como consideramos se debe plantear la discusión. Nótese que el problema fundamental es el siguiente: Si la prueba de reconocimiento ginecológico considerada fundamental en el proceso investigativo a que da lugar la posible actualización de un acceso carnal violento -debido a que suministra datos cardinales sobre la real ocurrencia de los hechos-, no se practica en razón a que la presunta víctima del suceso no lo permite... ¿El Estado puede “exigir” tal reconocimiento debido a que su ausencia determinará la ineffectividad de las normas penales? De lo que se trata, y por ello se dejó entre comillas el término exigir, no es de indagar si el Estado puede someter a una mujer al examen indicado (lo que desde ahora descartarnos) sino de si necesariamente ante la ausencia del mismo, quedara frustrada la aplicación de las normas penales. La “exigencia” de que hablamos no es directa; simplemente basta determinar, para encontrarla, que la reacción del sujeto pasivo ante la eventual impunidad del suceso puede conducirlo a someterse a la práctica de la prueba aún en contra de su voluntad.

Descripción del área problemática y determinación de las relaciones de precedencia posibles predicables del supuesto de hecho descrito

De inmediato se nutre un primer marco de solución con la intervención de dos principios constitucionales. Es necesario advertir que acogemos, por considerarla metodológica y materialmente correcta para la solución de tensiones de principios contenidos en la constitución, la elaboración que sobre este tipo de normas desarrolla Robert Alexy en su texto "Teoría de los Derechos Fundamentales". Entendemos, por tanto, que los principios constitucionales son mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dependiendo de las posibilidades jurídicas y fácticas y que como tales (es decir como mandatos de optimización) suponen la máxima de proporcionalidad integrada por las tres máximas parciales de adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad.

¿Cuáles son los principios que permiten una inicial aproximación al problema?

Antes de dar respuesta a este interrogante debemos establecer una premisa: la investigación penal sobre un asunto que suponga la presencia de la faceta sexual de un individuo implica la afectación del derecho

a la intimidad pues en ella (en la investigación) necesariamente se indagará sobre uno de los segmentos más personales de la vida del ser humano.

Aclarado lo anterior y que determinará una actitud de mayor cuidado en el escrutinio de las medidas que puedan profundizar la afectación del derecho a la intimidad (a mayor restricción de un derecho mayores deben ser las razones para continuar tal proceso), volvemos a la solución de la cuestión que acabamos de plantear. Es decir, a la determinación de los principios que facilitan nuestro acercamiento al problema

De una parte, hallamos el principio (p1) que incorpora el deber del Estado de efectivizar las normas penales una vez conocida una conducta jurídico-penalmente relevante. Este principio avalaría la posibilidad de dirigir una "exigencia" a C (en nuestra hipótesis), consistente en su sometimiento al reconocimiento ginecológico, dada la importancia de tal examen en orden a determinar la realidad de los hechos plasmados en la manifestación de quien se presenta como sujeto pasivo de la conducta.

De otra, encontramos que el principio (p2) protector del derecho a la intimidad y para cuyo entendimiento seguimos la idea de A. de Cupis quien lo asume como la "facultad de la persona de excluir a los demás del conocimiento de lo que se refiere a sí misma"⁷, se erige en pauta normativa pertinente para la solución del caso. Este princi-

7 Antonio E. Pérez Luño, "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", Ed Tecnos, Madrid, 1995, Pág. 327. La Corte Constitucional de Colombia ha expresado en la sentencia T-696 de 1996 con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz refiriéndose al derecho a la intimidad lo siguiente: "La intimidad, el espacio exclusivo de cada uno, es aquella órbita reservada para cada persona y de que toda persona debe gozar, que busca el aislamiento o inmunidad del individuo frente a la necesaria injerencia de los demás, dada la sociabilidad natural del ser humano".

pio, respaldaría la prohibición de implementar cualquier mecanismo que aun estando en capacidad de introducir certeza en el marco de un proceso penal pudiese afectar la intimidad del sujeto pasivo y por tal vía terminará instrumentalizando el cuerpo de aquél.

Es necesario efectuar un comentario adicional para no incurrir en errores: la afectación y necesaria protección del derecho a la intimidad (partimos de la premisa redactada líneas atrás) no desaparece por el hecho de que la persona sobre la cual se concreta la vulneración del bien jurídico sea la misma que proporcione el impulso, a través de la denuncia, para que el proceso investigativo se inicie. Sostener lo contrario, esto es, considerar que no se afecta el derecho a la intimidad implicaría someter el ejercicio del derecho a cargas desproporcionadas derivadas de la consecuente (ante la afirmación referida a que la denuncia neutraliza cualquier vulneración) desprotección de tal principio.

A partir de lo anterior existen fundamentalmente dos formas básicas de solucionar la inquietante tensión a saber: (I) podríamos afirmar que (p1), dada la trascendental función que en el marco de un Estado de Derecho se le asigna a la tarea de efectivización de las normas jurídicas posee un peso específico mayor que (p2), razón por la cual estaría justificada el “deber” impuesto a C y referido su sometimiento a un reconocimiento ginecológico (m1); sin embargo, (II) tendríamos la posibilidad de considerar que el derecho a la intimidad (p2) como extensión de los postulados liberta-

rios de la Constitución ligados al concepto de dignidad humana impondría una barrera absolutamente intraspasable a los mecanismos de averiguación de la verdad inescindiblemente vinculados con (p1) y que, por tanto, el “deber” específico descrito (m1) estaría inhabilitado constitucionalmente.

En este caso se debe fundamentar qué tipo de relación de precedencia se puede establecer entre los principios en cuestión. Una respuesta a este planteamiento surge de la aplicación de la máxima de estricta proporcionalidad que supone una orden para ponderar los contenidos de las normas en tensión. Dicha ponderación sólo resultará correcta si se cumple la siguiente regla: “Cuanto más intensa sea la interferencia en un principio, más importante ha de ser la realización del otro”.⁸ En el supuesto en estudio y sin ánimo exhaustivo podríamos avanzar la siguiente respuesta: el principio (p1) como desarrollo directo de la noción de Estado Constitucional permite la interferencia proporcionada en el ámbito de acción del derecho a la intimidad (p2), pues la efectividad de las normas jurídico-penales, es presupuesto ineludible del mantenimiento de condiciones aptas para el ejercicio de los derechos fundamentales. Debido a lo anterior, el derecho a la intimidad puede ser interferido para garantizar su propia existencia.

No dudamos en afirmar que la anterior respuesta puede ser problematizada; no obstante, por razones de espacio, no profundizaremos —en este lugar— sobre el particular, lo que nos permite desde ahora, establecer una relación de precedencia del siguiente tipo

8 Robert Alexi, “Derecho y Razón práctica”, Ed. Coyoacan, México, 1998, Pág 31.

(p1 P p2) c1, siendo c1 el supuesto de hecho procesal que ha quedado expuesto más arriba. Podría establecerse, por tanto, una regla con el siguiente contenido: (R1) En los casos de investigaciones derivadas de la posible materialización de un acceso carnal violento los órganos judiciales competentes "deberán exigir que el sujeto pasivo se someta al reconocimiento ginecológico (m1)

Hasta este momento simplemente formulamos la posibilidad de afectación del derecho a la intimidad del sujeto pasivo a través de medidas como las descritas, en los casos de acceso carnal violento. El examen de proporcionalidad a través de las máximas de adecuación y necesidad que a continuación desarrollaremos, generará cierta incertidumbre sobre la viabilidad constitucional de la utilización de los mecanismos que hasta el momento hemos parecido aceptar como instrumento para optimizar el principio (p1).

Podemos señalar, en consecuencia, y quizás repitiendo, que estamos dispuestos a afectar el derecho a la intimidad en beneficio del principio que ordena la realización de las normas jurídico-penales. Siendo esto así, examinaremos la medida consistente en obligar al sujeto pasivo a someterse al reconocimiento ginecológico (obligación no susceptible de ser forzada por el Estado pero que implícitamente surge debido a que el sujeto pasivo reconoce que sin la misma una conducta delictiva de la cual fue víctima podrá quedar impune debido a que tal prueba no es sustituida por el Estado en forma alguna).

Dicho examen de proporcionalidad, referido al problema de las posibilidades fácticas (el referido a las posibilidades jurídicas se expresó en la aplicación de la máxi-

ma de estricta proporcionalidad), se realizará en dos pasos: (I) en primer lugar aplicaremos a la medida la máxima de adecuación (la medida debe ser adecuada al fin que se persigue) y (II) en segundo término emplearemos la máxima de necesidad (no debe existir una medida que afecte menos al principio que se opone a aquel otro que se busca realizar). Si este test es superado, la medida (m1) deberá considerarse ajustada a la Constitución y procesalmente permitida.

Evaluación constitucional de la medida e integración de una tensión adicional con relevancia en la determinación de los alcances de la presunción de inocencia y la carga de la prueba

Debemos preguntarnos si (m1) es una medida adecuada para alcanzar el fin perseguido por el principio (p1). La respuesta sólo puede resultar positiva. En efecto, la orden consistente para que se adelante la práctica del mencionado examen (m1) facilita la labor orientada al esclarecimiento de las circunstancias en que posiblemente se configuró una acción delictiva. Siendo ello así, resulta constitucionalmente adecuado admitir que ante la ausencia de tal prueba en una hipótesis como la que arriba hemos dejado expuesta, el operador jurídico que la estudia no tendrá alternativa diferente a concretar una decisión absolutoria. Esto, a contrario sensu, determina que la expansión de los efectos jurídicos de tal prueba es adecuada para alcanzar la efectividad de las normas jurídico-penales (p1).

Ahora bien, ¿superará la medida (m1) el test de necesidad?, es decir, ubicados en los supuestos de hecho que han dado lugar a ese análisis ¿no existirá una medida alternativa (m2) que afecte en menor grado el derecho a la intimidad que (m1)?

En otros términos, ¿existe alguna salida que desde el punto de vista jurídico-constitucional posibilite, no obstante la inaplicación de (m1), hacer efectivas las normas jurídico penales? La respuesta, consideramos, puede surgir de la ponderación entre dos principios constitucionales que se integran al problema. El primero de ellos y que es concreción del principio que protege el derecho a la intimidad podría formularse como principio de prohibición de práctica de pruebas que puedan afectar zonas cercanas –no integrantes– del núcleo esencial de los derechos fundamentales (p3). El segundo se denominaría principio protector de la presunción de inocencia de aquel cuya conducta se investiga (p4).

Concretando: la existencia de una medida alternativa a (m1) y que afecte en menor grado a (p2) dependerá de la respuesta que se le dé al siguiente interrogante: ¿Es posible la restricción del principio protector de la presunción de inocencia (p4) con el objetivo de salvaguardar la zona de penumbra cercana al núcleo esencial del derecho fundamental a la intimidad (p3)? Es decir, nuestra tarea para dar respuesta a lo anterior consistirá en dialogar con toda la Constitución para determinar si ésta admi-

te la restricción de los efectos derivados de la presunción de inocencia, entre ellos, el relacionado con la carga de la prueba. Si la respuesta es positiva, estaríamos en capacidad de afirmar que existe una alternativa menos lesiva de (p2) que (m1) la cual consistiría fundamentalmente en atribuirle una mayor carga probatoria a quien se le imputa la comisión del delito de acceso carnal violento. La adopción de esta interpretación restaría fuerza a la afectación del derecho a la intimidad, sin embargo no la neutralizaría, pues en el proceso penal que se comenta, tal y como anunciamos más arriba, la intromisión en aquellos asuntos relacionados con la sexualidad de un ser humano específico permanecerá latente. Si por el contrario, la conclusión se erige a partir de una respuesta negativa, terminaríamos exaltando la importancia de aquella prueba, lo que potencializa un estado de cosas en el que el cuerpo del ser humano se erige en evidencia probatoria y en el cual, el ámbito de actuación de la intimidad sufre indudables limitaciones.

Quienes ahora elaboran este trabajo, estudian con preocupación la respuesta que habrá de dársele a tan trágico conflicto. Trágico por el hecho de que cualquier postura suministra el sacrificio de apotegmas que dotan de sentido la forma de organización jurídico-política que hemos acogido. Por ello, debemos decir con naturalidad, que al momento de redactar estas líneas no ha mediado entre nosotros un acuerdo que pueda ser proyectado en forma de posición unita-

9 Dijo la Corte Constitucional en la sentencia Su 337 de 1999 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero: "...Estamos pues en presencia de lo que algunos sectores de la doctrina han denominado un caso que no sólo es difícil sino que incluso es **trágico**, pues si bien el juez se encuentra obligado a sentenciar, cualquier decisión parece inadecuada, por lo cual es necesario llegar a aquella resolución que sea humanamente menos dolorosa y que menos afecte los principios constitucionales en juego..." (negrillas no hacen parte del texto original).

ria. El marco procesal de argumentación queda de esta forma expresado, permaneciendo en el aire una idea que desvanece la posibilidad de considerar como tarea fácil el proceso de interpretación constitucional que en su faena dirigida a la constitucionalización del derecho procesal y probatorio aún tiene mucho que aportar. Sólo quisimos demostrar que el estudio del “cuerpo humano como evidencia probatoria” es un dispositivo adecuado para incluir el derecho constitucional en las consideraciones que de orden jurídico se conciben en aquellos espacios donde se fundamentan las decisiones judiciales

Esquema de las anteriores ideas:

(p1) Deber del Estado de efectivizar las normas penales una vez conocida una conducta jurídico-penalmente relevante

(p2) Protección del derecho a la intimidad.

Solución de la tensión:

Relaciones de precedencia condicionadas (P indica una relación de precedencia)

Hipótesis 1 (p1Pp2)c1

Hipótesis 2 (p2Pp1)c1

C1 : Investigación sobre la presunta configuración de un acceso carnal violento en el que el sindicado alega su inocencia, la víctima se niega a someterse a un reconocimiento ginecológico forense y no existe prueba importante adicional

Es fundamentable la defensa de la hipótesis 1 dado el papel que desempeña (p1) en el marco de un Estado Constitucional, por lo tanto, se debe establecer qué medi-

das podrían ser utilizadas para su optimización en el caso concreto.

Dado que está admitida la restricción del derecho a la intimidad, podríamos afirmar que en principio, resulta posible utilizar como mecanismo de efectivización de (p1) la medida (m1)

(m1) orden de reconocimiento ginecológico forense.

Examen de (m1)

¿Es (m1) adecuada para la realización de (p1)? Respuesta positiva.

¿Existe una medida alternativa a (m1) que afecte menos a (p2)?

Tal respuesta surge una vez se determinen los resultados de ponderación (máxima de estricta proporcionalidad) de dos principios que se adicionan a la tensión.

(p3) Principio de prohibición de prácticas de pruebas que puedan afectar zonas cercanas –no integrantes- del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

(p4) Principio protector de la presunción de inocencia de aquel cuya conducta se investiga.

Relaciones de precedencia condicionada (P indica una relación de precedencia)

Hipótesis 3 (p3Pp4)c1

Hipótesis 4 (p4Pp3)c1

Si se verifica la posibilidad de actualización de la hipótesis 3 y por tanto resulta admisible la restricción de la presunción de inocencia, tal relación de precedencia determina el surgimiento de (m2) cuyos efectos consistirán en que una vez se presenten las

condiciones 1 (c1) la carga de la prueba podrá trasladarse parcialmente a aquel cuya conducta se investiga.

Si se determina la corrección de la hipótesis 4 se deberá concluir (al parecer) que no existe medida alternativa y por tanto (m1) está ordenada por (p1).

Las consecuencias de investigaciones científicas: nuevas fronteras de aplicación del contenido esencial

Debido al nivel ascendente que representa la exploración e investigación científica en punto al material genotípico y fenotípico del ser humano y por lo tanto, el desvanecimiento de la barrera sujeto-objeto de la relación epistemológica, surge la necesidad de una mayor injerencia en el cuerpo humano para erigirlo como evidencia probatoria en la constatación de posibles transgresiones originadas al paso de los acontecimientos científicos suscitados.

Esta situación problemática exige un análisis que se acople al marco constitucional y a la referencia axiológica que ella supone, cuyo paraje de referencia se ubicará en la teoría del núcleo esencial subjetivo¹⁰ en sus dos divisiones doctrinarias: absoluto y relativo, además de la caracterización de los bienes que a continuación se enuncian:

1. La potencialización de la normatividad penal contrapuesta a la libertad de decidir sobre cualquier injerencia que comprometa la integridad personal -en este caso se contempla una negativa-.

2. La potencialización de la normatividad genérica -incluye como aspecto relevante la penal- contrapuesta a la conservación de la integridad personal para derivar los parámetros de la prueba lícita.

El primer y segundo plano difieren en cuanto al espectro de aplicación, pero de manera esencial frente a la libertad de elección sobre la alternativa conveniente, y se identifican en la línea restrictiva del derecho a la intimidad en una posible intervención, a quien sirviese como evidencia probatoria.

La tensión de principios observará en su primer paso evolutivo un planteamiento del Tribunal Federal Alemán, que aunque en un caso disímil al aquí plasmado, contempla una solución con sostén en el contenido esencial relativo:

“La libertad de una persona es un bien jurídico tan alto que sólo puede ser restringido en virtud de razones especialmente importantes”¹¹.

En la materia específica que ocupa este escrito podrían argüirse razones superiores en torno al interés general de la comunidad en la protección de bienes jurídicos fundamentales para dar paso a una restricción de

10 “Las teorías subjetivas del contenido esencial pueden ser absolutas o relativas. Según la teoría relativa, el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación”. Y según la absoluta el núcleo esencial se plantea en términos de los “últimos ámbitos intangibles”. R. Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales págs 288 y 289.

11 ob cit pág 289.

la autonomía y de contera, una potencialización de la normatividad penal.

Razonamiento que experimenta contraposición en el sustrato objetivo de los derechos fundamentales que los instituye como parte endémica del sistema jurídico e integrantes del interés general; por esta canal no es viable una interpretación simplista y anacrónica del principio de interés general. "Los derechos constitucionales no pueden ser disueltos en un cálculo utilitario sobre el bienestar colectivo, ni pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que estos derechos son precisamente limitaciones al principio de la mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el interés colectivo."¹²

Fronteras conceptuales, que excluyen para el caso de lesiones de intereses cubiertos jurídicamente producto de una experimentación científica empírica que tenga por objeto el ser humano, juicios de carácter cuantitativo o de fuerza -un aumento en la frecuencia de las transgresiones justificaría una intervención en la esfera individual del hombre para potencializar la aplicabilidad de medidas punitivas-.

Sin embargo, el anterior conflicto requiere acudir al núcleo esencial subjetivo absoluto para auscultar un posible desenlace, fruto de una ponderación respetuosa del contenido esencial calificado.

La facultad no impedida de elegir entre alternativas de acción se conecta inexorablemente con un principio fundante de la propuesta política que constituye el Estado Social de Derecho: la dignidad humana, eje

paradigmático constatado en la conservación del ser humano como fin, aspecto supresor del peso que pueda representar un argumento escueto del ser humano, en la dimensión del deber de colaboración con el bienestar general al viabilizar la efectivización de la normatividad penal. Ello releva a los partícipes de este trabajo de la aplicación descontextualizada de una regla como la del artículo 95 numeral 7 de la Carta fundamental, ámbito desconfigurado que la llevaría a ser una norma de poder mas no de derecho.

La libertad ha sufrido un proceso evolutivo en su reflexión unitaria de valor singular, para circunscribirse en sociedad con limitantes razonables; razonabilidad que para el caso se halla sin cimientos, si aunado a lo anterior se vislumbra una afectación del derecho a la intimidad, al fundar el cuerpo como evidencia probatoria, en aquella esfera más interna de donde puede hablarse "de reglas aseguradas en alto grado, que protegen el ámbito más interno"¹³.

Desvirtualización de la protección de bienes jurídicos del derecho penal

El derecho penal está caracterizado por la protección exclusiva de bienes jurídicos que incidan en la posibilidad de participación de los asociados (protección de la omisión y de la acción) es decir, de bienes jurídicos iusfundamentales, encarnando una desnaturalización de la protección la intervención restrictiva en la zona del núcleo esencial -adopción para la refutación de la

12 Sentencia C 309 de 1997. Corte Constitucional.

13 ob cit pág 351.



teoría del núcleo esencial relativo- de un derecho fundamental en conflicto con la adaptación material de la normatividad punitiva.

Mas, gracias a la difícil solución de casos frontera que significaría tomar medidas sancionatorias proporcionales y en fuerza de las premisas esbozadas en párrafos antecedentes, se impone a la sociedad política la obligación de crear fórmulas preventivas de restricción y tutela de los bienes jurídicos protegidos, al difundir en la sociedad civil una redimensión de los valores éticos limítrofes, verbigracia en la clonación, al reconocer la individualidad que el medio cultural proporciona; paralelo a los instrumentos antecedentes, implementar obstáculos acuciosos en los procesos de investigación para prevenir la transgresión.

2. Desarrollo del punto

En el caso que una intervención en la integridad personal para obtener un medio probatorio genere una modificación o alteración dañina jurídicamente¹⁴ en el cuerpo humano, se restringiría de manera tan intensa la dignidad humana que encarnaría una violación e instituiría en ilícita la prueba obtenida, consecuencia arrojada de la carencia de peso para el caso, del principio de oficialidad penal o de la búsqueda de certeza de las posiciones jurídicas de los asociados, verbigracia en el último caso, la paternidad.

Caso contrario, en cuanto la intervención en la integridad personal no se constituya en dañina a una altura jurídica, se contemplarían los siguientes elementos fácticos:

a. No voluntariedad para servir como medio probatorio en la potencialización de la normatividad penal.

b. Voluntariedad para servir como medio probatorio en la potencialización de la normatividad penal.

a' No voluntariedad para servir como medio probatorio en la constatación de situaciones fácticas que den certeza a derechos de terceros, verbigracia la prueba antropoheredobiológica.

b' Voluntariedad para servir como medio probatorio en la constatación de situaciones fácticas que den certeza a derechos de terceros.

a. Estudiado de forma primigenia

b. Situación no problemática en punto a la libertad.

a' Las medidas acogidas por el legislador (indicios en contra) resultado de una conducta impositiva de quien pueda servir como medio de prueba para derivar certeza en una situación jurídica que otorgue derechos a terceros, se presentan reverentes ante el núcleo esencial absoluto de la libertad en su esfera más íntima, aquel sitio de donde surgen convicciones que sólo interesan al ser humano y no a la sociedad. A pesar de ser el último raciocinio discutible por la sociabilidad inherente del hombre, constituirá un tema inconcluso en la investigación "El cuerpo humano como evidencia probatoria".

b' Situación no problemática en cuanto a la libertad.

14 Este concepto aunque espinoso debe entenderse sujeto a las posibilidades de realización jurídica y fáctica.

III. Conclusiones

Si adoptamos la dualidad conceptual **verdad/prueba** —o, por usar terminología recurrente en la literatura jurídica procesal, **verdad objetiva o material/verdad procesal o formal**—, entendemos por la primera la correcta descripción de un mundo independiente u objetivo y por la segunda la descripción de la formulada en el proceso, podría decirse que, tanto la ciencia procesal posilustrada que se desarrolló en el continente Europeo como la que se desarrolló en el Derecho Anglosajón, llevan a cabo una anulación de esa dualidad, si bien en cada caso por razones diferentes. En el primer caso, la anulación aludida se produjo por una identificación entre ambos conceptos que se asentaba en una acrítica fundamentación realista u objetivista: la prueba es expresión o reflejo de la verdad, porque los procedimientos procesales de conocimiento de los hechos proporcionan resultados infalibles. En el segundo, la anulación se asienta justamente en lo contrario, en una fundamentación subjetivista que impugna la idea de conocimiento objetivo: no hay más verdad que la procesalmente conocida y declarada.

Ahora bien, nótese que el concepto de verdad (verdad objetiva) traduce, en relación con el de prueba (verdad procesal), un ideal, y en esa medida dicha distinción tiene la virtualidad de poner de relieve las inevitables limitaciones a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido: aunque sólo la prueba resulta jurídicamente relevante, no es infalible, y desde luego puede ser distinta a la obtenida a través de otros procedimientos que no tengan las limitaciones procesales.

Por eso, creemos que la distinción entre esos dos conceptos **verdad/prueba** comporta un abandono de la tesis de que el fin del proceso es el descubrimiento de lo que realmente ha sucedido (verdad real), con el corolario de que el horizonte de la prueba (o verdad procesal) deje de ser la verdad objetiva.

Es más, la distinción juega también un papel importante, pues pone de manifiesto la necesidad de establecer garantías para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad. En cualquier caso, la distinción entre **verdad y prueba** o entre **verdad objetiva y verdad procesal**, exige abandonar los viejos paradigmas y adoptar una postura de aproximación para conocer la verdad de los hechos realmente acaecidos, sin ignorar la relatividad de la verdad alcanzada, porque relativa es, por definición, la verdad procesal.

En la actualidad se aprecia una convergencia entre los distintos sistemas procesales, que habían confiado en la posibilidad de obtener una verdad incuestionable en el proceso, “son conscientes” de la naturaleza “contaminada” del “conocimiento de hechos” y de la “estructura probabilística” de la “verificación”. Todos los sistemas procesales, conciben el procedimiento de valoración de la prueba como verificación (en términos de probabilidad) de las distintas hipótesis de reconstrucción de los hechos. En síntesis, podría decirse que, en los planteamientos de la actualidad, se aprecia una tendencia a concebir que la “verdad de los hechos” nunca es absoluta, sino que viene dada por la “hipótesis más probable”, o sostenida por mayores elementos de confirmación.

Esta es la línea que sigue la "Teoría del Garantismo Penal".

Desde la perspectiva del modelo cognoscitivista de Ferrajoli, el criterio de "verificabilidad" que rige la investigación sobre los hechos en la búsqueda de la verdad procesal - como correspondencia entre la verdad fáctica y la verdad jurídica -, deslegitima la regla según la cual: "cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan debe poder usarse", y establece limitaciones sobre los medios de prueba y sobre las fuentes de prueba. Recordemos que por "fuente" de prueba se designa todo aquello con lo se verifican las afirmaciones vertidas en el proceso, a diferencia del "medio", que sería el tipo de actividad con que la fuente se introduce en el proceso. (J. Montero Aroca).

Las limitaciones probatorias pueden manifestarse, restringiendo directamente los medios de prueba admisibles. Si los medios de prueba son los instrumentos a través de los cuales se introducen en el proceso pruebas, para reconstruir la realidad de los hechos, parece claro, conforme a la regla enunciada en el apartado precedente, que cualquier medio de prueba que pudiera aportar información de interés para el proceso debería ser admisible; es decir, la regla que rige con carácter general el uso de medios de prueba es la de un "numerus apertus" de los medios. Por ello, se excepciona esta regla cuando los sistemas probatorios adoptan el criterio del "numerus clausus" o sea, cuando no reconocen con carácter general otros medios de prueba que los expresamente regulados por la ley. Ciertamente que en esa regulación legal taxativa la mayoría de los sistemas pro-

batorios contemplan todos los medios de pruebas tradicionales, por lo que en este sentido no parece que se planteen particulares problemas. Si la limitación tiene importancia es, sobre todo, porque la incorporación de los nuevos avances probatorios, hace extensiva una interpretación de los medios de prueba tradicionales legalmente contemplados, que permiten la inclusión en ellos de esos nuevos avances probatorios.

Ahora bien, la limitación más importante al uso libre de medios probatorios tiene lugar cuando se establece que no se podrán probar ciertos hechos más que con determinados medios de prueba prefijados por la ley.

Y finalmente, la limitación de pruebas puede manifestarse también de otras formas: limitando el uso de determinadas pruebas ya adquiridas; o prohibiendo directamente la adquisición de ciertas pruebas, prohibiciones que pueden operar ex ante, sobre la admisibilidad de la prueba, o ex post, como auténticas "reglas de exclusión" de la que ya ha sido incorporada al proceso con infracción de aquellas prohibiciones.

La presencia de estas limitaciones se puede detectar en casi todos los sistemas procesales, al menos en aquellos que pretenden ser **mínimamente garantistas**, pues lo que persiguen ellas es la **tutela de la libertad y dignidad de los individuos**. Los casos más claros son el de la **prohibición de la tortura**, - pues, aunque se orienta directamente a **garantizar la vida y dignidad humana**, qué duda cabe que contribuye también a evitar la posible obtención de una verdad "torcida"-, y la **prohibición de la prueba ilícitamente obtenida**.

Es de anotar que la prohibición de la prueba ilícita no requiere regulación expresa, pues en realidad es desde la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de "inviolables" de donde deriva la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental. Se trata, por tanto, de una consecuencia que deriva de la especial "resistencia" de los derechos fundamentales frente a los actos del poder contrarios a ellos y de la necesidad de anular los efectos que tales actos pudieran surtir, es la doctrina del "fruto del árbol venenoso" que produce además un efecto preventivo o disuasorio, en terminología de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de la Doctrina Española. Estamos así ante una garantía de libertad, y en ningún caso ante una garantía de verdad. Es más, la prueba ilícitamente obtenida plantea siempre el dilema de tener que optar por la averiguación de la verdad o por la garantía de la libertad; y desde luego su desestimación, supone la opción por la protección de la libertad en detrimento de la averiguación sin restricciones de la verdad: "La verdad no puede ser investigada a cualquier precio" (V. Gimeno Sendra).

El interés propio del modelo cognoscitivista impone, claro está, la contención en la formulación de limitaciones probatorias, y, allí donde no exista una limitación expresa, impone también una interpretación de la ley favorable a la entrada de la verdad en el proceso, pues sí hay un escenario donde el **objetivo** del modelo probatorio sigue siendo la demostración de los hechos tal y como sucedieron, es en el Proceso Penal.

Al respecto, el Profesor CLAUS ROXIN afirma lo siguiente:

"Todo Derecho Procesal Penal legalmente instituido se enfrenta ante la necesidad de armonizar, por un lado, el interés en la búsqueda de la verdad, y, por otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales".

Y reconoce que, los únicos casos en que el **procesado puede ser objeto de investigación**, es en los siguientes:

"En principio el procesado no tiene que colaborar con las autoridades encargadas de la investigación mediante un comportamiento activo; sin embargo, **sí debe soportar injerencias corporales**, que pueden contribuir definitivamente al reconocimiento de su culpabilidad. Así, según el parágrafo 81 a del Código Procesal Penal, **debe dejarse extraer sangre** para aclarar su eventual responsabilidad lo que, para el delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas (parágrafo 136 del Código Penal) se convierte en el **medio de prueba más decisivo**. Desde 1997 **están permitidos también los exámenes genéticos** para determinar la responsabilidad de sospechosos (parágrafos 81 e - g del Código Procesal Penal). No obstante, se necesita una **orden judicial escrita**. Por tanto, en la medida en que se impone al procesado una obligación a tolerar, claramente se antepone el **interés en averiguar la verdad, al interés del procesado a mantener en secreto su <<información corporal>> y a excluirla como medio de prueba**". (La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal, editorial Tirant Lo Blanch alternativa, año 2000, págs. 121 y 139).

Conclusion, en el Derecho Procesal y más aún en el Penal se presenta una constante lucha entre pretensiones contrapuestas: La Búsqueda de la Verdad y la Protección del Indi-

viduo; por lo tanto, ¿hasta qué punto, para resolver legítimamente esta Antinomia es válido utilizar el "CUERPO COMO EVIDENCIA EN EL PROCESO"???