

Sentencia C-822/05

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Fundamento constitucional

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Concepto

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL-Alcance

PROHIBICION DE EXCESO EN PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Significado/PROHIBICION DE DEFECTO EN PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Significado

METODO DE PONDERACION EN PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Objeto

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Prohibición de requisas visuales o por contacto sobre cuerpos desnudos a internos y visitantes

PRUEBAS EN PROCESO PENAL POR DELITOS SEXUALES-Son inadmisibles las que indaguen sobre comportamiento sexual de la víctima

PONDERACION EN MATERIA PROBATORIA-Importancia en el nuevo código de procedimiento penal

A la luz del nuevo Código de Procedimiento Penal que desarrolla el sistema acusatorio introducido por el Acto Legislativo 02 de 2003, la ponderación en materia probatoria, mediante la aplicación de juicios de razonabilidad y de proporcionalidad, es particularmente pertinente dado que en dicho Acto se distingue entre tres grandes clases de medidas encaminadas al recaudo de elementos materiales probatorios: (i) las que siempre requieren autorización judicial previa (inciso 1 del numeral 3, artículo 250 CP); (ii) las que no requieren dicha autorización (numeral 2, artículo 250 CP); y (iii) las que pueden llegar a requerirla, según el grado de incidencia que tengan sobre los derechos constitucionales, puesto que si la medida implica afectación de derechos, la Carta exige autorización judicial previa (numeral 3, artículo 250 CP). Esta ponderación busca lograr un equilibrio entre los derechos del procesado, de un lado, y, los derechos de las víctimas, así como el interés público imperioso en que se haga justicia, de otro lado. Ambos extremos se unen en el fin común de que se administre justicia de manera imparcial, pronta y con el respeto a las garantías constitucionales.

INTERVENCIONES CORPORALES-Definición

INVESTIGACIONES CORPORALES-Definición

REGISTROS INTIMOS-Definición

INSPECCIONES PERSONALES-Definición

REGISTRO CORPORAL-Definición

INSPECCION CORPORAL-Definición

INTERVENCIONES CORPORALES-Exigencias formales y materiales para su procedencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Comparado/PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN INTERVENCIONES CORPORALES-
Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Comparado

Dado el amplio espectro de derechos afectados por las intervenciones corporales, así como la intensidad que puede adquirir esa afectación en la práctica, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado, se ha rodeado a estas medidas de exigencias formales y materiales orientadas a impedir una incidencia excesiva, de los derechos fundamentales en juego. Por ello se ha entendido que la constitucionalidad de tales medidas depende del respeto del principio de proporcionalidad – esto es, que no tengan una incidencia desproporcionada en los derechos –, así como del principio de legalidad, apreciados en el contexto de una sociedad democrática. Adicionalmente, se ha considerado que la aplicación del principio de proporcionalidad exige el cumplimiento de dos tipos de requisitos. En primer lugar, en cuanto a los requisitos formales, se ha exigido una decisión judicial para ordenar o autorizar su práctica durante la investigación, cuando no se cuente con el consentimiento del inspeccionado físicamente y que tal decisión sea motivada, a fin de evitar la arbitrariedad y asegurar la posibilidad de controles posteriores tanto a la decisión, como a su aplicación. Algunos países establecen excepciones a esta reserva judicial, como, por ejemplo, cuando el sujeto sobre el cual recaen las medidas de manera previa, consciente, libre y específica otorga su consentimiento para la práctica de las mismas, cuando se trate de la obtención de muestras no íntimas de las personas, cuando su práctica sea urgente o exista riesgo para el éxito de la investigación derivado de la demora. En segundo lugar, en cuanto a los requisitos sustanciales, se exige que la medida, en las circunstancias del caso concreto, sea proporcionada, lo cual implica que, en este contexto, cobren especial trascendencia los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES-
Medidas adoptadas en instrumentos internacionales para evitar una segunda victimización

ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL-
Protección de víctimas de delitos sexuales

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-Protección de víctimas de delitos sexuales

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-
Protección a la intimidad de víctima de delitos sexuales

MEDIDAS CORPORALES-Necesidad de autorización previa por juez de control de garantías/**MEDIDAS CORPORALES-**Elementos para analizar sobre su procedencia/**MEDIDAS CORPORALES-**Examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad

En primer lugar, la Corte considera que las medidas previstas en las normas acusadas implican afectación de derechos fundamentales y amenazan el principio de la dignidad humana (artículo 1, CP), por lo tanto, siempre es necesario que se acuda al juez de control de garantías para solicitarle que autorice la práctica de estas medidas, tal como lo ordena el artículo 250 numeral 3 de la Constitución. En segundo lugar, el juez de control de garantías al cual el fiscal le solicite la autorización de la medida debe analizar no sólo su legalidad y procedencia, entre otros, sino ponderar si la medida solicitada reúne las condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el caso concreto. El juez puede autorizar la medida o negarse a acceder a la solicitud. Esta determinación puede obedecer, principalmente, a dos tipos de razones: (a) las que tienen que ver con la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (b) las que resultan de analizar si en las condiciones particulares de cada caso la medida solicitada reúne tres requisitos: ser adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); no existir un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y que al ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos de la persona a la cual se le realizaría la intervención corporal y las circunstancias específicas en que se encuentra, de otro lado, se concluya que la medida no es desproporcionada (proporcionalidad).

INSPECCION CORPORAL Y REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-Diferencias

INSPECCION CORPORAL DEL IMPUTADO-Garantías para la práctica

En cuanto a las garantías, la disposición bajo estudio exige la presencia del defensor del imputado, la cual debe garantizarse tanto para la solicitud de la inspección, como durante su práctica. Es por ello que la norma establece que en la práctica de la medida deberán observarse toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. En este sentido es compatible con la dignidad humana, entre otras cosas, lo siguiente: (i) que no se someta innecesariamente al imputado a la repetición de la inspección corporal; (ii) que cuando se trate de inspecciones que involucren las cavidades vaginales, genitales o anales, o que requieran el empleo de instrumentos que deban ser introducidos en el cuerpo del imputado, ésta diligencia sea adelantada por personal médico; (iii) que la inspección corporal no implique el empleo de procedimientos que causen dolores innecesarios, o que puedan poner en riesgo la salud del imputado; (iv) que durante la práctica de la misma se observe el mayor decoro y respeto por la persona del imputado; y (v) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN INSPECCION CORPORAL DEL IMPUTADO-Factores que se deben sopesar

Aún cuando la inspección corporal está orientada a la recuperación de elementos materiales probatorios que aseguren estos fines imperiosos, tales fines planteados de manera abstracta no aseguran que la autorización de la práctica de la inspección corporal para la investigación de cualquier delito sea proporcionada. El examen, en cada caso concreto, de esa proporcionalidad en sentido estricto exige que se sopesen, por un lado, entre otros factores, (i) la gravedad del delito -teniendo en cuenta para ello, la pena prevista, (ii) el número de víctimas y su vulnerabilidad, (iii) la importancia del bien jurídico tutelado, (iv) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas y para el interés general en que se sancione a los responsables de un delito, el hecho de que se negara la práctica de la inspección corporal, y (v) el valor probatorio de la evidencia material buscada a la luz del programa de investigación; y, por el otro lado, (vi) el grado de incidencia de la inspección corporal en los derechos del individuo, teniendo en cuenta, entre otros factores (a) el tipo de medida cuya autorización se solicita, (b) la parte del cuerpo sobre la que recae, (c) el tipo de exploración que tal medida implica (si requiere el empleo de instrumental médico, si supone algún tipo de incisión en la piel, la necesidad de emplear anestesia general, etc.), (d) la profundidad y duración de la inspección, (e) los efectos y riesgos para la salud del individuo, (f) la necesidad de cuidados especiales después de que se realice la inspección, etc.

INSPECCION CORPORAL DEL IMPUTADO-Limitación del derecho a la intimidad

INSPECCION CORPORAL DEL IMPUTADO-Limitación de la integridad corporal

INSPECCION CORPORAL DEL IMPUTADO-Prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes/**INSPECCION CORPORAL DEL IMPUTADO**-Respeto de principios que rigen tratados internacionales que conforman bloque de constitucionalidad

INSPECCION CORPORAL DEL IMPUTADO-Limitación a la autonomía del imputado

INSPECCION CORPORAL DEL IMPUTADO-Procedimiento cuando juez ha autorizado la medida pero el imputado se opone

Puede suceder que después de que el juez de garantías ha autorizado la práctica de una inspección corporal, el imputado se niegue a permitir dicha inspección. En este evento es preciso distinguir dos situaciones. La primera es aquella en la cual la negativa del imputado se funda en circunstancias conocidas que ya fueron tenidas en cuenta por el juez al momento de conferir la autorización para que la medida fuese practicada. En este caso, las autoridades podrán proseguir con la diligencia aún en contra de la voluntad del imputado y respetando los principios señalados anteriormente para garantizar su dignidad humana y no someterlo a tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otras garantías. La segunda situación es aquella en la cual el imputado invoca circunstancias extraordinarias que no fueron tenidas en cuenta por el juez al conferir la autorización. Ello puede presentarse, por ejemplo, cuando han sobrevenido hechos con posterioridad a la autorización judicial que puedan conducir a que de practicarse la intervención corporal se derive una afectación grave de los derechos del imputado. En este evento se deberá acudir de nuevo al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales la inspección corporal se podrá practicar, o la niegue. En todo caso, la obtención del consentimiento del imputado siempre debe ser la primera alternativa para la práctica de la inspección corporal. No obstante, 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.

INSPECCION CORPORAL DEL IMPUTADO-No desconoce el derecho a la no autoincriminación

INSPECCION CORPORAL DEL IMPUTADO-No desconoce el principio de presunción de inocencia

La inspección corporal tampoco desconoce el principio de presunción de inocencia. Observa la Corte que la existencia de “motivos razonablemente fundados”, no se refiere a la responsabilidad del imputado, sino a los

critérios objetivos con base en los cuales existiría fundamento para creer que en el cuerpo del imputado se encuentra algún elemento material probatorio necesario para la investigación. Tales motivos no pueden ser subjetivos del fiscal. Compete al juez de control de garantías determinar si tales razones constituyen fundamento suficiente para autorizar la medida a la luz de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Lo anterior no implica pronunciarse sobre aspectos relativos a la responsabilidad del imputado, puesto que la apreciación de dicha responsabilidad escapa a la órbita de competencia del juez de control de garantías, ya que es otro juez, el juez de conocimiento, el que en una etapa posterior del proceso decidirá al respecto con plena independencia e imparcialidad. Además, los resultados de la inspección corporal no constituyen prueba en contra del imputado mientras no sean presentados y sometidos a contradicción en la etapa del juicio.

REGISTRO PERSONAL-Definición

El término “registrar”, se emplea generalmente como sinónimo de “tantear”, “cachear”, “auscultar”, “palpar” lo cual indica que la exploración que se realiza en el registro personal, es superficial, y no comprende los orificios corporales ni lo que se encuentra debajo de la piel. El empleo de la expresión “persona”, permite inferir que el registro personal supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales. Este registro puede comprender además el área física inmediata y bajo control de la persona, donde pueda ocultar armas o esconder evidencia.

REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-Finalidad

REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-Personas y objetos sobre los que recae

El registro personal que se realiza con fines de investigación penal, de conformidad con lo que establece el artículo 248, puede recaer sobre (i) el imputado, su cuerpo desnudo, su indumentaria y sobre los elementos y áreas bajo su control físico e incluir tocamiento de áreas del cuerpo con connotación sexual directa; (ii) sobre un tercero relacionado con la investigación, su cuerpo desnudo, su indumentaria y sobre los elementos y áreas bajo su control físico, e incluir tocamiento de áreas del cuerpo con connotación sexual directa; y (iii) sobre la indumentaria y los elementos y áreas bajo control físico de la víctima, excluyendo el tocamiento de órganos sexuales y senos o la observación del cuerpo desnudo, pues tales medidas se encuentran reguladas por el artículo 250 de la Ley 906 de 2004. En efecto, en relación con el posible registro del cuerpo desnudo de la víctima, la norma aplicable es el artículo 250 de la Ley 906 de 2004, y no el artículo 248. A esta conclusión se llega por el lenguaje empleado en el artículo 250, en donde se utiliza la expresión “reconocimiento y exámenes físicos” de la

víctima, y se exige para su práctica el auxilio de un perito forense y su realización en el Instituto de Medicina Legal o en su defecto en un establecimiento de salud.

REGISTROS REALIZADOS POR LA FUERZA PUBLICA EN PROCEDIMIENTOS PREVENTIVOS-Definición/REGISTROS REALIZADOS POR LA FUERZA PUBLICA EN PROCEDIMIENTOS PREVENTIVOS-No forman parte de las investigaciones penales

En cuanto a los procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública, éstos corresponden a las requisas o cacheos realizados en lugares públicos, que implican la inmovilización momentánea de la persona y una palpación superficial de su indumentaria para buscar armas o elementos prohibidos con el fin de prevenir la comisión de delitos, o para garantizar la seguridad de los lugares y de las personas, procedimientos que se encuentran regulados en las normas vigentes de policía. Estos procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones penales y, por lo tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública. Por esta razón, la expresión “Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional,” contenida en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, será declarada inexecutable. Tales procedimientos preventivos se encuentran previstos en las normas de policía sobre las cuales no emite pronunciamiento alguno en esta sentencia. Por lo tanto, dichas normas de policía continúan aplicándose sin que la inexecutable de la expresión señalada impida que la fuerza pública cumpla las funciones que le son propias de conformidad con las leyes vigentes. En caso de que en el desarrollo de dichos procedimientos preventivos se encuentren materiales que justifiquen la iniciación de una investigación penal, la autoridad competente presentará la denuncia correspondiente y aportará tales elementos como sustento de la misma.

REGISTRO INCIDENTAL A LA CAPTURA-Definición

REGISTRO INCIDENTAL A LA CAPTURA-Requisitos para que sea constitucionalmente admisible/REGISTRO INCIDENTAL A LA CAPTURA-Ocultamiento de armas que puedan ser empleadas para impedir la captura o facilitar la huida

Para que tal registro incidental a la captura sea constitucionalmente admisible, se requiere que (i) se trate de una captura legítima, ordenada por un juez; (ii) se realice inmediatamente después de la captura; (iii) recaiga sobre la superficie de la persona, su indumentaria y de los enseres que lleve consigo; y (iv) no entrañe observar a la persona desnuda ni el tocamiento de

órganos sexuales y senos porque ello implicaría una afectación de los derechos de la persona capturada que sólo podría tener lugar con autorización judicial previa. Excepcionalmente, el registro incidental sin orden judicial previa de los órganos sexuales y los senos del imputado o imputada será posible, cuando sea visible o manifiestamente notorio que en dichos lugares se ocultan armas que puedan ser empleadas para impedir la captura o facilitar la huida. En todo caso, las autoridades encargadas de practicar dicha medida, deberán observar toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana del capturado.

REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-Requisitos de la solicitud/REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-No está permitido el registro de personas indeterminadas

Deben existir elementos objetivos y racionales que permitan al fiscal que solicita al juez de control de garantías la autorización del registro personal, determinar cuál es el material probatorio buscado e inferir que éste se encuentra en posesión de la persona afectada por el registro, y que tal persona tiene alguna relación con la investigación. En este sentido, no están permitidos los registros de personas indeterminadas, sino que se debe establecer razonablemente la relación que existe entre la persona sobre la que recaerá el registro y la investigación que se realiza. Por lo tanto, al momento de solicitar al juez de control de garantías que autorice el registro personal, el Fiscal General o el fiscal delegado deberá señalar expresamente las razones que, con base en hechos objetivos, le permiten inferir que la persona en cuestión está en posesión de tales elementos, así como la relación de esa persona con la investigación que adelanta. El juez de control de garantías analizará si la justificación expuesta por el fiscal efectivamente parte de “motivos razonablemente fundados” en el contexto del caso.

REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-Falta de consentimiento del imputado

REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-Autorización del juez de control de garantías

Quien decide si procede o no la práctica del registro personal es el juez de control de garantías, quien examinará el cumplimiento de los requisitos formales y materiales para autorizar su realización, y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, pudiendo en todo caso fijar condiciones para su práctica, de tal manera que la medida se realice con la menor afectación posible de los derechos.

REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-Garantías

En cuanto a las garantías, la disposición bajo estudio exige que quien realice el registro, sea del mismo género que el afectado con el registro. Dado el

carácter superficial de la búsqueda, no se exige que la persona que realiza el registro tenga algún conocimiento técnico o especializado, ni que el registro se realice en algún sitio en particular. Cuando se trata del registro personal del imputado, la norma exige la presencia de su defensor. Igualmente, el artículo 248 exige además que se observen toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. En este sentido es compatible con la dignidad humana, entre otras cosas, lo siguiente: (i) que cuando se trate del registro de áreas con connotación sexual, o del cuerpo desnudo de la persona el registro se realice con el mayor decoro y consideración posible; (ii) que se evite someter a la persona a tocamientos o exposición de su cuerpo de carácter obsceno o humillantes, y (iii) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para la persona sobre la cual recae la medida.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD ESTRICTO-Aplicación en medidas corporales de proceso penal

REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-Situaciones en que puede ser necesario

El registro personal puede ser una medida necesaria, cuando no existe otro medio a través del cual se pueda recuperar la evidencia física buscada, que resulte menos gravoso para los derechos de las personas afectadas. Así, no resulta necesario, por ejemplo, el registro del cuerpo desnudo de la persona cuando la evidencia material buscada, dadas sus características físicas y las circunstancias del caso, es probable que se encuentra en la indumentaria de ésta. Por el contrario, el registro del cuerpo desnudo es necesario, cuando atendiendo a las circunstancias concretas del hecho objeto de investigación, es probable que el objeto buscado se encuentre adherido a la piel de la persona y oculto por la ropa que ésta viste.

REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-Limitación del derecho a la intimidad

REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-Limitación de la dignidad humana/**REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL**-Respeto de principios que rigen tratados internacionales que conforman bloque de constitucionalidad

En relación con el grado de limitación de la dignidad humana, el registro personal puede tener una incidencia media o alta en este derecho, dependiendo de factores tales como (i) las partes del cuerpo registradas, (ii) la mecánica misma del registro, o (iii) la diferencia de género entre la persona que realice el registro y el registrado. A mayor sea la incidencia de la medida, mayor importancia deben tener los bienes jurídicos tutelados y mayor impacto deberá tener el no realizar la inspección corporal para los derechos de las víctimas. Es por ello que este mecanismo de intervención

debe efectuarse respetando los principios que las rigen, a la luz de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, según los cuales las personas responsables de practicar el registro corporal deben hacerlo en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para la persona que debe ser registrada.

REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-Limitación de la autonomía personal

REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-Procedimiento cuando juez ha autorizado la medida pero la persona sobre la cual recae la medida se opone

Cuando la persona sobre la cual recae el registro se niegue a permitir su práctica, se deberá acudir al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar. Estas condiciones pueden referirse, por ejemplo, a las circunstancias de tiempo, modo y lugar y al ámbito específico del registro.

REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-No desconoce el derecho a la no autoincriminación

REGISTRO PERSONAL EN PROCESO PENAL-Condiciones para la procedencia

Dado que el artículo 248 bajo estudio es en abstracto idóneo, necesario, y proporcional, la Corte Constitucional declarará su exequibilidad, en relación con los cargos examinados, en el entendido de que: a) salvo el registro incidental a la captura, el registro corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso; b) el juez de control de garantías también definirá las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar en el evento de que la persona sobre la cual recae el registro se niegue a permitir su práctica. Corresponderá a los jueces de control de garantías, en cada caso concreto, velar porque en la práctica misma del registro corporal se respeten estos principios. De conformidad con lo anterior, el juez de control de garantías podrá autorizar el registro corporal solicitado por del Fiscal o negarse a acceder a la solicitud, luego de examinar (i) la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (ii) las condiciones particulares de su práctica, a fin de determinar si el registro corporal solicitado es adecuado para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); si no existe un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y la medida no es desproporcionada (proporcionalidad), luego de ponderar la gravedad del delito investigado y

las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos de la persona registrada.

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ausencia de cargo concreto y específico

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Alcance de la expresión “muestras que involucren al imputado”

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Finalidad

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Necesidad de autorización previa del juez de control de garantías

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Aplicación de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Solicitud debe estar fundada en elementos objetivos y racionales que la justifiquen

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Garantías

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Condiciones para el respeto de la dignidad humana

Si bien la norma no expresa que en la obtención de muestras se deban observar todo tipo de consideraciones a la dignidad humana, ello no exime al personal técnico y médico que participe en dichos exámenes de respetar la dignidad de las personas y de evitar su exposición innecesaria a situaciones humillantes. En consonancia con ello, es compatible con la dignidad humana: (i) que no se someta innecesariamente al imputado a la repetición de exámenes genitales o anales para la obtención de dichas muestras; (ii) que se adopten medidas adecuadas para evitar dolores; (iii) que la obtención de las muestras la haga personal con entrenamiento científico; (iv) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado; y (v) que se guarde la debida reserva de la identidad de la víctima.

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Traslado bajo rigurosa custodia

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD ESTRICTO-Aplicación en obtención de muestras que conciernen al imputado

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Situaciones en que puede ser una medida necesaria

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD ESTRICTO EN REGISTRO PERSONAL-Factores que se deben sopesar

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, la norma bajo estudio enfrenta el interés público en la investigación del delito, el bien jurídico tutelado y la protección de los derechos de las víctimas, con el interés del individuo en no ser sometido a restricciones de sus derechos. El examen abstracto de esa proporcionalidad en sentido estricto exige que se sopesen, por un lado, entre otros factores, (i) la gravedad del delito, (ii) la importancia del bien jurídico tutelado, (iii) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas en que se identifique a los responsables de un hecho delictivo, el que se negara la obtención de muestras que involucren al imputado; (iv) el valor probatorio de la evidencia material de la muestra a la luz del programa de investigación y, por el otro, (v) el grado de incidencia de la medida en los derechos del imputado y (vi) las condiciones personales del mismo.

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Incidencia en el derecho a la intimidad

En cuanto al grado de invasión del derecho a la intimidad, la obtención de muestras corporales implica algún tipo de inspección corporal que comporta una incidencia media o alta en este derecho, dependiendo del procedimiento empleado, de la parte del cuerpo sobre la que recae el procedimiento, y del tipo de muestra corporal. Así, resulta altamente invasiva de la intimidad del imputado, la obtención de muestras de fluidos que se encuentran en las cavidades anales, genitales, o vaginales. La obtención de muestras puede también implicar una invasión menor, por ejemplo, cuando se trata de huellas de pisadas, o de saliva, para cuya obtención no es necesario entrar en contacto con los órganos sexuales o los senos del imputado o imputada.

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Afectación del derecho a la integridad corporal

En relación con el grado de afectación del derecho a la integridad corporal, la obtención de muestras que involucren al imputado puede implicar una limitación alta de este derecho, si en dicho procedimiento es necesaria una intervención quirúrgica, el empleo de anestesia o de procedimientos que puedan poner en riesgo la salud del imputado, o si con posterioridad a su obtención, la recuperación de la salud del imputado exija cuidados médicos especializados. A mayor sea la incidencia de la medida en la integridad física del imputado, mayor importancia deben tener los bienes jurídicos tutelados y mayor el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la práctica de esta medida. Es por ello que la extracción de muestras del cuerpo del imputado debe efectuarse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado, tal como lo establecen los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad.

Estos parámetros obligan a las personas responsables de practicar esta forma de intervención corporal.

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Incidencia en la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes

En cuanto a la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, la obtención de muestras corporales tiene una alta incidencia en este derecho si ello implica causar sufrimiento al imputado y si no se toman las previsiones necesarias para reducir al mínimo posible el dolor. A mayor sea la incidencia del procedimiento requerido para la obtención de la muestra en el derecho, mayor peso deberán tener el bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas. Así, la medida puede resultar desproporcionada, si para proteger un bien jurídico como la propiedad privada, y la extracción de la muestra implica el empleo de procedimientos que causan sufrimientos al imputado, a menos que se le administre algún medicamento para reducir el dolor.

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Limitación del derecho a la autonomía cuando imputado se opone a la realización de la medida

En cuanto a la limitación del derecho a la autonomía, la obtención de muestras corporales que conciernen al imputado, no lo afectan cuando éste da su consentimiento libre de cualquier coerción e informado sobre las consecuencias del procedimiento. Sin embargo, si se opone a la realización de tal medida, la incidencia sobre su derecho es alta. En este último evento, la proporcionalidad de la medida dependerá de que los intereses jurídicos tutelados y la protección de los derechos de las víctimas pesen más que el derecho del imputado a no ser compelido a la obtención de muestras corporales. Así, entre mayor sea la importancia de los bienes jurídicos tutelados penalmente y mayor el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la obtención de la muestra corporal, la oposición del imputado a la realización de la medida, pesa menos. Así por ejemplo si el imputado en un delito contra la libertad sexual, se niega a dar su consentimiento para la obtención de una muestra que permita el cotejo con el semen encontrado en el cuerpo de la víctima, esta negativa tiene un menor peso específico frente a la finalidad del Estado en esclarecer este tipo de delitos. Tal negativa tiene aún menor peso, cuando la víctima es un menor de edad, o cuando existen varias víctimas.

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Procedimiento cuando juez ha autorizado la medida pero el imputado se opone

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Oposición por convicciones religiosas

Es posible que una de las razones por las cuales el imputado se niegue a la práctica de esta medida sea el considerar que resulta violatoria de sus convicciones religiosas. Si bien la Carta Fundamental le ha conferido una amplia protección al derecho a la libertad religiosa, su ejercicio está sometido a ciertos límites que la Constitución le impone. En esta medida, es claro que el contenido normativo de dicho derecho subjetivo no es absoluto. La libertad de religión también puede ser limitada por medidas razonables y proporcionadas. El juez habrá de ponderar en cada caso concreto, valorando adicional y debidamente los argumentos religiosos, si la medida es idónea, necesaria y, especialmente, proporcionada.

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-No desconoce el derecho a la no autoincriminación ni el principio de presunción de inocencia

OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Condiciones para la práctica

Dado que el artículo 249 bajo estudio es, en abstracto, idóneo, necesario, y proporcional, la Corte Constitucional declarará su exequibilidad, en relación con los cargos examinados, en el entendido de que: a) la obtención de muestras requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso; b) la obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.4.2.5 de esta sentencia. Corresponderá a los jueces de control de garantías, en cada caso concreto, velar porque en la práctica misma de la obtención de muestras del imputado se respeten estos principios. De conformidad con lo anterior, el juez de control de garantías podrá autorizar su práctica o negarse a acceder a la solicitud del Fiscal, luego de examinar (i) la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (ii) las condiciones particulares de su práctica, a fin de determinar si la obtención de muestras solicitada es adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); si no existe un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y la medida no es desproporcionada (proporcionalidad), luego de ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos del imputado por la obtención de muestras corporales.

RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL-Necesidad de autorización previa del juez de control de garantías

RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL-Solicitud debe estar fundada en elementos objetivos y racionales que lo justifiquen

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD ESTRICTO-Aplicación en examen físico de lesionado o víctima de agresión sexual

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD ESTRICTO EN RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL-Factores que se deben sopesar

El examen de proporcionalidad en sentido estricto exige que se sopesen, por un lado, entre otros factores, (i) la gravedad del delito, (ii) la importancia del bien jurídico tutelado, (iii) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas y para el interés público en que investiguen los delitos y en la identificación de los responsables, el que se negara la realización de estas medidas; (iv) el valor probatorio de la evidencia material, a la luz del programa de investigación, de las muestras y evidencias físicas que se obtengan y, por el otro, (v) el grado de incidencia de la medida en los derechos de la víctima, así como, (vi) las condiciones especiales de la víctima, como su particular vulnerabilidad física o emocional.

RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL Y DERECHO A LA INTIMIDAD

RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL-Afectación del derecho a la integridad corporal

RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL-Incidencia en la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes

RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL-Limitación del derecho a la autonomía cuando víctima se opone a la práctica de la medida/**RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL**-Consentimiento de la víctima es determinante para decidir si pueden practicarse/**RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL**-Presupuestos del consentimiento de la víctima

El consentimiento de la víctima es determinante para decidir si se pueden o no practicar los exámenes y reconocimientos conducentes a esclarecer los

hechos. Dicho consentimiento debe ser otorgado desinhibidamente por la víctima o su representante legal, sin sometimiento a presiones ni a conminaciones para que sea efectivamente libre. Además, dicho consentimiento debe fundarse en la información completa, pertinente y clara sobre las condiciones en las cuales se practicarán las medidas, su utilidad para la investigación y las ventajas de que sean realizadas de manera pronta. De persistir la víctima en la negativa, la norma establece que se debe acudir al juez de control de garantías. No obstante, se señala en el artículo acusado que el propósito de la intervención del juez de garantías se circunscribe a fijar los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección de la víctima. Encuentra la Corte que esta restricción a la autonomía de la víctima es inconstitucional, porque desvaloriza el consentimiento de la víctima y la expone a una doble victimización. Esta restricción, tal como ha sido establecida en la norma bajo estudio, parece excluir la posibilidad de que el juez niegue la práctica de la medida y conduce a que frente a la oposición de la víctima, al juez de control de garantías no le quede otra alternativa que fijar las condiciones para su práctica.

RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL-Consentimiento del adulto en delitos relacionados con la libertad sexual

RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL-Oposición de representante legal de menor de edad o incapaz

RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL-Oposición de la víctima después de ser autorizada la medida por el juez/RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL-Oposición de la víctima en delitos que puedan constituir violación del Derecho Internacional Humanitario

Una vez autorizada la medida por el juez, puede presentarse la situación en la cual, a pesar de la decisión judicial, la víctima insista en su negativa. A la víctima debe informársele que cabe esta posibilidad. Ante estas circunstancias su voluntad prevalecerá, así ello redunde en perjuicio de sus derechos a la verdad y a la justicia. No obstante, habrá casos en que la renuencia de la víctima no afecte exclusivamente sus derechos, sino también incida en los derechos de otras personas también víctimas del mismo delito o de delitos conexos, en el caso de delitos en serie o masivos. Además, algunos de los delitos contemplados por la norma acusada pueden tener connotaciones internacionales. De tal forma que no es constitucionalmente admisible establecer como regla absoluta la prevalencia de la voluntad de la víctima. Si bien esta es la regla general, cabe la excepción siguiente: en casos extremos, ante la insistencia de la víctima en negarse a la práctica del examen o reconocimiento, se podrá solicitar al juez de control de garantías

que excepcionalmente ordene que se ejecute la medida. Sin embargo, las condiciones constitucionales en que esto puede llegar a suceder son exclusivamente aquellas en las cuales sería desproporcionado que se frustrara irremediablemente la investigación de un delito de extrema gravedad por ser el examen o el reconocimiento el único medio de obtener evidencia física que sea determinante para decidir sobre la responsabilidad o la inocencia del procesado. Por eso, advierte la Corte que la autorización sólo puede concederse cuando el juez concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y la medida específica requerida es la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia. Lo anterior sin perjuicio de que en el caso de los delitos relacionados con la libertad sexual la víctima adulta tenga siempre la última palabra.

RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL-Observancia de condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad acordes con tratados internacionales que conforman bloque de constitucionalidad

RECONOCIMIENTO Y EXAMEN FISICO DE LESIONADO O VICTIMA DE AGRESION SEXUAL-Presupuestos que debe examinar el juez de control de garantías para autorizar la medida

Corresponderá a los jueces de control de garantías, en cada caso concreto, velar porque en la práctica misma del registro corporal se respeten estos principios. De conformidad con lo anterior, el juez de control de garantías podrá autorizar el registro corporal solicitado por del Fiscal o negarse a acceder a la solicitud, luego de examinar (i) la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (ii) las condiciones particulares de su práctica, a fin de determinar si el registro corporal solicitado es adecuado para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); si no existe un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y la medida no es desproporcionada (proporcionalidad), luego de ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos de la persona registrada.

Referencia: expediente D-5549

Demandante: Diana Paola Rubiano Meza

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”

Magistrado Ponente:
Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C., diez (10) de agosto de dos mil cinco (2005)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y los trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, la ciudadana Diana Paola Rubiano Meza demandó los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, “*por la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal*”.

En el Auto del 14 de diciembre de 2004, la Corte admitió la demanda de la referencia.

Mediante Auto del 25 de enero de 2005, la Sala Plena de la Corte Constitucional aceptó el impedimento del Procurador General de la Nación y del Viceprocurador, para emitir concepto en el proceso de la referencia, y se autorizó al Procurador General de la Nación a designar un funcionario de ese despacho para este fin.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcriben los artículos demandados en el presente proceso:

Ley 906 de 2004

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

(...)

Artículo 247. Inspección Corporal. Cuando el Fiscal General, o el fiscal tengan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que, en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana.

Artículo 248. Registro Personal. Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, y salvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal General o su delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona.

Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratare del imputado deberá estar asistido por su defensor.

Artículo 249. Obtención de muestras que involucren al imputado. Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes:

1. Para la obtención de muestras para examen grafotécnico:

a) Le pedirá al imputado que escriba, con instrumento similar al utilizado en el documento cuestionado, textos similares a los que se dicen falsificados y que escriba la firma que se dice falsa. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;

b) Le pedirá al imputado que en la máquina que dice se elaboró el documento supuestamente falso o en que se alteró, o en otra similar, escriba texto como los contenidos en los mencionados documentos.

Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;

c) Obtenidas las muestras y bajo rigurosa custodia, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redargüido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes. Terminados estos, se devolverá con el informe pericial al funcionario que los ordenó.

2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.

En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.

Parágrafo. De la misma manera procederá la policía judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 245.

Artículo 250. Procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.

En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección.

El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud.

III. LA DEMANDA

La ciudadana Diana Paola Rubiano Meza demanda la inconstitucionalidad de los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, “*por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”, por considerar que dichas disposiciones son violatorias de los artículos 1, 2, 4, 9, 12, 15, 16, 28, 29, 93 y 250 de la Carta, así como de varios artículos de la Declaración Universal de los Derechos, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Las razones de su solicitud se resumen a continuación.

Previamente aclara que con su demanda no pretende cuestionar los registros o cacheos que realizan las autoridades de policía como parte de su labor preventiva, sino a controvertir la constitucionalidad de los registros encaminados a la investigación y juzgamiento de las conductas punitivas.

En segundo lugar, señala la demandante que los artículos 247, 248 y 249 cuestionados violan la dignidad humana en los casos en los cuales, “*sin el consentimiento de quién está siendo sujeto a investigación,*” se realizan sobre él intervenciones corporales, convirtiéndolo de tal forma no como un ser humano, sino como un objeto donde se encuentra la evidencia. “*El núcleo fundamental de ésta violación es la privación del consentimiento, de la voluntad de decidir sobre sí mismo, razón que hace inconstitucionales los tres artículos expuestos, máxime de que si se contara con este se estaría autorizando las intervenciones en el cuerpo humano, territorio solo a disposición de cada ser humano.*”

En tercer lugar, la accionante considera que los artículos 247 y 248, violan el derecho a la intimidad de las personas, ya que la afectación legítima de este derecho solo puede hacerse cuando media la autorización de un juez. Sin embargo, las intervenciones corporales contempladas en las normas cuestionadas, quien decide sobre su práctica es el fiscal. “*Si una actuación que requiere autorización judicial previa dado su grado de afectación a la intimidad, se realiza sin el formalismo establecido, esta actuación es en sí misma inconstitucional. (...) De esta manera, en actuaciones como las establecidas en los artículos 247 a 250, dado el grado de afectación de los derechos, se requiere de suyo una autorización judicial previa que dé un trato diferente a las actuaciones de la fiscalía, restringiéndole de ésta manera su grado de autonomía en la actuación*”.

La actora al considerar que “*no se pone de manifiesto la autorización judicial previa que requieren estas actuaciones, y por el contrario, disponen que es el fiscal el que ordenará su práctica*” pide que se **declaren inexecutable** los artículos 247 y 248 o que si no se declaran inexecutable, “*se aclare la “confusión latente” en ellos.*”

En cuarto lugar, la interviniente describe la forma en que las normas demandadas vulneran el debido proceso, lo cual expone diciendo que “*la*

garantía fundamental del debido proceso supone que todas las personas sean tratadas como inocentes, tanto en la investigación como en el juicio”. La actora considera “que los artículos demandados ponen en juego la presunción de inocencia del indiciado sujeto a investigación, ya que por las actuaciones de las autoridades sobre el cuerpo del sujeto, se deduce un tratamiento de culpable, asumiendo su cuerpo como material probatorio sin una opción de oposición al mismo”.

Finalmente, para la actora dado que “*el debido proceso protege a los individuos contra confesiones obtenidas mediante coacción y contra procedimientos sugestivos de identificación, de tal manera que prevalezca la presunción de inocencia,*” los artículos demandados al tratar el cuerpo de los individuos como prueba contra sí mismos, mediante actuaciones aprobadas por una autoridad judicial, desconocen dicho principio. Señala que los artículos bajo examen, contemplan “*un constreñimiento para prestar su cuerpo como evidencia física del proceso*”, contra sí mismo, desconociendo de esta manera el principio de no autoincriminación que consagra el artículo 29 de la Carta. “*Si tanto constitucionalmente, como en la misma ley se contempla una protección frente a la autoincriminación, de manera tal que se prohíben todo tipo de métodos de interrogatorio que restrinjan la actuación voluntaria del procesado, es inconcebible, por tanto, que prohibiendo el constreñimiento para que una persona declare en contra de sí misma, se cobije el constreñimiento para que una persona ponga su cuerpo como evidencia en su contra. Es por esto que es inconstitucional que la misma ley ampare la posibilidad de forzar a un ser humano, incluso contra su voluntad a suministrar su propio cuerpo como prueba contra sí mismo*”.

IV. INTERVENCIONES DE AUTORIDADES

1. Ministerio del Interior y de Justicia

Fernando Gómez Mejía, actuando como apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia, mediante escrito del 31 de enero de 2005, intervino en el proceso de la referencia para solicitar que las normas cuestionadas sean declaradas constitucionales. Las razones de su solicitud se exponen a continuación.

En primer lugar, señala que en ejercicio de la libertad de configuración, el legislador consagró en el nuevo Código de Procedimiento Penal, los artículos demandados, a través de los cuales busca suministrar herramientas de política criminal a las autoridades para que puedan cumplir con mayor eficiencia las funciones que le fueron encomendadas en el Acto Legislativo 03 de 2002.

En segundo lugar, y en relación con los artículos 247 y 248 de la Ley 906 de 2004, el interviniente considera que tal como fueron diseñados se consagraron suficientes garantías para los derechos fundamentales. Así, “*el legislador*

condicionó la facultad del fiscal de ordenar la inspección o el registro de las personas investigadas, a la existencia de motivos razonablemente fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en el código”, por lo cual la posibilidad de ordenar tales pruebas no depende del arbitrio del Fiscal, sino de la existencia “de hechos, situaciones fácticas suficientemente claras y urgentes para justificar las medidas. Es decir, debe tratarse de un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que en el cuerpo del imputado existen elementos probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, o que la persona relacionada con la investigación que se adelanta, tiene en su poder elementos materiales probatorios y evidencia física que se requieren para el esclarecimiento de los hechos, lo que por consiguiente descarta que la mera sospecha o la simple convicción del fiscal o de la policía judicial constituyan motivo fundado.”

En cuanto a los motivos indica el interviniente que *“pueden tener también sustento en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, que establezcan con verosimilitud la vinculación de la persona a inspeccionar o registrar con el delito investigado y que oculte su cuerpo o tenga en su poder elementos probatorios o evidencia física que pueda ayudar a la investigación del delito.”*

Resalta el interviniente garantía que los artículos 247 y 248 consagran como garantía de los derechos fundamentales de las personas sometidas a inspección y registro, *“la obligación de la asistencia del defensor de los imputados, con los que se guardarán toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana, y en el caso del artículo 248 se consagra que la practica del registro se llevará a cabo por una persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse”*.

En relación con los artículos 247 y 248 de la Ley 906 de 2004, el interviniente cita las razones expresadas por la Comisión redactora:¹

“La inspección corporal es un recurso de investigación previsto en el artículo 218 de la legislación procedimental argentina y en el 188 del Código Procesal Penal de Costa Rica. Se hace esta observación, no por alarde de erudición sino para que se comprenda que el artículo que se propone no es una novedad exótica. Esta inspección, como su nombre lo indica, consiste en observar el cuerpo del imputado, sea por procedimientos invasivos, como por procedimientos no invasivos tales como rayos x, endoscopia, colonoscopia, etc. Mediante esta inspección se busca descubrir un tatuaje, una especial cicatriz, alguna oculta deformidad, la ingestión de cápsulas que contienen drogas que producen dependencia, cosas que pueden ocultarse en alguna de las cavidades orgánicas como la vaginal, anal, bucal. En fin, mediante esa inspección puede descubrirse lo que se lleve

¹ Cfr. Folio 63, Comisión Constitucional Redactora, “Técnicas de Investigación de la Prueba y Sistema Probatorio”

adherido al cuerpo o debajo de la dermis, la epidermis o hipodermis. La capacidad de ciertas personas para usar su cuerpo como caleta, para ocultar elementos prohibidos, es altamente imaginativa. Es claro que esta inspección puede ofender la dignidad. Por eso se exige en el artículo que se tenga toda clase de consideraciones compatibles con esa dignidad...”

“El registro o requisa de una persona es un recurso de investigación del cual no puede privarse la Fiscalía. Este registro de personas estuvo previsto en el artículo 377 del Código de Procedimiento Penal de 1971. Este registro no es de ninguna manera arbitrario, sólo se ordena cuando el fiscal tiene motivos razonablemente fundados para creer que la persona está en posesión de elementos materiales probatorios. Obsérvese, además, que no es cualquier persona, sino una que está relacionada con la investigación que se adelanta. Si las autoridades investigadoras no pudiesen ordenar estos registros, la tarea que les ha encomendado la Constitución Política fracasaría estruendosamente, con grave perjuicio de todos los residentes en Colombia.”

En tercer lugar, en relación con los artículos 249 –sobre obtención de muestras que involucren al afectado - y 250 – sobre el procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales -, dice el interviniente que dichas normas contienen disposiciones que buscan proteger la dignidad y los derechos fundamentales de los imputados y de las víctimas, al consagrar *“la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para realizar la actuación y en caso de que este no lo preste, se requerirá autorización del Juez de Garantías para llevar a cabo la diligencia. También es obligatoria (...) la asistencia del defensor, cuando se trate del imputado, exigiéndose además que la realización de las diligencias sea necesario para los fines de la investigación”*.

Resalta el interviniente que según el artículo 95 numeral 7 de la Carta Política, *“son deberes de la persona y el ciudadano “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”*, por lo que considera que las diligencias previstas en las normas cuestionadas están orientadas al cumplimiento de tal deber, y están rodeadas de las garantías necesarias para la protección de los derechos del imputado y de las víctimas. Afirma, además, que *“las diligencias reguladas en las normas acusadas se enmarcan en el ejercicio de ius puniendi del Estado que lo ejerce, a través de la Fiscalía General de la Nación, en defensa de la sociedad con el fin de perseguir a quienes incurren en conductas delictivas y aplicarles la sanción correspondiente.*

Según el apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia, no existe en los artículos 247 y 248 una violación de los artículos 15, 28, 93 y 94 de la Carta Política *“al ser el Fiscal y no el juez quien ordena las diligencias allí*

previstas, toda vez que éstas en la generalidad de los casos deben ser realizadas en el menor tiempo posible a efectos de obtener los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas y no hacer nugatorios los esfuerzos del ente investigador para determinar las circunstancias en las cuales se cometió el delito e identificar a los responsables”.

Resalta también que uno de los principios más importantes en el proceso penal es la libertad probatoria, *“con la cual se busca a través de cualquier medio de prueba determinar los elementos estructurales de la conducta punible, la responsabilidad del imputado o acusado así como la clase cuantía de los perjuicios ocasionados por el injusto”*, pero tal principio tiene límite el que *“no se violen los derechos humanos”*.

Según el Ministerio del Interior, no existe una violación al principio de presunción de inocencia pues *“la persona es tratada, durante los procedimientos, respetando su condición de procesada a la que aún no se le ha desvirtuado dicha presunción”*. Recuerda además que *“en el nuevo sistema, los elementos materiales probatorios y evidencias físicas sólo se convierten en pruebas –en las cuales debe fundamentarse el fallo respectivo - en la audiencia pública y oral con ejercicio de los derechos de contradicción, oralidad, concentración e inmediación y ante el juez de conocimiento”*, por lo que ya no es el fiscal quien practica y valora las pruebas como lo hacía en el sistema mixto.

Recuerda el interviniente que dado que los derechos fundamentales no son absolutos *“el legislador puede reglamentar el ejercicio de los derechos por razones de interés general o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad constitucional (...) restringiéndolos para su aplicación armoniosa con todo el conjunto en forma adecuada y atendiendo los principios de necesidad y proporcionalidad que aseguren su coexistencia armónica. En el presente caso la aplicación de tal principio permitiría decir que la inspección y el registro son procedentes en personas en general “en razón de que los derechos no son absolutos así como en consideración a la prevalencia del interés general en la búsqueda de la verdad en la actuación penal, a lo que habría que agregar el valor superior de la justicia”*.

Por lo anterior, afirma también que en el caso del imputado *“no se encuentra obstáculo legal alguno para someterlo, aún por la fuerza, a los exámenes que de él se requieran (...) cuando se niega a ser objeto de prueba”*. Dice además el doctrinante que la tesis que niega lo anterior *“no se basa sino en argumentos sentimentales, como el respeto a la esfera de su libertad individual e relación con el cuerpo, la disponibilidad de éste, la repugnancia a que de él se haga un objeto de prueba, etc. Se desprende de lo anterior, que el imputado y el procesado pueden ser objeto de prueba, porque la libertad individual y el derecho a no autoincriminarse (...), pueden ser objeto de limitación aplicando los principios de proporcionalidad y razonabilidad, en razón del valor superior de la justicia, (...) y teniendo en cuenta además que,*

desde una óptica constitucional, el interés general de la sociedad en el descubrimiento del delito, las circunstancias que lo rodean y sus autores, prima sobre el interés individual o particular, cual es el del imputado o procesado(...)”.

En relación con los artículos 249 y 250, el interviniente resalta que estos procedimientos serán realizados por peritos *“pertenecientes a la Policía Judicial o al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, lo cual se constituye en otra forma de protección de los derechos de las personas”*, que garantiza el respecto a la dignidad y de los demás derechos de las personas.

En cuanto al supuesto desconocimiento del principio de no autoincriminación, señala el interviniente que en las normas cuestionadas *“en ningún momento se constriñe al procesado para que suministre su cuerpo como prueba, sino que primeramente se le solicita dar su consentimiento para la práctica de las diligencias y ante la negativa de éste y la urgencia de practicarlas en razón de los intereses superiores de la justicia y del bien común se solicita al juez de control de garantías que emita la autorización correspondiente. Además, debe observarse que el derecho a no ser obligado a autoincriminarse, consagrado en el artículo 33 superior, se ha interpretado que éste se activa cuando el imputado es obligado a confesar o producir un escrito, pero no cuando se demanda la actitud pasiva de permitir la extracción de fluidos y otros elementos de su cuerpo, evento en el cual se activa es el derecho a la intimidad.”*

Finalmente, afirma que de conformidad con lo que establece la misma Ley 906 de 2004 en su artículo 23, *“toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal, razón de más para considerar la constitucionalidad de las normas acusadas, ya que excluyen las actuaciones arbitrarias de los funcionarios que intervienen en el proceso penal,”* lo cual garantiza un proceso penal respetuoso de las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa.

2. Fiscalía General de la Nación

Mediante escrito del 1 de febrero de 2005, el Fiscal General de la Nación, Luis Camilo Osorio intervino para solicitar a la Corte Constitucional que las normas cuestionadas fueran declaradas exequibles. Las razones de su solicitud se resumen a continuación.

En primer lugar, considera el Fiscal que la demandante parte de un concepto equivocado de los derechos fundamentales al otorgarles un carácter absoluto, intangible e inmodificable. Luego de citar las sentencias T-512 de 1992, T-317 de 1997, C-296 de 1995, C-045 de 1996, C-507 de 2001, C-157 de 2002 y C-622 de 2003 de la Corte Constitucional, concluye el Fiscal diciendo: *“Fluye de lo anterior, la limitación que sobre los derechos fundamentales es*

posible en aras de proteger unos valores o principios constitucionales, como la búsqueda de la convivencia pacífica y de un orden justo, que es el propósito de las disposiciones cuestionadas”.

Con base en lo anterior, señala el interviniente que las restricciones a los derechos fundamentales consagradas en los artículos estudiados no resulta lesiva del ordenamiento constitucional *“pues la limitación a los derechos fundamentales es excepcional, apoyada en motivos razonablemente fundados, sometida a control judicial previo a su realización cuando no exista el consentimiento del afectado por dichas medidas, en presencia del defensor del imputado y con observancia de toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana, exigencias que ponen de manifiesto el equilibrio que allí se consagra entre el respeto de los derechos fundamentales y el deber del Estado de Derecho de luchar contra la criminalidad.”*

Resalta además, que las condiciones bajo las cuales pueden practicarse las medidas consagradas en los artículos demandados garantizan que éstas sean compatibles con las exigencias constitucionales. *“Por lo demás, la práctica de las medidas que se contemplan en los preceptos demandados, está sometida a criterios de razonabilidad o proporcionalidad, (...) en guarda, precisamente, del derecho a la intimidad y de la dignidad humana, criterios que deben ser celosamente valorados por el juez de garantías para proceder a autorizar o a negar la restricción o afectación del derecho fundamental (...). Según esto, carece de fundamento constitucional la supuesta vulneración de la dignidad humana que aduce la libelista, (...) porque además, el constituyente derivado asignó a la Fiscalía el deber de “asegurar los elementos probatorios”, e igualmente facultó a esta entidad para tomar “medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales”, previa autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.”*

Afirma el Fiscal que los artículos demandados, tampoco desconocen el derecho a la intimidad, pues al establecerse que *“su limitación solo es posible por orden judicial, y no por decisión de la fiscalía”*, como resultado de una interpretación sistemática de las normas. *“La regla general que gobierna tales actos, prevista en el artículo 246 ibídem, indica que las facultades legales allí consagradas en cabeza del ente acusador, en cuanto impliquen afectación e derechos y garantías fundamentales, requieren para su ejercicio la previa autorización del juez de control de garantías”.*

Señala también el interviniente que las normas cuestionadas tampoco quebrantan la presunción de inocencia, pues su propósito es la recolección de pruebas que *“conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a la verdad material o histórica, como fin inmediato del proceso penal”*, y no a la *“obtención de confesiones del imputado mediante coacción”*; además dicha presunción solo *“se desvirtúa únicamente con la declaratoria de culpabilidad*

que se haga mediante sentencia judicial y no con la realización de un mero acto de investigación por parte de la fiscalía. De igual manera (...) 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. Ciertamente, las hipótesis fácticas previstas en los artículos atacados se contraen a permitir el acopio de unos elementos materiales probatorios y evidencia física que puedan conducir al esclarecimiento de los hechos. (...) Una interpretación extrema en esta materia, (...) supondría privar a la Fiscalía General de la Nación de un instrumento necesario para el esclarecimiento de graves delitos como homicidio, agresiones sexuales, falsificación de documentos y narcotráfico, entre otros, lo cual iría en detrimento de importantes valores protegidos por la Constitución, como son la búsqueda de la convivencia pacífica y de un orden justo, así como la necesidad de una tutela judicial efectiva en materia penal.”

Finalmente, respecto del artículo 250, señala la Fiscalía que dado que se refiere a un mecanismo para la protección de las víctimas de agresiones sexuales, “no podría predicarse la vulneración del principio de presunción de inocencia como tampoco de la garantía de no autoincriminación, toda vez que dicho procedimiento involucra a las víctimas y no al imputado”.

V. INTERVENCIONES CIUDADANAS

1. Corporación Casa de la Mujer

Olga Amparo Sánchez Gómez y Liliana Silva Miguez, integrantes de la Corporación Casa de la Mujer, intervinieron en el proceso de la referencia para solicitar que las normas cuestionadas fueran declaradas inexecutable. Las razones de su solicitud se resumen a continuación.

En primer lugar, para las intervinientes “una de las luchas más importantes del feminismo y del movimiento de mujeres se ha centrado en el reconocimiento del derecho a las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo, visto éste no como un instrumento al servicio de otros, sino como el primer referente de contacto de cada ser con el espacio, como portador de una historia individual y como vehículo posibilitador de un desarrollo personal. En este sentido, la obligación del Estado se ha de centrar en la protección del cuerpo de las personas, en este caso en la protección integral del cuerpo de las mujeres y la generación de condiciones que permitan y fortalezcan nuestra autonomía exclusiva sobre él. De esta forma, el cuerpo no puede ser concebido como un instrumento para la investigación criminal, privilegiando el proceso de investigación sobre el bienestar del ser humano, independientemente de la calidad que éste adquiera en el proceso (víctima, imputado), por lo cual tampoco puede despojarse por la vía de la ley del derecho de ejercer la autonomía plena sobre el cuerpo para entregarla en

cabeza del Estado a través de sus representantes, para el caso de las situaciones previstas en las normas demandadas”.

Señalan las intervinientes que, dado el contexto actual en el que se desarrolla el conflicto armado en Colombia, las mujeres han tenido que soportar la realización de inspecciones corporales, registros corporales y obtención de muestras corporales sin contar con su voluntad, con lo cual se ha vulnerado gravemente su libertad y su dignidad. Indican que, *“en aplicación del principio de igualdad, una norma que extienda sin distinción alguna a una población que efectivamente tiene profundas diferencias que reflejan claramente la dificultad de obtener un consentimiento real, sincero e informado por parte de las personas a quienes se realizará este tipo de procedimientos y enmarcado en un sistema que no garantiza la generación de procesos que permitan alcanzar este tipo de decisiones, es claramente una violación del mismo principio de igualdad y del de dignidad humana, ya que corresponde al Estado propender por la recuperación estabilización de condiciones dignas de vida y desarrollo y no implementar medidas que conlleven a prácticas que desconozcan el valor del ser humano y su derecho a proteger y decidir sobre su propio cuerpo.”*

En relación con el artículo 250 dice la interviniente que las mujeres víctimas de delitos sexuales tienen dificultades en *“recuperar la confianza en sí mismas y la visión de sus cuerpos como propios”* y por esto es preciso realizar *“la menor cantidad posible de intervenciones y revisión médicas a fin de no interferir con el cuerpo de la víctima, sino en un único momento, en el cual se hace la revisión médica correspondiente”*. Por lo que, la realización del examen médico sin el consentimiento de la víctima vulnera la dignidad de ésta. *“El que la norma permita a las autoridades, en cabeza del juez de garantías, ordenar el examen médico sin el consentimiento de la víctima, vulnera ostensiblemente la dignidad de quién ya ha sido lastimada y despojada de su derecho a decidir autónomamente sobre su cuerpo, y además la pone en una situación de indefensión teniendo en cuenta que la norma además de ignorar su voluntad, no presenta límite alguno para los funcionarios siquiera en el número de oportunidades en los que pueden realizarse tales exámenes y pone a la víctima en una situación de observación más que de protección, cuidado y respeto a su honra.”*

2. Corporación Sisma Mujer

Claudia Cecilia Ramírez Cardona, Coordinadora del Área Legal de la Corporación Sisma Mujer, mediante escrito del 4 de febrero de 2005, intervino en el proceso de la referencia para solicitar que los artículos 247, 248 y 249 de la Ley 906 de 2004 sean declaradas exequibles, debido a que *“los procedimientos en ellas previstos protegen las garantías legales de los procesados al prever la autorización previa del juez de control de garantías y la participación del abogado defensor, quienes legalmente están obligados a velar porque la práctica de las pruebas cumplan con los requisitos de*

legalidad y no vulneren ningún derecho constitucional, de conformidad con la filosofía que inspira el nuevo sistema procesal penal.”

Considera que, “por el contrario, la declaratoria de la inconstitucionalidad de las normas demandadas, podría significar una vulneración a los derechos de las víctimas quienes verían limitada la posibilidad de obtener material probatorio suficiente si la práctica de la prueba queda sometida a la voluntad del imputado”.

En relación con el artículo 250, la interviniente sugiere se declare la constitucionalidad condicionada de la norma, en lo relacionado con el consentimiento de la víctima. *“En el caso de las víctimas mayores de edad y plenamente capaces resulta inconstitucional obligarlas a practicarse pruebas en contra de su voluntad, lo que sería posible según se desprende de la expresión, “de perseverar la negativa, se acudirá al juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección.” La obligatoriedad establecida en este artículo viola los derechos a la autonomía personal, a la intimidad y a la dignidad. Al respecto la Ley 360 de 1997, estableció el derecho a la víctima a “ser tratada con dignidad, privacidad y respeto durante cualquier entrevista o actuación con fines médicos, legales o de asistencia social.” La garantía del derecho a la dignidad, pasa por respetar la decisión de la víctima respecto de cualquier tipo de procedimiento a practicarse sobre su cuerpo.”*

En relación con los menores de edad, y teniendo en cuenta que en la mayoría de los delitos sexuales cometidos contra menores los agresores suelen ser personas conocidas y cercanas al ámbito familiar, la interviniente considera que el artículo 250 es constitucional, “porque en estos casos, el consentimiento del representante legal que puede ser el mismo agresor o tener algún vínculo con él, podría estar influenciado por esta circunstancia. En estos eventos, la negación a practicar pruebas en víctimas menores conlleva la vulneración de los derechos de las víctimas.” Señala además que, en todo caso *“las pruebas practicadas en menores de edad víctimas de delitos sexuales deben contar con todo los mecanismos que garanticen sus derechos para lo cual la participación del juez de garantías y demás funcionarios es fundamental.”*

VI. INTERVENCION DE ORGANISMOS INTERNACIONALES Y ORGANIZACIONES DE DERECHOS HUMANOS

1. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

Adriana Ruiz Restrepo, Coordinadora Nacional del Proyecto, “Lucha contra la Trata de Personas en Colombia, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC, intervino en el presente proceso para exponer las razones por las cuales considera que las normas demandadas son

exequibles, pero “condicionando su interpretación a una máxima garantía de los derechos humanos del (i) imputado, (ii) la víctima o (iii) la persona relacionada con la investigación.” A continuación se resumen las razones de su recomendación.

En cuanto al cargo de violación de la dignidad humana, recuerda la interviniente que la Constitución establece que uno de los fines esenciales del Estado es “asegurar a sus integrantes la justicia, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo;” y que la República está fundada no sólo en el respeto de la dignidad humana sino en la prevalencia del interés general (art. 1 CP). Con base en estos valores, afirma, el legislador puede “limitar la autonomía personal del imputado o la víctima” a fin de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de la justicia. Si en tal caso “no hay voluntad de colaboración y en virtud de la prevalencia del interés general, la garantía del derecho a la justicia de la víctima, y la garantía de un orden justo, puede el legislador (...) establecer limitaciones a la autonomía personal, puesto que no existen derechos absolutos”. Esto sucede también en el caso en que el imputado o la víctima no presten su consentimiento pues se podría practicar el procedimiento necesario si se realiza “una audiencia de legalidad ante el juez de control de garantías”.

Para la interviniente, es cierto que los artículos 247 y 248 no “expresan textualmente la necesidad de contar con autorización judicial” como si lo hacen el Art. 249 y el 250, pero tal diferencia se justifica porque (i) las actuaciones que contemplan los Art. 247 y 248 no son actuaciones en extremo invasivas. Además señala que dado que estas disposiciones se encuentran bajo el título “Actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización” y que se rigen por la regla general consagrada en el Art. 246 CPP, según la cual los procedimientos cuestionados “únicamente se podrán realizar con autorización previa proferida por el juez de control de garantías, a petición del fiscal correspondiente.”

Según la interviniente, dado que los artículos cuestionados podrían tener una interpretación diferente, considera que la Corte debería declarar la constitucionalidad bajo una interpretación condicionada que respete la eficiencia de la norma y la sujete a la garantía consagrada en la regla general del Art. 246 CPP. “En virtud de ésta, las cuatro actuaciones acusadas requieren de por lo menos, una autorización previa proferida por el juez de control de garantías, a petición del fiscal correspondiente y ante la negativa –en el caso de obtención de muestras o extracción de fluidos del imputado o de la víctima o lesionado - (...) la procedencia una nueva revisión por el juez de control de garantías”. “Nuestra interpretación de obligatoriedad a esta regla general del artículo 246 CPP respecto de las cuatro actuaciones acusadas, es decir, la necesidad de que en todas preceda una autorización previa, se confirma no sólo con el inequívoco título del capítulo sino también con el artículo 155 de la misma ley, que, al consagrar el Principio de Publicidad establece que “Serán de carácter reservado las audiencias de

control de legalidad (...) También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de [1] inspección corporal, [2] obtención de muestras que involucren al imputado y [3] procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Igualmente aquella en la que decreta una medida cautelar.”

“Nótese pues que si bien la necesidad de autorización judicial de la inspección corporal se ratifica una vez más con este artículo 155 CPP, en coincidencia con la regla general, lo mismo no ocurre con el artículo 248 CPP relativo al registro personal, no incluido en el artículo en cuestión. Si bien esto podría interpretarse como que no es necesario solicitar autorización judicial previa para la práctica del registro, creemos que el título del capítulo y la regla general se enderezan a la exigencia de una tal autorización judicial previa. Pero que, la audiencia preliminar en que esta solicitud de registro personal se tramite, a diferencia de las otras tres (que se predicen en o del cuerpo humano), no goza de un carácter reservado.”

En cuanto al cargo de violación del debido proceso, la interviniente señala que éstos cargos solo podrían ser aplicados frente a los primeros 3 artículos, pues el 250 se refiere a las víctimas de acceso carnal violento. Además considera que *“la actora se equivoca al valorar que el hecho de que el material probatorio o evidencia física se deposite, encuentre o provenga del cuerpo de una persona equivale a una declaración asintiendo a la imputación. (...) La identificación de un tejido de un imputado con la un banco de ADN de personas con antecedentes criminales, no conduce automáticamente, salvo que existan pruebas que sirvan a la acusación, coincidentes en tiempo, modo y lugar, por ejemplo, a conclusión alguna. La recolección de material probatorio o evidencia física no lleva de suyo una conclusión. El que provenga del mismo cuerpo de la persona a la que se investiga no implica per se una afirmación ni a favor ni en su contra. Y así le fuere desfavorable, la Fiscalía está, en todo caso, constitucionalmente obligada a investigar “tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado” (Art. 250 CP)”*

Resalta la interviniente que *“en todo caso, en las tres actuaciones acusadas se establece la asistencia del defensor del imputado quien podrá evitar o contradecir² cualquier afirmación inconveniente para su defensa al momento de hallarse evidencia física o material probatorio en su posesión. En consecuencia, no es posible estimar como lo afirma la actora que el cuerpo sobre el cual se halle material probatorio o evidencia física equivale a “deducir un tratamiento de culpable” de la persona de cuyo cuerpo se recogió el material. Máxime, si la culpabilidad sólo puede concretarse por medio de una declaración judicial en virtud del artículo 29 CP y nunca por los órganos responsables de investigación judicial.”*

² “Artículo 276 del CPP. Legalidad. La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes.”

La interviniente también hace algunas consideraciones complementarias sobre el alcance del artículo 250 demandado. Para la interviniente la Corte debería absolver el equívoco que genera la lectura del artículo 250, en el cual a diferencia de los otros artículos, no se hace alusión a la solicitud del fiscal con base en un criterio fundado. *“Si bien entendemos que este procedimiento no está dirigido sólo a víctimas dentro de un proceso sino a una categoría más amplia y extraprocesal como es la de lesionados por agresión sexual y que por tanto la policía judicial es la primera autoridad que ante la agresión puede rápidamente proceder a acompañar al sexualmente agredido a un examen médico y luego a declarar, la existencia de la regla general del artículo 246 CPP y el título mencionado que exigen “autorización previa proferida por el juez de control de garantías, a petición del fiscal correspondiente” generan confusión en la comprensión de la ruta procedimental de esta actuación. Normalmente, en caso de agresión sexual la víctima querrá rápidamente bañarse y tratar de olvidar lo sucedido; es posible que en este caso particular, que puede darse aun antes de un denuncia, la autorización previa sea inconveniente y basté solo la del juez de control de garantías que procede sólo ante la negativa del lesionado o víctima.”* Y concluye que *“impedir la recolección de este tipo de pruebas en el imputado o la víctima, no sólo afectaría gravemente la investigación, sino que, además, tornaría inocuo buena parte del adelanto científico de la medicina legal, particularmente en materia de identificación genética.”*

“Contrario a lo que expone la actora, creemos valioso que el legislador haya dispuesto que -con el pleno respeto a los derechos humanos y el control previo del juez de garantías - se pueda, en el caso de un imputado (Art. 249 acusado) o lesionado/víctima de delitos sexuales (Art. 250 acusado), practicarse la obtención de muestras o el procedimiento establecido en caso de agresión sexual a pesar de no concurrir su consentimiento. De no haberse previsto por el legislador, la negativa del imputado limitaría la recolección de pruebas –obtención de muestras - de su cuerpo, lo cual equivaldría a consagrar legalmente un nicho o santuario de pruebas criminales adonde no puede llegar la investigación y la justicia.”

Posteriormente la interviniente se refiere a la realización de exámenes físicos y la obtención de muestras sin el consentimiento de la víctima de una agresión sexual o de su representante legal, cuando se trate de menores de edad o incapaces, como una medida útil, especialmente en el caso de menores de edad o de incapaces abusados por quien tiene sobre ellos la patria potestad, pues en muchos casos *“las víctimas no darán su consentimiento a la actuación a que se refiere al artículo 250 acusado para no incriminar al familiar agresor o bien no darán su consentimiento por haberse convencido de se co-responsable de la victimización”*.

Sugiere también la interviniente, que así como en el caso de los artículos 247 a 249, el imputado debe estar acompañado por su defensor, en el caso de la

víctima o lesionado de una agresión sexual, es conveniente que con el fin de reducir los riesgos de una segunda victimización, *“exista una tercera presencia adicional, (...) y/o por lo menos un acompañante para asistir a la víctima, si no en todo el proceso, por lo menos en los exámenes físicos (...). “Si bien la norma exige que la policía judicial deberá requerir a un perito forense” no cree la interviniente “que con esto se alcancen a satisfacer las necesidades de trato digno de una víctima de agresión sexual (...). La presencia de un acompañante defensor de la perspectiva de la víctima es fundamental para su dignidad”, lo cual tiende a evitar un “segundo daño” que ocurre “a través de la respuesta de las instituciones y los individuos hacia la víctima”. En relación con esta materia, la interviniente resalta la especial consideración que se debe tener con los niños, niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales y, por lo tanto, la necesidad de una mayor asistencia para efectos de su salud mental. “La dignidad y la recuperación de las víctimas depende del respeto y asistencia que les brindan profesionales y otros, que entran en contacto con ellas. Estos [otro] incluyen al personal policial y de aplicación de la ley, fiscales, abogados de las víctimas, instituciones de asesoría legal, jueces, personal correccional, personal médico, (...) Pautas y estándares deben desarrollarse y ser diseñados a medida para cada localidad.”*

En relación con el artículo 249 CPP, señala que en su numeral 2º, se hace una remisión a un procedimiento técnico, sin que sea expreso *“el nivel de garantías con las que cuenta el imputado; sino que se remite a un procedimiento técnico, sin establecer si se realizará por un perito, por persona del mismo sexo, en el instituto de medicina legal, en un establecimiento de salud, etc. y sin dejar en claro si son o no compatibles con la dignidad humana del imputado”*. Señala que los artículos 247 y 248 *“nada dicen sobre (i) la ausencia de consentimiento ni (ii) el lugar de la práctica de la actuación, a pesar del grado de invasión que implican. “Si bien es comprensible que el registro personal de un imputado o “alguna persona relacionada con la investigación” que lleve a cabo una persona del mismo sexo buscando dar con la “posesión” de material probatorio y sin invadir el cuerpo -según nuestra interpretación- pueda ser realizada en cualquier lugar y sin necesidad de contar con el consentimiento (como ocurre en el registro preventivo de la fuerza pública o el registro incidental a la captura) no creemos que pueda ser igual para la inspección corporal. En efecto, no se entiende porque la inspección corporal prevista en el artículo 247 acusado, puede realizarse en las mismas condiciones que un registro personal siendo que esta actuación sí es invasiva del cuerpo, pues se practica “en el cuerpo del imputado”. (...) la inspección corporal es, en todo caso, más invasiva que el registro personal y una actuación bajo la cual podría haber, para efectos de inspección en el cuerpo, un tacto anal o vaginal, por ejemplo.”*

(...)

Aunque existe justificación para la práctica de inspección corporal también es cierto que, señalar que, en el caso del imputado durante la actuación estará presente el defensor, y, “se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana” no parece suficiente. La disposición no señala expresamente el lugar (cerrado, privado, establecimiento de salud por ejemplo) para practicar la inspección, el tipo de funcionario que podrá realizarla en el cuerpo del imputado, si es del mismo sexo como en el registro personal, si debe solicitarse también consentimiento escrito o como proceder en su ausencia, y ni siquiera remite, como en el caso del artículo 249 acusado, a reglas técnicas.”

Concluye la interviniente que “a la luz del derecho fundamental a recibir trato igual por parte de las autoridades públicas (Art.13 CP) y el derecho a recibir un trato conforme con el principio de dignidad, sin ser sometido a tratos degradantes (Art. 12 CP) y la garantía a los derechos fundamentales que reitera la regla general del artículo 246 del CPP que informa las actuaciones acusadas, así como la constante reiteración de “revisión de legalidad” y de observación de “toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana”, evidencian un estándar de garantías para las actuaciones acusadas por la actora. Si bien es cierto que dichas actuaciones investigativas, no contravienen la Constitución bajo los exactos cargos formulados por la actora, estas sí podrían desembocar -como se trató de esbozar supra- en conductas vulneratorias de la Carta en razón de una equivocada interpretación del texto o sus vacíos, al momento de la práctica cotidiana. De ahí que sea necesario, como lo proponemos en esta intervención, que tales actuaciones sean condicionadas a una interpretación del texto que asegure la máxima e inequívoca garantía de los derechos fundamentales tanto del imputado, la persona relacionada a la investigación, como la víctima o lesionado por agresión sexual o corporal; todos ellos sujetos pasivos de las actuaciones de investigación que deben adelantar la Fiscalía y la Policía Judicial para garantizar la administración de justicia y la vigencia de un orden seguro y justo.”

2. Comisión Colombiana de Juristas

La Comisión Colombiana de Juristas intervino en el proceso de la referencia para solicitar que los artículos 247 y 249 la Ley 906 de 2004 sean declarados exequibles; y que la expresión “sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional” contenida en el artículo 248 y la expresión “de perseverar la negativa” contenida en el artículo 250, sean declaradas inexecutable. Las razones de su solicitud se resumen a continuación.

En primer lugar, frente a la supuesta violación de los derechos a la intimidad, al debido proceso y a la dignidad humana por los artículos 247, 248 y 249 de la Ley 906 de 2004, considera la interviniente que el consentimiento del imputado no es una condición necesaria para su práctica dado que “los

derechos de las personas investigadas ceden a las necesidades públicas, siempre que la limitación de los derechos no resulte arbitraria, ilegal o desproporcionada”. Sin embargo, resalta que “tales restricciones deben ser aplicadas excepcionalmente, con respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad. Además deben ser interpretadas restrictivamente y practicadas con respecto integral a la dignidad humana y dentro de condiciones que no den lugar a la arbitrariedad. Para verificar la no arbitrariedad de la injerencia resulta sumamente relevante revisar la autoridad estatal que tiene la facultad de ordenar y practicar la diligencia”.

Señala que dado el papel que debe cumplir la Fiscalía como ente eminentemente acusador en el nuevo sistema procesal penal, y la afectación de los derechos a la intimidad y a la dignidad humana que tales procedimientos pueden conllevar, la Constitución exigió contar con la autorización del juez de garantías para este tipo de procedimientos. *“Por consiguiente, para que las normas demandadas resulten ajustadas al derecho a la intimidad personal y al artículo 250 de la Constitución, debe requerirse para su práctica una autorización judicial del juez de control de garantías. El juez por su parte, para evitar la arbitrariedad, deberá verificar que la medida resulte necesaria y proporcional a las necesidades de la investigación. Asimismo, la autoridad judicial debe ordenar que la diligencia sea practicada con el respeto integral a la libertad humana”.*

Ahora, sobre la presunta violación al derecho a no autoincriminarse, la Comisión Colombiana de Juristas considera que dicho cargo no está llamado a prosperar, puesto que la extracción de muestras físicas del cuerpo o de las pertenencias de la persona imputada no están comprendidas dentro del ámbito de dicho derecho. Indica que si bien han surgido discusiones sobre la aplicación de éste derecho frente a documentos y al juramento, éstas no han llegado *“hasta el punto de discernir si el derecho incluye una salvaguarda para evitar registros personales, inspecciones corporales o que se tomen muestras de la persona imputada. En primer lugar porque, como se anotó con anterioridad, no se deduce de la enunciación normativa de la garantía. En segundo lugar porque se trata de pruebas objetivas que no ponen a la persona en la difícil situación de declarar contra si misma (...), de reconocerse como criminal, pues se trata mas bien de su obligación de permitir que la autoridad judicial pueda desarrollar una investigación para establecer si se puede concluir su responsabilidad”.*

En cuanto a los procedimientos que recaen sobre personas diferentes al imputado, incluyendo víctimas, la interviniente dijo que era preciso verificar la necesidad de la prueba y el respeto de la dignidad en su práctica. *“En relación con tales procedimientos se debe verificar que la práctica de la prueba sea indispensable para los intereses del adecuado desarrollo del proceso y que se realice dentro de condiciones que respeten la dignidad de la persona sometida al procedimiento.”* Añade que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *“al estudiar la legitimidad de las inspecciones*

vaginales en los centros carcelarios en Argentina señaló como necesarias 4 condiciones: 1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en el caso específico; 2) no debe existir alternativa alguna; 3) debería, en principio ser autorizada por orden judicial; y 4) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud”.

La interviniente considera que *“esos requisitos son aplicables en el presente caso pues, a pesar de haber sido fijados para mujeres visitantes de personas reclusas, los derechos y circunstancias son análogas a los derechos y circunstancias de víctimas de un delito, toda vez que ninguna de ellas es procesada por un hecho punible. (...) “Para que un procedimiento tan invasivo sea practicado, se debe verificar que sea indispensable para el adecuado desarrollo de la investigación penal”.* Añade la interviniente que la Corte Constitucional en la sentencia T-690 de 2004 *“señaló que las diligencias que limiten la intimidad se encuentran permitidas siempre que no medien tratos “vejatorios o denigrantes” e incluso señaló que, en el caso de los procedimientos más invasivos, debe mediar el consentimiento informado del afectado”.* Así, *“para que la práctica de los exámenes referidos por el artículo no sea vulneradora de los derechos a la intimidad y a la dignidad humana (...), se deben respetar los requisitos señalados tanto por la Corte Constitucional como por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.”*

Por las razones anteriores, solicita la Comisión Colombiana de Juristas que se declare la inconstitucionalidad de la expresión *“de perseverar la negativa” del artículo 250 para que el control judicial sea previo y obligatorio*, así como *“la constitucionalidad condicionada del resto del artículo bajo el requisito de que para la práctica de los procedimientos establecidos en la norma se respeten las condiciones señaladas por la Corte Constitucional y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (...)”*

Finalmente, la interviniente se refiere a los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública, mencionados en el artículo 248 bajo estudio, solicita que se declare la inexecutable de la expresión *“sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional”*, teniendo en cuenta que ésta se incluyó en el Código de Procedimiento Penal debido a la presencia del acto legislativo 02 de 2003, conocido como *“Estatuto Antiterrorista”*, el cual fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C-816 de 2004.

VII. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante Concepto 3782, remitido a la Corte Constitucional el 28 de marzo de 2005, la Procuradora Delegada para Asuntos Constitucionales intervino a nombre de la Procuraduría General de la Nación, una vez fuera designada por el Procurador General de la Nación para este efecto, habida cuenta que la Sala

Plena de la Corte aceptó el 25 de enero de 2005, los impedimentos del Procurador General y del Viceprocurador. Para el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional:

“(…) Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 247, 248, 249 salvo la expresión “*en el evento de no existir consentimiento del afectado*”, del inciso 1º, y 250, salvo la frase “*De perseverar en su negativa se acudirá al Juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección*”, del inciso segundo de la Ley 906 de 2004, en relación con los cargos presentados en esta oportunidad.”

“(…)Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*policía judicial*”, contenida en el inciso primero del artículo 250 de la Ley 906 de 2004, exclusivamente bajo el entendido que su actividad siempre deberá estar sujeta a la orden que, previa autorización del juez de control de garantías, imparta el fiscal que tenga a cargo al investigación.”

“(…) Declarar **INEXEQUIBLES** la expresión “*en el evento de no existir consentimiento del afectado*”, del inciso primero del artículo 249, y la frase “*De perseverar en su negativa se acudirá al Juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección*”, contenida en el inciso segundo del artículo 250 de la Ley 906 de 2004.”

Las razones de su solicitud se resumen a continuación. En primer lugar, la Procuraduría señala los problemas jurídicos que debe resolver la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

2.1. Si la práctica de registros personales, inspecciones corporales y toma de muestras implica una afectación de la **dignidad** del imputado, porque es considerado como objeto y no como sujeto dentro de la actuación procesal, restringiendo la disponibilidad sobre su cuerpo.

2.2. Si en virtud de las normas demandadas el Fiscal puede disponer la inspección corporal o el registro personal del investigado, sin **previa autorización del juez** de control de garantías y en contra de lo estipulado en el numeral 3 del artículo 250 de la Constitución Política.

2.3. Si la búsqueda de elemento material probatorio en el imputado, supone en alguna medida la responsabilidad de éste y por consiguiente, constituye una afectación o desconocimiento de **la presunción de inocencia**.

2.4. Si en virtud de las medidas cuestionadas el procesado está obligado a prestar su cuerpo para el recaudo de evidencia física en contra de sí mismo y en este orden se ignora la garantía constitucional del artículo 33, referida a la no **autoincriminación**.

En segundo lugar, la representante de la Procuraduría resalta que el Acto Legislativo 03 de 2002 significó la constitucionalización de las ritualidades procesales probatorias, particularmente en materia penal y la asignación a la Fiscalía General de la Nación de la función “*de investigar las conductas que revistan las características de delito, y para tal efecto, la obligación de asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.*” Dada la naturaleza de ente eminentemente acusador, cuando la Fiscalía necesite “*acudir a medidas que impliquen la afectación de derechos fundamentales, debe obtener autorización previa y expresa del juez de control de garantías antes de su ejecución (artículo 250, numeral 3 de la Constitución).*”

Por lo anterior, la representante del Ministerio Público resalta que la “*actividad de investigación debe estar conforme con las demás disposiciones constitucionales, en especial con el principio de dignidad humana; la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, y los subprincipios que integran el debido proceso; siendo estos mismos principios constitucionales los que debe observar el legislador al regular medios de prueba como las inspecciones e intervenciones corporales, en ejercicio de la potestad de fijar los procedimientos judiciales.*”

En relación con la figura de la inspección corporal prevista en el artículo 247 demandado, la Vista Fiscal resalta que una figura similar a la examinada estaba consagrada en los artículos 244, 247 y 248 de la Ley 600 de 2000, “*conforme a los cuales mediante la inspección judicial se comprueba, entre otras cosas, el estado de las personas, procedimiento que incluye la recolección y conservación mediante la cadena de custodia de elementos probatorios.*”

Para la representante de la Procuraduría, la inspección corporal se caracteriza por lo siguiente: 1) Recae sobre el cuerpo del imputado, sin que por ello se lo convierta en una cosa, pues esta conserva su condición de parte procesal y sujeto de derechos. El cuerpo sobre el cual recae el mecanismo estudiado es el del imputado, “*es decir, de quien ha sido vinculado al proceso mediante la formulación de la imputación, o ha sido declarado persona ausente, o quien ha sido capturado (artículo 126 y 127 Ley 906 de 2004).*” La adopción de estas decisiones se hace sobre la base de la existencia de elementos materiales probatorios que permiten razonablemente inferir que esa persona es autor o participe del delito que se investiga. 2) Como requisitos sustanciales de la inspección corporal, es necesario que “*existan suficientes medios cognoscitivos (artículo 275, Ley 906 de 2004) de los cuales surjan motivos razonables para creer que en el cuerpo del imputado puede hallarse material*

probatorio o evidencia física.” 3) La inspección corporal implica “*la visualización, el examen u observación del cuerpo del imputado, que puede considerarse invasiva cuando afecte partes habitualmente no expuestas a la visualización pública y en especial los orificios corporales naturales,*” tal como ocurre con una inspección vaginal. 4) De acuerdo con lo previsto en el artículo 246 de la Ley 906 de 2004, la inspección puede ser ordenada por el fiscal, siempre que exista previa autorización del juez de control de garantías. Dado que se trata de un mecanismo que puede afectar derechos fundamentales como la intimidad personal y la dignidad humana, su aplicación depende de la autorización previa que haga el juez de garantías en la audiencia preliminar con carácter reservado (artículo 155, Ley 906 de 2004). 5) Tanto el fiscal como el juez de garantías determinan la necesidad de acudir a este mecanismo. 6) El acto de inspección corporal debe “*realizarse atendiendo a todas las consideraciones compatibles con la dignidad humana.*”

En cuanto al mecanismo del registro personal que establece el artículo 248 cuestionado, el Ministerio Público señala que esta figura se conoce en el derecho comparado como *cacheo*, y lo define como un registro del cuerpo vestido y de la indumentaria, no invasivo, de mera “*palpación*”, que realizan miembros de la Policía Judicial a cualquier persona relacionada con la investigación, ya sea el imputado o un tercero. Esta figura se caracteriza por: 1) El objeto de la medida es el bien o elemento material probatorio que se busca, y no el cuerpo de la persona registrada. “*Esta medida busca recolectar esos elementos materiales probatorios o evidencia física que pueda servir como prueba del delito que se investiga y que según los medios cognoscitivos está en poder del sujeto que se pretende registrar.*” (...) *Es decir, el registro es el medio o mecanismo para obtener el elemento, de tal forma que su práctica nunca implicará un examen al cuerpo del imputado, víctima o tercero, su práctica sólo alcanza aquellos elementos como la ropa, calzado y accesorios, sobrepuestos al cuerpo y en los cuales se encuentra la evidencia.*” 2) Para su realización se exige que existan indicios serios “*que esa persona puede tener en su poder (no en su cuerpo), evidencia física, pues de no ser así la medida resultaría a todas luces desproporcionada.*” 3). No es una medida a la cual el ente investigador pueda acudir con total discrecionalidad y al azar, por cuanto deben existir indicios de que en efecto la persona posee evidencia física. 4) Tanto el fiscal al solicitar la medida, como el juez de control de garantías al autorizarla, están obligados a efectuar un juicio de proporcionalidad con el fin de establecer si es absolutamente necesario acudir a ella para obtener los referidos elementos.

Con el fin de garantizar los derechos fundamentales en juego, la Vista Fiscal señala que el legislador exigió el cumplimiento de varios requisitos formales y materiales: (i) que exista autorización judicial previa a su realización; (ii) que la solicitud y su autorización deban ser suficientemente motivadas, (iii) que el acto material del registro sea realizado por una persona del mismo sexo de la persona sobre la cual recae la medida; (iv) si se efectúa sobre el imputado, éste deberá estar acompañado de su defensor; (v) debe realizarse en

condiciones compatibles con la dignidad humana, respetando los derechos humanos del registrado y teniendo en cuenta que está prohibida la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes; (vi) previamente a la realización del registro debe brindarse a la persona la oportunidad de exhibir o entregar voluntariamente el elemento de que se trate, pues si a ello accede en forma libre y voluntaria, naturalmente la medida resultará inocua.

En cuanto a la obtención de muestras que involucren al imputado consagrada en el artículo 249 demandado, recuerda la representante de la Procuraduría que existe un procedimiento similar *“previsto en la Ley 600 de 2000, aunque diseñado de forma diversa y tal vez, podría decirse, menos garantista, artículos 248 y 302 ídem.”*

Según la representante del Ministerio Público, este mecanismo, se caracteriza por lo siguiente: 1) Recae sobre el imputado, 2) *“porque existen elementos materiales probatorios que permiten razonablemente inferir su presunta responsabilidad como autor o partícipe de una conducta con características de punible.”* 3) tanto el fiscal como el juez de control de garantías, *“luego de hacer un juicio de proporcionalidad, deben determinar motivadamente (en la solicitud de la medida y en la decisión, respectivamente -artículo 139, numeral 4), que es imprescindible tomar determinadas muestras, para cumplir los fines de la investigación de la conducta imputada, y ii) El recaudo o toma de la muestra ha de ser realizada por expertos de la policía judicial.”* 4) La toma de la muestra debe tener como finalidad exclusiva realizar un determinado examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz o impresión dental y de pisadas, de acuerdo con las reglas fijadas en el citado artículo 249.5). La medida debe ser autorizada por el juez de control de garantías en una audiencia preliminar de carácter reservado, salvo que exista consentimiento del afectado. 6) Este control de garantías debe involucrar *“tanto la necesidad de la toma de la muestra, lo cual implica valorar la necesidad de la prueba pericial en el proceso de investigación de una conducta punible en particular, como las condiciones en que se habrá de realizar el recaudo de la misma, de tal forma que no afecte en mayor medida la integridad física y moral del imputado, vale decir, que no se ponga en peligro su salud.”* 7) Si se efectúa sobre el imputado, éste deberá estar acompañado de su defensor. *“En aras de garantizar el derecho de defensa, el artículo 249 acusado dispone que la obtención de muestras siempre requerirá la presencia del defensor del imputado, que le permitirá ejercer la controversia de la prueba obtenida con base en la muestra, así como verificar que el recaudo de dicho elemento material probatorio se cumpla en condiciones que respeten la dignidad del imputado.”*

En relación con el reconocimiento y exámenes físicos que recaigan sobre las víctimas regulado por el artículo 250 cuestionado, la Procuraduría General de la Nación resalta que ésta procede sobre víctimas de cualquier delito en donde resulte necesario el reconocimiento, sin limitar la medida a las víctimas de lesiones o de delitos sexuales. Para su procedibilidad, ya sea que

se trate de medios no invasivos o de la toma de muestras de la víctima tales como sangre, fluidos corporales, semen u otros análogos (medida indiscutiblemente invasiva) para la Vista Fiscal el artículo 250 exige que, (i) *“a juicio del funcionario de policía judicial, resulte necesario acudir a este mecanismo de investigación, y su práctica no comporte peligro de menoscabo de la salud de la víctima.”* (ii) *“Quien determina si se realizan o no estas medidas es un miembro de la policía judicial, quien si lo estima necesario solicitará la colaboración de un perito, y será este perito forense el encargado de llevar a cabo “el reconocimiento o examen respectivo”.* (iii) La norma habilita la práctica de este medio de intervención corporal *“con o sin el consentimiento de la víctima del delito, toda vez que si al requerirse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal si es menor de edad o incapaz, no lo prestan, la inspección que puede involucrar el cuerpo del afectado en todo caso se realizará en las condiciones que fije el juez de control de garantías.”* (iv) Debe estar sometida al control previo del juez de control de garantías, en una audiencia preliminar de carácter reservado *“pero sólo en los eventos en que la víctima o su representante no preste su consentimiento escrito para que se practique la diligencia;”* (v) el juez de control de garantías fijará *“los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección”, no para que éste determine si es legal y constitucionalmente viable el reconocimiento, la inspección, el examen o la toma de muestras como semen o cualquier otro fluido corporal de la víctima.”* (vi) *“La decisión del juez de control de garantías debe ser expresa y sucintamente motivada (artículo 139, numeral 4 ídem), en cuanto el reconocimiento, inspección, examen físico o toma de muestras implica la afectación de derechos fundamentales de la víctima.”* (vii) *“el reconocimiento o examen debe realizarse en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y en su defecto, en un establecimiento de salud.”*

Luego de haber precisado las características de cada una de las medidas demandadas, la Procuraduría aborda los cuestionamientos por violación del derecho a la dignidad y a la autonomía. En primer lugar señala que los derechos a la dignidad y a la autonomía no son derechos absolutos, sino que pueden ser restringidos por el legislador con el fin de alcanzar un fin constitucional. En segundo lugar, señala que el hecho de que estas medidas recaigan sobre el cuerpo de las personas no desconoce su carácter de sujetos de derecho y precisa que aun cuando la decisión sobre la práctica de estas medidas está en manos de una tercera persona, ello no implica un desconocimiento de su autonomía. *“La ausencia de consentimiento para la práctica de medidas como la inspección corporal, el registro personal o la toma de muestras no convierte al hombre en una cosa para el Estado, porque en el imputado subsiste la condición de parte procesal y sujeto de derechos, de modo que puede oponerse a los mismos si estima que en la ejecución se está infligiendo un trato cruel o degradante, e igualmente puede solicitar el amparo de sus derechos a través de la acción de tutela, o ejercer el derecho a la controversia en el juicio oral sobre la prueba que surja de la inspección corporal, los elementos hallados en el registro personal y los resultados de*

las pruebas periciales efectuadas con las muestras que le han sido recaudadas.”

Para la Procuraduría Auxiliar, las medidas cuestionadas han sido consagradas para establecer la verdad de los hechos, si constituyen delito o no y para identificar al autor o partícipe de los mismos, lo cual constituye una finalidad constitucionalmente legítima que autoriza la restricción del derecho a disponer sobre la integridad personal, *“el interés general de descubrir la verdad sobre una conducta que reviste las características de delito y la identificación de las personas relacionadas con la misma, de modo que si existe infracción, ésta no quede impune.”*

Luego de recordar el proyecto de Naciones Unidas sobre Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia Penal, conocidas como Reglas de Mallorca,³ en el cual se reconoce el carácter excepcional de las medidas de intervención corporal, señala que *“no puede desconocerse que existen otros eventos en los cuales la única alternativa de investigación es invadir el cuerpo de otro ser humano, ya sea del inculgado o de otra persona, para obtener esos elementos materiales probatorios o evidencia física que permitirán descubrir la verdad y sancionar a los responsables de infringir la ley penal. Es para estos casos que el legislador ha habilitado las intervenciones e inspecciones corporales, pues no olvidemos que cada una de las medidas antes señaladas y conforme lo ha dispuesto de manera por demás diáfana el artículo 250 de la Carta Política, pasa por el tamiz del control de legalidad que realiza previamente el juez de control de garantías, control que, se repite, requiere que frente a cada caso particular y concreto, el funcionario judicial realice un juicio de proporcionalidad, en el cual se determine la necesidad de acudir a estas herramientas de investigación.”*

La determinación de la viabilidad de la medida en cada caso concreto corresponde al juez que debe autorizarla, toda vez que algunos de los mecanismos de investigación tienen un grado de afectación mayúsculo del derecho a la libertad y la intimidad, como la toma de muestras o la inspección de orificios naturales del cuerpo y en otras es más leve o menos invasivo como los registros sobre la indumentaria y accesorios de las personas vinculadas con la investigación, medidas que además pueden, dependiendo de las particularidades de cada persona sometida a las mismas, resultar más o menos caras a sus derechos fundamentales.

En cuanto a la prohibición constitucional de infligir trato cruel humano y degradante (artículo 12), la Vista Fiscal señala que en el diseño de los mecanismos de inspección corporal, registro personal y toma de muestras, se

³ El Principio 23 del **Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal** dice: “Toda intervención corporal está prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo y sólo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado. La intervención corporal deberá ser siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la “lex artis” y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona.”

fijaron como condiciones y reglas para garantizar los derechos fundamentales que puedan verse afectados con su práctica, en particular la orden judicial, previa autorización del juez de control de garantías, la comprobada necesidad de acudir a la medida con base en medios cognoscitivos legalmente válidos, la presencia del defensor del imputado, la realización por personal calificado. *“La legislación nacional insiste en la observancia de condiciones acordes con la dignidad humana y sanciona, entre otras formas, con la exclusión de la prueba, la que resulte de aquellos elementos materiales probatorios recogidos con violación de la dignidad humana y mediante la aplicación de tratos abierta e innegociablemente proscritos tanto por la Constitución como por las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas. (...) Además, si en la práctica de estos mecanismos de investigación que involucran al imputado o a una persona relacionada con la investigación, se inflingen tratos inhumanos (que conlleven sufrimientos de gran intensidad), crueles o degradantes (que revelen un menosprecio, humillación o envilecimiento grave del ser humano), esto sucederá no por virtud de la ley, sino por su inobservancia, es decir, surgirán del modo de ejecución, mas no porque la ley haya previsto la inspección corporal, el registro personal o la toma de muestras del imputado como mecanismos de investigación a los cuales se puede acudir para el descubrimiento de asuntos que interesan al proceso.”*

Por lo anterior, señala que aun cuando los artículos 247 a 249 no establecen en forma explícita que la medida de inspección, el registro o la toma de muestras del imputado procede siempre que no exista menoscabo para la salud física o mental del imputado, como si se hace en el artículo 250 cuestionado, esta previsión es *“una condición de procedibilidad que corresponde verificar al juez de control de garantías al realizar el juicio de proporcionalidad.”*

En cuanto a la vulneración del derecho a la intimidad, la representante de la Procuraduría General de la Nación reitera que tal derecho puede ser limitado por el legislador en *“aras de obtener una finalidad constitucionalmente admisible como es el descubrimiento de la verdad y la realización de la justicia, y si las restricciones respetan el principio de proporcionalidad⁴.”*

La Procuradora Auxiliar se refiere a la posibilidad que prevé el artículo 250 cuestionado, de realizar inspecciones corporales a la víctima de un delito sexual, aún sin el consentimiento de ésta y señala que esta disposición resulta contraria a la dignidad humana, pues este procedimiento conlleva una segunda victimización y un trato cruel, inhumano y degradante proscrito por el artículo 12 constitucional. *“Las medidas se convierten en una carga pública adicional e injustificada que se le impone a la víctima en aras de la justicia material. En este punto conviene advertir que distinta es la posición del imputado, pues en su contra existe un señalamiento como posible autor o partícipe de una conducta que reviste las características de delito, lo cual*

⁴ Sobre el tema ver Huertas Martín, ob cit, pág. 381

autoriza la imposición de esta carga procesal, a diferencia de quien no sólo ha soportado una agresión punible a su integridad física, sexual o mental sino que por virtud de la norma debe servir incuestionablemente y contra su expresa voluntad, al Estado en su actividad investigadora.

(...) Pasando al plano de la proporcionalidad de la medida, no hay duda que todos los ciudadanos deben colaborar con la administración de justicia y que la finalidad de la disposición de garantizar el recaudo de elementos materiales probatorios que permitan el descubrimiento de la verdad es constitucionalmente admisible. Sin embargo, el mecanismo al cual acude el legislador para cumplir tal objetivo resulta a todas luces desproporcionado frente a los derechos a la integridad física y moral y la intimidad de la víctima, derechos que emanan de la dignidad del ser humano y que resultan sacrificados contra la voluntad de su titular, en la medida que al daño derivado del delito se añade la agresión mental que ocasiona la coacción a someterse a la inspección o intervención corporal.

Pero además, la imposición de esta obligación a la víctima está en contravía con medidas que mediante instrumentos internacionales se promueven para su protección. En efecto, dentro de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución No. 40/34, del 29 de noviembre de 1985, se consagra que los procedimientos judiciales y administrativos se adecuarán a las necesidades de las víctimas “adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad...”.

En el mismo sentido, en el documento denominado Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las Víctimas de Violaciones a las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional de los derechos humanos a interponer recursos y obtener reparaciones, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 2000, se indica que “El Estado debería velar porque, en la medida de lo posible, el derecho interno previera para las víctimas de violencias o traumas una consideración y atención especiales, a fin de evitar que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a lograr la justicia y reparación den lugar a un nuevo trauma”.

Por lo anterior, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional declarar la inexecutable de la frase “De perseverar en su negativa se acudirá al Juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección”, del inciso 2º del artículo 250 de la Ley 906 de 2004, pues sólo de este modo se establecerá el consentimiento escrito de la víctima o su representante legal cuando fuere menor o incapaz, como condición de procedibilidad de los mecanismos de reconocimiento (inspección) y toma de muestras que involucren a la víctima.”

Resalta la Procuradora Auxiliar, que tal como fue diseñado el mecanismo de inspección corporal de la víctima, *“la disposición examinada autoriza la aplicación de una medida inconstitucional de afectación de la dignidad humana en su interrelación con los derechos fundamentales a la intimidad e integridad física y mental, porque la persona que determinará la necesidad de acudir a estos mecanismos de investigación será el miembro de la Policía judicial y no una autoridad judicial como el fiscal y el juez de control de garantías. (...) Es decir, en ningún caso ni el fiscal ni el juez de control de garantías decidirán sobre la procedencia de la medida, pues respecto de la participación del primero no hay al menos mención en la norma, y respecto del segundo sólo se restringe a fijar la forma como se realizará la inspección, pues conforme al artículo en mención, tampoco intervendrá cuando de trate de la toma de muestras como sangre, fluidos corporales, semen y cualquier otro análogo.”*

Esta ausencia absoluta de orden judicial hace inconstitucional la norma toda vez que, una de las condiciones para que sea viable la restricción de derechos fundamentales es que exista orden de autoridad judicial dictada con base en las facultades legales, pero en este caso la restricción a los derechos fundamentales a la integridad física y mental, a la intimidad y a la dignidad en su contenido de autonomía individual, se impone por decisión del funcionario de policía judicial, quien, además, fuera de su sano criterio, no está sujeto a parámetro alguno para establecer cuándo se requiere del reconocimiento o la toma de muestras de la víctima dentro de la investigación de determinada conducta delictiva.

Según la Procuraduría, el citado artículo 250 establece que cuando se trate de investigaciones en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos a la víctima *“la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos”*. Pero además, si la víctima presta su consentimiento la norma no consagra la intervención del juez de control de garantías, quien sólo actuará en caso negativo y *“para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección”*.

Por lo anterior, solicita a la Corte constitucional que declare exequible la expresión *“policía judicial”* del inciso primero del artículo 250 de la Ley 906 de 2004, exclusivamente bajo el entendido que su actividad siempre deberá estar sujeta a la orden que, previa autorización del juez de control de garantías, imparta el fiscal encargado de la investigación.

Pasa luego el Ministerio Público a examinar si tal como lo señala la demandante, frente a los artículos 247 y 248 cuestionados, tales disposiciones no prevén el control judicial necesario para garantizar la efectividad de los derechos afectados, y encuentra que tales disposiciones deben ser interpretadas sistemáticamente con el artículo 246 de la Ley 906 de 2004, que establece como regla general la intervención del juez de garantías. *El artículo*

246, el primero de los preceptos que integran el capítulo III, denominado “Actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización”, y del que también forman parte los artículos 247 y 248 ejusdem, dispone con carácter general que las actividades distintas de las señaladas en el capítulo anterior “y que impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales, únicamente se podrán realizar con autorización previa proferida por el Juez de control de garantías, a petición del fiscal correspondiente”, de donde se infiere que los mecanismos contemplados en aquel capítulo III están sujetos a tal autorización previa. (...)El artículo 155 inciso 2° ídem, insertado dentro del articulado que regula las audiencias preliminares, preceptúa que “serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o víctimas de agresiones sexuales. (...)Basta lo anterior para desechar el cargo que por violación del artículo 250 numeral 3° constitucional plantea la demanda respecto de los artículos 247 y 248 de la Ley 906 de 2004.”

En cuanto a la intervención del juez de garantías en los eventos regulados por el artículo 249, la representante de la Procuraduría General de la Nación señala que la intervención del juez de garantías solamente está prevista en caso de no existir consentimiento del afectado, con lo cual establece una “restricción que resulta inconstitucional pues no está contemplada en el artículo 250 numeral 3 de la Carta Política, y que no puede entenderse autorizada ya que se trata de la restricción de una garantía constitucional fijada específicamente para la protección de los derechos fundamentales dentro de la actuación penal. (...) Por lo anterior, con el fin de ajustar la disposición al mandato constitucional, se estima necesario que se declare la inexequibilidad de la expresión “en el evento de no existir consentimiento del afectado”, de tal forma que la autorización previa se requiera en cualquier evento, ya sea que el imputado manifieste su conformidad o no con el recaudo de la muestra.

En cuanto a la supuesta violación del principio de presunción de inocencia, resalta la Procuradora Auxiliar que nada de lo dispuesto en los artículos 247 a 250 cuestionados, permite suponer un tratamiento a través del cual se presume la culpabilidad del imputado. Para la interviniente, la actora parte “del supuesto que todas las inspecciones, registros y toma de muestras están encaminadas exclusivamente a demostrar la responsabilidad del imputado, ignorando que estos mecanismos han sido habilitados por el legislador para recoger evidencia física que sirva a todos los fines del proceso, es decir, a descubrir la verdad, determinar si la conducta efectivamente es delictiva, identificar e individualizar al posible autor o partícipe (claro ejemplo de ello son las inspecciones para determinar la edad cuando no se cuenta con documentos que permitan hacerlo de otra forma), y para confirmar o desvirtuar la participación del imputado. No puede afirmarse, entonces, que la única finalidad de tales medidas es buscar pruebas incriminatorias en el

imputado y que por tanto su realización implica una estigmatización o tratamiento como responsable.”

La Vista Fiscal también rechaza que las normas demandadas supongan un desconocimiento del derecho del imputado a no autoincriminarse, pues los elementos materiales probatorios recogidos en las mencionadas diligencias pueden obrar tanto como “*pruebas de cargo como de descargo*” en el juicio e incluso irrelevantes respecto de la responsabilidad del acusado, así como para determinar la configuración típica del delito o para establecer si el imputado es menor de edad, que por tanto, debe ser sometido a otra clase de procesamiento. “*Como puede advertirse, la garantía que consagra el artículo 33 constitucional se refiere a la declaración del imputado, a esa potestad de guardar silencio y no declarar, relatar, contar o expresar verbalmente aquello que pueda comprometer su responsabilidad, así como el derecho a no declararse culpable, de tal manera que se vulnera o desconoce esta garantía si por cualquier medio se ejerce coacción para que el imputado declare en su contra o se confiese culpable, más no cuando sin solicitar, requerir o increparle declaración alguna, se toman de su cuerpo o su indumentaria elementos materiales probatorios que allí reposan, por cuanto no está obligado el imputado a emitir una declaración en determinado sentido, tan solo ha de consentir que se practique sobre él una inspección, registro o toma de muestras con el fin de obtener evidencia física que interese al proceso, actitud que no puede equipararse a la de dar una declaración que lo perjudique o que implique la aceptación de su culpabilidad. (...) El investigador puede acudir a los mencionados mecanismos de investigación para la consecución de fines del proceso que no necesariamente y en todos los eventos están vinculados a la responsabilidad del acusado, o pueden estar dirigidos a establecer si es o no responsable, no exclusivamente a determinar que si lo es.”*

Finalmente resalta la interviniente, que dada la intensidad de la restricción de los derechos que tales medidas implican, la necesidad de regular de manera más precisa las medidas cuestionadas, especialmente cuando impliquen el empleo de medios invasivos, a través de una ley estatutaria, pues a su juicio varios aspectos fundamentales para su empleo aún no han sido abordados por la ley. A saber:

5.1. *Que sólo se puede utilizar dentro de la investigación, dentro de la cual se ordena, no para otro distinto, y sus resultados deben ser anulados o eliminados tan pronto sean innecesarios para el proceso.*

5.2. *La medida debe guardar estrecha e inequívoca relación con los hechos investigados (cuando se trata de muestras, siempre que sean necesarios para constatar si las evidencias provienen del imputado o no).*

5.3. *Como en la codificación ecuatoriana (Canon 82), el requerimiento para extraer muestras será procedente solamente si por la naturaleza y circunstancias del delito, esos elementos de prueba son indispensables o imprescindibles para acreditar la existencia de la conducta punible y así evitar la incriminación de un inocente o la impunidad de un delito.*

5.4. *La gravedad de la infracción como un aspecto a considerar para autorizar la medida, porque “no es suficiente el alegato de que se haya cometido un delito para que automáticamente puedan entenderse justificadas las diligencias de intervención corporal; se exige la concurrencia de ciertos indicadores de la comisión del hecho, los indicios, cuyo grado de razonabilidad y solidez variará en relación, nuevamente, con el grado de injerencia en los derechos del individuo” (Las intervenciones corporales en el proceso penal, J.F. Etxeberria, pág. 44).*

5.5. *Cuál es el mecanismo coercitivo cuando el imputado se opone a la práctica de la medida, si está autorizada el ejercicio de la fuerza física o la imposición de medidas correctivas, etc.*

VIII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en la demanda que se estudia.

2. Problemas jurídicos

Para la demandante, los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, desconocen los derechos al respeto de la dignidad humana (Art. 1, CP), a la intimidad (Art.15, CP), a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art.12, CP), a no autoincriminarse (Art.33, CP) y a la presunción de inocencia, (Art.29, CP) porque a través de ellos se transforma al individuo y su cuerpo en objeto de investigación penal, se desconoce su autonomía al someterlo a este tipo de medidas aún sin su consentimiento, se lo obliga a aceptar la práctica sobre su cuerpo de medidas invasivas, lesivas de su dignidad. Así mismo, sostiene que cuando se fuerza al imputado a aceptar este tipo de prácticas, se le está obligando a algo equivalente a declarar contra sí mismo. En el mismo sentido de la demanda se pronuncia la Corporación Casa de la Mujer.

Por su parte, la Corporación Sisma Mujer, aboga por la constitucionalidad de las normas cuestionadas por ser instrumentos adecuados para garantizar los

derechos del imputado y de las víctimas del delito, al exigir la autorización previa del juez de garantías, y establecer requisitos tanto formales como sustanciales orientados a asegurar el debido respeto de los derechos en juego. En cuanto al artículo 250 de la Ley 906 de 2004, considera que debe ser declarado constitucional de manera condicionada pues en el caso de las víctimas mayores de edad y plenamente capaces resulta inconstitucional obligarlas a practicarse exámenes físicos en contra de su voluntad, porque ello viola sus derechos a la autonomía personal, a la intimidad y a la dignidad.

En igual sentido se pronuncia la Comisión Colombiana del Juristas, que solicita que los artículos 247 y 249 la Ley 906 de 2004 sean declarados exequibles; que la expresión “*sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional*” contenida en el artículo 248 y la expresión “*de perseverar la negativa*” contenida en el artículo 250, sean declaradas inexecutable.

Por su parte, el Ministerio del Interior y de Justicia y la Fiscalía General de la Nación señalan que las disposiciones cuestionadas son constitucionales porque, si bien establecen limitaciones a varios derechos fundamentales con el fin de asegurar el debido funcionamiento de la justicia penal, proteger bienes jurídicos esenciales e impedir la impunidad, dichas medidas están rodeadas de las garantías necesarias para la protección de los derechos del imputado y de las víctimas, tales como la autorización previa del juez de garantías, la exigencia de elementos sustanciales que justifican su aplicación excepcional, la presencia del defensor cuando se trate del imputado y la exigencia de condiciones que aseguran el respeto por la dignidad de las personas.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito intervino para recomendar que las normas demandadas sean declaradas exequibles, pero “*condicionando su interpretación a una máxima garantía de los derechos humanos del (i) imputado, (ii) la víctima o (iii) la persona relacionada con la investigación.*” Para esta Oficina, el artículo 246 de la Ley 906 de 2004 establece la regla general que asegura que estas medidas sean autorizadas previamente por el juez de garantías; y la exigencia de requisitos materiales y formales previstos en cada una de ellas asegura el respeto de los derechos fundamentales en juego. En cuanto a la posibilidad que prevé el artículo 250 de la Ley 906 de 2004, según el cual el juez de garantías puede autorizar la práctica de inspecciones corporales sobre el cuerpo de la víctima, a pesar de que ésta no haya dado su consentimiento, considera que tal medida garantiza que no haya impunidad frente a conductas gravemente lesivas de los derechos humanos.

La Procuraduría General de la Nación consideró que salvo algunas expresiones, los artículos cuestionados deberían ser declarados exequibles, porque los requisitos formales y materiales en ellos previstos, constituyen garantías adecuadas para asegurar que la limitación de los derechos

constitucionales en juego, no sea desproporcionada. En consecuencia solicita (i) declarar exequibles los artículos 247, 248, 249 salvo la expresión “*en el evento de no existir consentimiento del afectado*”, del inciso 1º del artículo 249, y el articulado 250, salvo la frase “*De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección*”, del inciso segundo de la Ley 906 de 2004; (ii) declarar exequible la expresión “*policía judicial*”, contenida en el inciso primero del artículo 250 de la Ley 906 de 2004, exclusivamente bajo el entendido de que su actividad siempre deberá estar sujeta a la orden que, previa autorización del juez de control de garantías, imparta el fiscal que tenga a cargo al investigación; (iii) declarar inexecutable la expresión “*en el evento de no existir consentimiento del afectado*”, del inciso primero del artículo 249, y la frase “*De perseverar en su negativa se acudirá al Juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección*”, contenida en el inciso segundo del artículo 250 de la Ley 906 de 2004.

Con base en lo anterior, corresponde a la Corte Constitucional resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Resulta contrario a los derechos a la dignidad humana (Art. 1, CP), a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art.12, CP), a la intimidad (Art.15, CP), a la presunción de inocencia, (Art.29, CP), a no autoincriminarse (Art.33, CP), el que el Fiscal o su delegado ordene la inspección corporal del imputado en las condiciones y con los requisitos previstos en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004?
2. ¿Resulta contrario a los derechos a la dignidad humana (Art. 1, CP), a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art.12, CP), a la intimidad (Art.15, CP), a la presunción de inocencia, (Art.29, CP), a no autoincriminarse (Art.33, CP), el que el Fiscal o su delegado ordene el registro de una persona relacionada con la investigación, en las condiciones y con los requisitos previstos en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004?
3. ¿Resulta contrario a los derechos a la dignidad humana (Art. 1, CP), a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art.12, CP), a la intimidad (Art.15, CP), a la presunción de inocencia, (Art.29, CP), a no autoincriminarse (Art.33, CP), el que el fiscal ordene a la policía judicial la obtención de muestras que involucren al imputado, en las condiciones y con los requisitos previstos en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004?
4. ¿Resulta contrario a los derechos a la dignidad humana (Art. 1, CP), a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art.12, CP), a la intimidad (Art.15, CP), que cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y la

realización de exámenes físicos, se obtengan muestras íntimas de las víctimas en las condiciones y con los requisitos previstos en el artículo 250 de la Ley 906 de 2004?

Con el fin de resolver los anteriores problemas, la Corte Constitucional recordará primero la doctrina sobre los alcances de la potestad de configuración del legislador penal, cuando éste establece limitaciones a los derechos y libertades constitucionales y la aplicación del juicio de proporcionalidad como método de análisis. En segundo lugar, reseñará brevemente la forma como en el derecho comparado y en el derecho internacional se ha regulado la práctica de las inspecciones y registros corporales y la obtención de muestras íntimas, con el fin de ilustrar la forma particular como se ha aplicado el juicio de proporcionalidad para determinar si tales medidas resultan en el caso concreto desproporcionadas. En tercer lugar, examinará las normas cuestionadas y para ello, (i) determinará el sentido y alcance de cada una de las normas demandadas, a fin de establecer sus elementos característicos y los requisitos previstos por el legislador para su aplicación; y (ii) juzgará su constitucionalidad analizando, si tal como fueron diseñadas, las medidas bajo estudio constituyen una limitación desproporcionada de los derechos relevantes.

3. Los alcances constitucionales a la potestad de configuración del legislador en materia penal y el principio de proporcionalidad en la limitación de los derechos. La ponderación en el ámbito probatorio.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha afirmado de manera reiterada que la potestad de configuración del legislador en materia penal, es una competencia amplia pero limitada por las normas constitucionales, en especial por *“los principios de razonabilidad y proporcionalidad que han de respetarse al limitar los derechos,”*⁵ a fin de que las restricciones a los derechos que prevea el legislador en ejercicio de dicha potestad no resulten arbitrarias. Sobre este punto ha dicho la Corte:

“En principio, por virtud de la cláusula general de competencia legislativa que le atribuyen los artículos 114 y 150 de la Carta, el Congreso cuenta con la potestad genérica de desarrollar la Constitución a través de la creación de normas legales; ello incluye, por supuesto, la facultad de legislar sobre cuestiones penales y penitenciarias. No obstante, como lo ha reconocido ampliamente esta Corporación, dicha libertad de configuración del legislador encuentra ciertos límites indiscutibles en la Constitución, la cual no le permite actuar arbitrariamente, sino de conformidad con los parámetros que ella misma establece. Es decir, se trata de una potestad suficientemente amplia, pero no por ello ilimitada; y en materia penal y penitenciaria, estos límites son particularmente

⁵ Ver entre otras las sentencias C-173 y C-551 de 2001 MP. Álvaro Tafur Galvis

claros, por estar de por medio derechos fundamentales muy caros para la persona humana, como lo son la libertad personal y el debido proceso, así como valores sociales tan importantes como la represión del delito o la resocialización efectiva de sus autores.

“Entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución. Quiere decir esto, que en desarrollo de sus atribuciones, el Congreso de la República puede establecer cuáles conductas se tipifican como delitos, o cuáles se retiran del ordenamiento; puede asignar las penas máxima y mínima atribuibles a cada una de ellas, de acuerdo con su ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso; e igualmente, puede contemplar la creación de mecanismos que, orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad. En los términos utilizados recientemente por la Corte en la sentencia C-592 de 1998 (MP. Fabio Morón Díaz), *“el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”*⁶

Dado que el ejercicio de esta potestad de configuración puede incidir en el goce de derechos constitucionales, la Corte ha dicho que las limitaciones o restricciones en el ámbito del procedimiento penal deben ser adecuadas para lograr el fin buscado, deben ser además necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin buscado y, por último, deben ser *“proporcionales stricto sensu”*⁷, esto es, que no sacrifiquen valores y

⁶ Sentencia C-1404 de 2000. MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-309 de 1997 MP Alejandro Martínez Caballero. Sobre el juicio de proporcionalidad *stricto sensu*, en la sentencia C-584 de 1997 se precisa que " Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el

principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantizar. Así ha dicho esta Corporación,

“En relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha definido que la verificación debe recaer no solo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea constitucional, se requiere que sea ponderada o proporcional en sentido estricto. ‘Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional’^{8,9}

La jurisprudencia constitucional ha deducido este principio de proporcionalidad, entre otros, de los artículos 1 — de la concepción de Estado social de derecho y del principio de dignidad humana, 2 — del principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, 5 — del reconocimiento del carácter inalienable de los derechos de la persona, 6 — del establecimiento de la responsabilidad de las autoridades por extralimitación de las funciones públicas —, y del 214 de la Constitución —que establece el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción.¹⁰

Esta Corte se ha pronunciado sobre las características y el método de análisis empleado en el juicio de proporcionalidad en varias sentencias, como por ejemplo en la sentencia C-916 de 2002, donde dijo lo siguiente:

“En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto,

patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional.”

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-448 de 1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Sobre este tema también pueden consultarse entre otras, las sentencias C-371 de 2000, C-110 de 2000, C-093 de 2001, C-068 de 1999, C-309 de 1997 y C-741 de 1999.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-648 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-226 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. El problema constitucional que planteó la demanda fue si el Legislador podía o no derogar los tipos penales de bigamia y matrimonio ilegal, o si dicha derogación vulneraba la Carta y, en especial, desconocía la protección constitucional de la familia y del matrimonio (CP Arts. 5, 42 y 44).

la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio.

“(..) 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. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 CP.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 CP.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 CP.).

“En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia.

(...)

“(...) La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de

parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

“No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo.”¹¹

La Corte ya se ha pronunciado, en sede de revisión de tutelas, sobre la vulneración de los derechos a la integridad y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la libertad personal y a la intimidad, cuando en el curso de un proceso penal o en la aplicación de una medida de control penitenciario, se incurre en limitaciones irrazonables o desproporcionadas de tales derechos. Así, por ejemplo, en la sentencia T-690 de 2004,¹² la Corte señaló que obligar a los reclusos a desnudarse y adoptar posiciones humillantes e indecorosas para determinar si en sus cavidades se

¹¹Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, en donde la Corte examinó si resultaba conforme a la Carta, el tope de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales a la indemnización de daños ocasionados por conductas punibles, y aplicó el principio de proporcionalidad siguiendo el siguiente método: “(i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada (...) uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución.” Como consecuencia de la aplicación de este método de análisis, la Corte resolvió: “PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y segundo del artículo 97, de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Este límite se aplicará a la indemnización de dichos daños cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible. SEGUNDO.- Declarar Exequible el inciso 3 del artículo 97, de la Ley 599 de 2000.”

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-690 de 2004, MP: Álvaro Tafur Galvis

encontraban objetos prohibidos, como drogas o armas, constituía un trato cruel y degradante contrario a la Carta:

“ (...) esta Corporación ha entendido que las requisas que se practican en los centros de reclusión no comportan registros corporales sobre los cuerpos desnudos de los internos y de sus visitantes, ni sujeción de éstos a procedimientos vejatorios, así fuere con el objeto de detectar armas o elementos prohibidos en el uso carcelario; porque si bien los reclusos están sujetos a la restricción de sus derechos — *“a la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión”* —, pueden exigir el pleno respeto de su dignidad e integridad física y moral, al igual que el reconocimiento de su personalidad jurídica y la preservación de sus garantías constitucionales.¹³

(...)

Ahora bien, al examinar el presupuesto legal que permite adelantar requisas en los penales, la Corte pudo concluir que la práctica de hacer desnudar a internos y visitantes y obligarlos a adoptar posturas indecorosas no tiene asidero en la Constitucional Política, ni en el Régimen Penitenciario y Carcelario, por el contrario, encontró que al respecto existe prohibición expresa.

(...)

“No queda duda, entonces, que las requisas visuales o cacheos superficiales, sobre las personas reclusas en los centros penitenciarios y quienes ingresan a los mismos, como también sobre los elementos que unas y otras poseen o pretenden ingresar a los reclusorios están permitidas, y pueden ser practicadas por el personal de guardia, atendiendo los requerimientos de orden y seguridad del penal. No así las injerencias visuales o por contacto sobre los cuerpos desnudos de internos y visitantes, como tampoco las intervenciones, comprobaciones y registros corporales, en cuanto, como medidas restrictivas de la intimidad corporal, de la

¹³ Sentencia T-702 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra –el accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales porque en el establecimiento carcelario en el que se encuentra recluso “se le practica una requisas rutinaria (...) totalmente desnudo, de espaldas, me hacen agachar varias veces. Además me obligan a levantar mis testículos y bajar el pene, subirlo y que corra el prepucio. También sostiene que al ingresar a la Cárcel se le practicó un requisas similar: “la requisas, al ingreso, se extralimita al desnudarme completamente, asumiendo posiciones vergonzosas: parado en una silla y agachándome varias veces mostrándole el recto a los guardianes.” En igual sentido T-269 de 2002, del mismo ponente –el accionante denunció “las guardianas realizan a las mujeres requisas denigrantes que implican bajarse los interiores, desnudarse y mostrar los senos, hacer cuclillas o flexiones de rodillas, introducir la mano en la región pélvica –aduciendo que lleva algún elemento en la vagina- y retiro de la prótesis dental”

libertad personal, de la integridad física, moral y jurídica del afectado, su realización impone la directa y razonable intervención judicial, atendiendo las pautas y lineamientos constitucionales y legales sobre el punto, en aras de garantizar el respeto de los derechos fundamentales que tales procedimientos comprometen.”

En otro contexto, y en relación con la práctica de pruebas que sin implicar contacto corporal en todo caso incidían en la intimidad de la víctima, en la sentencia T-453 de 2005¹⁴ la Corte consideró que en las condiciones del caso, era irrazonable y desproporcionado que se ordenara una prueba relativa al comportamiento sexual o social previo de una víctima de un delito sexual. Al respecto dijo lo siguiente:

La evaluación de la limitación del derecho a la intimidad en este contexto, ha de realizarse en cuatro pasos. En primer lugar, se analizará el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, se examinará si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y en tercer lugar, se estudiará la relación entre el medio y el fin, aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado.

(...)

Cuando las pruebas solicitadas relativas a la vida íntima de la víctima no cumplen con estos requisitos, y se ordena su práctica, se violan tanto el derecho a la intimidad como el debido proceso de las víctimas, pues la investigación penal no se orienta a la búsqueda de la verdad y al logro de la justicia, sino que se transforma en un juicio de la conducta de la víctima, que desconoce su dignidad y hace prevalecer un prejuicio implícito sobre las condiciones morales y personales de la víctima como justificación para la violación. Cuando la investigación penal adquiere estas características, la búsqueda de la verdad se cumple de manera puramente formal, totalmente ajena a la realización de las finalidades del proceso penal, y por lo tanto violatoria de los derechos de la víctima y, por consecuencia, del debido proceso.

De lo anterior se concluye, que las víctimas de delitos sexuales, tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2005, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, donde la Corte tuteló el derecho a la intimidad y al debido proceso de una víctima de acceso carnal con persona puesta en incapacidad resistir y ordenó la exclusión de varias pruebas que indagaban sobre la vida íntima y sexual de la víctima para deducir de ella un consentimiento para la relación sexual objeto de investigación.

intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia, transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión.¹⁵

A la luz del nuevo Código de Procedimiento Penal que desarrolla el sistema acusatorio introducido por el Acto Legislativo 02 de 2003, la ponderación en materia probatoria, mediante la aplicación de juicios de razonabilidad y de proporcionalidad, es particularmente pertinente dado que en dicho Acto se distingue entre tres grandes clases de medidas encaminadas al recaudo de elementos materiales probatorios: (i) las que siempre requieren autorización judicial previa (inciso 1 del numeral 3, artículo 250 CP);¹⁶ (ii) las que no requieren dicha autorización (numeral 2, artículo 250 CP);¹⁷ y (iii) las que pueden llegar a requerirla, según el grado de incidencia que tengan sobre los derechos constitucionales, puesto que si la medida implica afectación de derechos, la Carta exige autorización judicial previa (numeral 3, artículo 250 CP).¹⁸ Esta ponderación busca lograr un equilibrio entre los derechos del procesado, de un lado, y, los derechos de las víctimas, así como el interés público imperioso en que se haga justicia, de otro lado. Ambos extremos se unen en el fin común de que se administre justicia de manera imparcial, pronta y con el respeto a las garantías constitucionales.

Pasa la Corte a reseñar brevemente la regulación que se ha dado a las inspecciones y registros corporales y a la obtención de muestras íntimas en el derecho internacional y el derecho comparado, con el fin de ilustrar la forma como se ha aplicado este juicio de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad las medidas de intervención corporal reguladas por el

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencias SU-159 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, SV conjunto Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y SU-1159 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, SV conjunto Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández y Álvaro Tafur Galvis.

¹⁶ El inciso 1 del numeral 3 del Artículo 250 tal como quedó modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2003, dice: “*En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: (...) 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (...)*”

¹⁷ El numeral 2 del Artículo 250 tal como quedó modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2003, dice: “*En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: (...) 2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.*”

¹⁸ El numeral 3 del Artículo 250 tal como quedó modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2003, dice: “*En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: (...) 3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.*”

derecho procesal penal. Se subraya que esta alusión es meramente ilustrativa de las variantes que ha tenido la aplicación del juicio de proporcionalidad en el ámbito específico del tipo de medidas previsto en las normas acusadas.

4. Las inspecciones y registros corporales en el derecho comparado y la aplicación del juicio de proporcionalidad como método de ponderación

4.1. Uno de los temas que mayor controversia genera en el derecho procesal penal es el de la práctica coactiva de medidas de investigación sobre el cuerpo del imputado, de la víctima o de terceros, que impliquen la exploración del cuerpo desnudo, de sus cavidades naturales, o la obtención de muestras corporales tales como saliva, sangre, semen, entre otras.

Estos mecanismos, que se denominan genéricamente como “*intervenciones corporales*”,¹⁹ “*investigaciones corporales*”,²⁰ “*registros íntimos*”,²¹ o “*inspecciones personales*”,²² han sido definidos por la doctrina como “*medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él.*”²³ Dentro de este conjunto de medidas también se ha incluido el registro externo del cuerpo de la persona cuando se realiza con el fin de obtener evidencia física relevante para la investigación penal de un hecho delictivo que se encuentra oculta en la indumentaria del individuo.²⁴

Estos procedimientos han sido clasificados como diligencias de investigación posdelictuales, dirigidas a hacer una búsqueda sobre el cuerpo del imputado, de la víctima o de terceros que tengan alguna relevancia para la investigación, con el fin de constatar o esclarecer los hechos, lograr la identificación del autor y determinar las circunstancias bajo las cuales éstos se produjeron. También se ha señalado su función como medida protectora de los medios probatorios, cuando están orientadas a la recuperación de elementos de prueba que se encuentren ocultos en el cuerpo de la persona. En algunos casos,

¹⁹ Así los denomina la doctrina española, Ver. Exteberría, J. F., *Las Intervenciones Corporales: su práctica y valoración como prueba en el Proceso Penal*, Editorial Trivium, Madrid, 1999. Esta fue la denominación recogida por la Corte Constitucional en la sentencia T-690 de 2004, MP: Álvaro Tafur Galvis.

²⁰ Traducción del término “*körperliche Untersuchung*”, empleado en el §81 St PO alemán

²¹ Traducción de la expresión “*intimate search*”, utilizado en el Police and Criminal Evidence Act –PACE- 1984, (secciones 2, 55 y 65), empleado en el Reino Unido, donde también se emplea el término “*intimate sample*” - “*muestra íntimas*”, para referirse a la obtención de muestras de sangre, semen, y otras sustancias que puedan extraerse de orificios tales como la boca, el ano, la vagina, etc.

²² Traducción de las expresiones empleadas en los artículos 247 y 249 del Código de Procedimiento Penal Italiano.

²³ González-Cuellar Serrano, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, página 290,

²⁴ Este registro se diferencia de la figura de los cacheos o requisas que realizan las autoridades de policía con el fin de prevenir la comisión de delitos.

cuando es necesaria la intervención de personal médico o científico, se les ha reconocido también una dimensión pericial.

Dentro de este conjunto de medidas se encuentra (i) el registro corporal, entendido de manera general como la exploración de la superficie del cuerpo, o bajo la indumentaria de la persona para buscar cosas sujetas al cuerpo mediante adhesivos; (ii) la inspección corporal, que se emplea para examinar los orificios corporales naturales (boca, ano, vagina, etc.) y el interior del cuerpo de la persona afectada, cuando el objeto buscado ha sido deglutido u ocultado en el interior de tales orificios; y (iii) la obtención de muestras íntimas, tales como semen, sangre, saliva, cabellos, etc. En cuanto a la práctica misma de la medida existe una tendencia a exigir la intervención de personal médico cuando se trate de la inspección corporal o de la obtención de muestras corporales íntimas, e incluso a ordenar que se realice en un lugar específico.²⁵

Estas diligencias probatorias inciden en un amplio espectro de derechos fundamentales. En primer lugar, dado que suponen la exposición del cuerpo del individuo a procedimientos en los que se utiliza el cuerpo mismo de la persona, la práctica de estas diligencias incide en la dignidad humana. En segundo lugar, las intervenciones corporales afectan el derecho a la intimidad porque –aún en el caso del registro personal que es un procedimiento menos invasivo que la inspección corporal en la que se realiza la exploración de orificios corporales –, implican en todo caso exposición o tocamientos del cuerpo o de partes del cuerpo normalmente ocultas a la vista y fuera del alcance de las personas. En tercer lugar, también pueden afectar el derecho a la integridad física en el evento que la extracción de muestras implique el uso de agujas o punciones de algún tipo, o que su práctica conlleve la exploración de cavidades u orificios naturales mediante la introducción de aparatos o instrumentos manejados por personal médico o científico, o inclusive una intervención quirúrgica.²⁶ En cuarto lugar, dado que se trata de medidas cuya

²⁵ Así se exige en el Police and Criminal Evidence Act 1984, Secciones 55 (4) (5) (6) (7) y (17). En Estados Unidos, en el caso *Schmerber v. California* (384 US 757 (1966)), tanto el procedimiento científico elegido (extracción de sangre) como la forma de llevarlo a cabo debía sujetarse a los requisitos de la Enmienda IV. Ver también *US v Crowder*, (516 US 1057 (1996) en donde se ordenó la práctica de una cirugía en el cuerpo del sospechoso para extraer fragmentos de bala alojados en su cuerpo, con el objeto de identificar las armas de fuego empleadas en el ilícito.

²⁶ Ver *Winston v. Lee*, 470 US 753 (1985), en donde la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que si bien en las circunstancias iniciales del caso era constitucional la autorización judicial dada por la Corte de Virginia para la realización de una cirugía al acusado, contra su voluntad, con el fin de obtener una bala alojada en su clavícula y determinar si se trataba de la misma bala disparada por el guardia de seguridad contra el asaltante durante los hechos objeto de investigación, las nuevas consideraciones médicas según las cuales la cirugía era médicamente riesgosa debido a que implicaba una exploración profunda del hombro del acusado y requería la aplicación de anestesia general. La Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que una intervención quirúrgica obligatoria en el cuerpo de un individuo que implicaba limitaciones a la seguridad e intimidad del individuo de tal magnitud, podía resultar irrazonable aún en el evento en que fuera necesaria para obtener pruebas relacionadas con la comisión de un delito. Para la Corte Suprema la razonabilidad de las intervenciones quirúrgicas para la búsqueda de evidencia que se encuentra bajo la piel del individuo depende de la ponderación, en el caso concreto, del interés de la sociedad en obtener evidencia que permita determinar adecuadamente la responsabilidad o la inocencia del individuo, y exigió 1) orden judicial previa; y 2) la consideración previa a la realización de la cirugía de (i) el grado de amenaza o riesgo para la salud y seguridad del individuo que entrañe la cirugía; (ii) el grado de intrusión en la intimidad, la dignidad y la

práctica puede ser impuesta al individuo, tal característica supone una limitación de la autonomía personal. En quinto lugar, también se ha afirmado que las intervenciones corporales inciden en el derecho a no autoincriminarse, en la medida en que a través de ellas se pueden obtener medios probatorios que conduzcan a demostrar la responsabilidad del individuo. En sexto lugar, se afirma que también inciden en la libertad de movimiento del individuo afectado, pues para su práctica se hace necesario limitar temporalmente la posibilidad de circular libremente, o trasladarlo al sitio donde se encuentra el personal médico o científico. Y, finalmente, dependiendo de los hechos, puede ser pertinente analizar la prohibición de la tortura, así como la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, puesto que la forma, condiciones y frecuencia con las cuales se practiquen las inspecciones corporales o la toma de muestras íntimas puede significar un grado de sufrimiento físico o moral constitucionalmente inadmisibles.

Dado el amplio espectro de derechos afectados por las intervenciones corporales, así como la intensidad que puede adquirir esa afectación en la práctica, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado, se ha rodeado a estas medidas de exigencias formales y materiales orientadas a impedir una incidencia excesiva, de los derechos fundamentales en juego. Por ello se ha entendido que la constitucionalidad de tales medidas depende del respeto del principio de proporcionalidad – esto es, que no tengan una incidencia desproporcionada en los derechos –, así como del principio de legalidad,²⁷ apreciados en el contexto de una sociedad democrática.²⁸

Adicionalmente, se ha considerado que la aplicación del principio de proporcionalidad exige el cumplimiento de dos tipos de requisitos. En primer lugar, en cuanto a los requisitos formales, se ha exigido una decisión judicial para ordenar o autorizar su práctica durante la investigación, cuando no se cuente con el consentimiento del inspeccionado físicamente²⁹ y que tal

integridad del individuo; y (iii) el peso del interés general en determinar la responsabilidad del individuo, si tal cirugía no se realizaba.

²⁷ Tal exigencia se ha entendido como que las medidas no solo estén previstas en la ley, sino que dicha ley determine de manera precisa el ámbito de su aplicación y que sea previa a los hechos objeto de investigación. Por ejemplo en Alemania, la práctica de exámenes físicos e inspecciones corporales está autorizada en el §81a StPO. En Italia, las inspecciones personales (ispezioni personali) están autorizadas en los artículos 309 y 310 del Código de Procedimiento Penal Italiano, y los registros personales (perquisizioni personali) en los artículos 332, 335 y 336 del mismo código.

²⁸ Frente a restricciones a los derechos a la intimidad y a la libertad, la Corte Europea de Derechos Humanos ha exigido que toda medida restrictiva de los derechos, debe (i) estar prevista en la ley, y (ii) ser necesaria en una sociedad democrática, (iii) para alcanzar fines legítimos previstos. Ver *Barthold vs Alemania*, 25 de mayo de 1985; y *Handyside vs Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976. *The Sunday Times case*, 26 de abril 1979

²⁹ El Principio 23 del Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal, denominadas como “Reglas de Mallorca”, dice: “Toda intervención corporal está prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo y sólo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado. (...)”. La Instrucción 6 de 1988 de la Fiscalía General Española y la sentencia del Tribunal Constitucional Español 37/89, consideran que las intervenciones corporales sólo son admisibles si se realizan por “decisión judicial”. En Alemania, aun cuando la facultad de ordenar injerencias corporales corresponde en principio al juez, cuando exista peligro de perjudicar la investigación, el Fiscal y sus delegados pueden autorizar la práctica de estas medidas. En Italia, la práctica de inspecciones corporales debe ser ordenada por el juez, de conformidad con lo que establece el artículo 309 del Código de Procedimiento

decisión sea motivada,³⁰ a fin de evitar la arbitrariedad y asegurar la posibilidad de controles posteriores tanto a la decisión, como a su aplicación. Algunos países establecen excepciones a esta reserva judicial, como, por ejemplo, cuando el sujeto sobre el cual recaen las medidas de manera previa, consciente, libre y específica otorga su consentimiento para la práctica de las mismas,³¹ cuando se trate de la obtención de muestras no íntimas de las personas,³² cuando su práctica sea urgente o exista riesgo para el éxito de la investigación derivado de la demora.³³

En segundo lugar, en cuanto a los requisitos sustanciales, se exige que la medida, en las circunstancias del caso concreto, sea proporcionada, lo cual implica que, en este contexto, cobren especial trascendencia los principios de *idoneidad, necesidad y proporcionalidad* en sentido estricto.

Penal. En Francia, la Ley 94-653, de 19 de julio de 1994, relativa al respeto del cuerpo humano, dispone en su artículo 16.2 que “el juez puede ordenar todas las medidas adecuadas para evitar o hacer cesar un atentado ilícito al cuerpo humano.” Igualmente el artículo 16.11 prevé la intervención judicial para la obtención material de pruebas genéticas. En Escocia es necesaria la autorización judicial para la realización de una intervención corporal cuando no existe el consentimiento de la persona afectada (Criminal Justice Act 1980 (Scotland)). En la fase inicial de la investigación, antes de la detención del sospechoso, la policía británica carece de autorización para tomar huellas o pruebas del sospechoso sin orden judicial. Ver Adamson v. Martin, (1916) donde se afirma que la policía esté autorizada para tomar huellas dactilares a un joven que había quedado en libertad tras una custodia preventiva. En sentido similar ver *Govern v H.M. Adv.* 1968. En Estados Unidos, la validez del registro durante la investigación depende de que se obtenga de un juez neutral una autorización basada en motivos razonables y en la existencia de una causa probable. En cuanto al registro policivo preventivo, ver *Chimel v California*, 395 US 752 (1969), en donde se consideró razonable que el policía que detiene a un sospechoso, lo registre para determinar si está armado (registro incidental a la captura), a fin de garantizar la seguridad del agente y la efectividad del arresto mismo. En *Schmerber v. California* (1966), que rechaza que la extracción de muestras de sangre pueda ser considerada como “incidental a la captura.”

³⁰ Ver por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional español 37/89 de 15 de febrero, donde se examina el requisito de motivación de la orden de someter a una mujer a una inspección vaginal. Dijo lo siguiente: “*la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho, pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental.*”

³¹ En el caso *Saunders v. Reino Unido*, 17 de diciembre de 1996, en donde se discute si la obtención de muestras íntimas contra la voluntad del imputado viola el derecho a no autoincriminarse. La Corte Europea de Derechos Humanos señaló lo siguiente: “*El derecho a no autoincriminarse está principalmente referido al respeto de la voluntad del acusado a guardar silencio. Tal como ha sido entendido en los distintos sistemas legales de los Estados parte de la Convención, no se extiende, dentro del proceso penal al uso de material que puede ser obtenido del acusado aún contra su voluntad, pero cuya existencia no depende de la voluntad del individuo, tales como (...) muestras corporales tales como la saliva, la sangre, la orina y piel extraída para exámenes de ADN.*”

³² Este es el caso del *Police and Criminal Evidence Act 1984*, Secciones 62 (1) (a), 63 (3) (b), 107 (1) y 118 (1) de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, que autoriza a un funcionario de policía, que debe tener como mínimo el rango de superintendente, a ordenar la obtención de muestras íntimas siempre que cuente con el consentimiento del sujeto pasivo que se somete a ellas, o aún sin el consentimiento del sujeto si se trata de muestras no íntimas. En el caso de obtención de muestras íntimas contra la voluntad del imputado, en el Reino Unido y Gales, si bien por regla general no se puede forzar al individuo a la obtención de tales muestras, en el caso de delitos graves tales como el terrorismo, los jueces sí pueden derivar consecuencias jurídicas negativas para el imputado en caso de que éste se niegue a permitir su obtención. En cuanto a la distinción entre muestras íntimas y no íntimas las normas y la jurisprudencia británicas han evolucionado para determinar cuándo se está ante una muestra íntima, dependiendo de los avances científicos que faciliten su obtención, y muestras que en un principio fueron clasificadas como íntimas, tales como la saliva, hoy en día son consideradas como no íntimas. En Alemania, tanto el texto legal como la jurisprudencia del Tribunal Alemán permiten la obtención de muestras íntimas y la realización de intervenciones corporales, contra la voluntad de individuo.

³³ Este es el caso del Código de Procedimiento Penal Alemán (§§ 81a (2), 81c (5), y 111 StPO).

De conformidad con el *principio de idoneidad*, debe existir una relación de causalidad entre el medio empleado y el fin buscado de tal forma que éste sea apto para conseguir el fin que se pretende alcanzar, esto es, que la naturaleza de la medida sea en sí misma adecuada para alcanzar el fin. Ahora bien, como ese fin ha de ser específico y concreto dentro de la investigación, es indispensable que se precise el ámbito subjetivo y material de aplicación de la medida, prohibiendo de esta forma su aplicación generalizada, aleatoria o indiscriminada.³⁴

Según el *principio de necesidad*, la medida ordenada debe corresponder a la alternativa menos gravosa para el logro del fin buscado dentro del abanico de opciones con un nivel de efectividad probable semejante. Este principio hace necesario que se examine (i) la gravedad de la conducta delictiva investigada; (ii) la existencia de motivos razonables, atinentes a las características de la conducta delictiva investigada, que justifiquen la práctica de la intervención corporal ya sea que se trate de intervenciones que se deban realizar al imputado, la víctima, o terceros relacionados con la investigación;³⁵ y (iii) la evaluación previa de otras medidas de intervención para determinar si la alternativa escogida es la que, con una eficacia probable semejante, resultaba menos gravosa. También se puede llegar a exigir (iv) que se intente previamente conseguir la evidencia por otros medios y que estas vías alternativas hayan sido infructuosas.³⁶

³⁴ En la sentencia del Tribunal Constitucional español 37/89 de 15 de febrero, precitada, el Tribunal concedió el amparo del derecho a la intimidad de la mujer, debido a que el ámbito subjetivo que orientó la práctica de la inspección vaginal, se definió con base en las historias clínicas encontradas en el hospital sospechoso de practicar ilegalmente abortos, sin ningún otro elemento de juicio que permitiera predecir la adecuación o idoneidad de la medida. En la sentencia 17/84 de 7 de febrero, se rechazó una medida definida de manera demasiado restrictiva, en un caso de imprudencia seguido contra un médico que había participado en el cuidado y diagnóstico de una mujer a la que se le ordenó una transfusión de sangre que posteriormente le causó la muerte. El ente investigador no investigó la posible responsabilidad de otros médicos que habían participado en el proceso y ello llevó a que la impunidad del hecho. Sobre este punto el Tribunal dijo: “*la posible impunidad de algunos culpables no supone que, en virtud del principio de igualdad, deba declararse la misma impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos. Cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros.*”

³⁵ En Alemania, el § 81a StPO no establece expresamente un grado de sospecha del hecho punible, pero tal factor es considerado al hacer el juicio de proporcionalidad de la medida. En el Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE), la sección 55(1) exige “reasonable grounds”, en el Criminal Justice and Public Order Act 1994, Sección 62 (1A) la extracción de muestras íntimas introdujo la posibilidad de obtener muestras íntimas cuando a la persona bajo detención se le han practicado dos o más muestras no íntimas y los resultados de éstas han sido insuficientes. En el derecho italiano el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal Italiano se exigen “fundados motivos” para la práctica del registro personal, pero para la inspección corporal no define expresamente un grado de sospecha.

³⁶ Ver por ejemplo *US v Montoya de Hernández*, 473 US 531 (1985), en donde se intentaron otras alternativas menos invasivas, antes de someter a una sospechosa de tráfico de drogas a un examen rectal para determinar si transportaba droga en su cuerpo. La acusada fue detenida en Los Ángeles a su llegada en un vuelo internacional, y luego de que su pasaporte y pertenencias fueron revisadas, se sospechaba que transportaba drogas en su estómago. La acusada se negó a someterse a un examen de rayos X, pues alegaba estar embarazada, no quiso consumir alimentos o bebidas ni usar los servicios sanitarios del aeropuerto. Se le ofreció ser regresada a su país de origen en el siguiente vuelo, pero eso no fue posible y permaneció detenida durante 16 horas hasta que un juez autorizó la realización de una prueba de embarazo en un hospital, un examen de rayos X y una exploración anal. Como resultado de este procedimiento se encontraron 88 bolsitas con cocaína en el cuerpo de la señora Montoya. La Corte Suprema consideró que en las circunstancias del caso, si bien la detención había sido larga y la espera incómoda y humillante, la detención de la señora Montoya no había sido irrazonable ni el procedimiento seguido para la investigación del hecho y la recuperación de las drogas había sido desproporcionado, teniendo en cuenta el interés del Estado en proteger

Una vez examinada la idoneidad y la necesidad de la medida, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica para determinar si la afectación de los intereses individuales en juego, resulta proporcionada a la relevancia del bien jurídico que se busca salvaguardar con la medida de intervención corporal ordenada y para ello se deben identificar los valores e intereses en colisión, definir la dimensión de su afectación y de su importancia, y ponderarlos para determinar si esa relación resulta desproporcionada.³⁷ Es por ello que, en algunos países, este tipo de medidas solo es permitido cuando se trata de delitos graves.³⁸ Además, en la práctica misma de la intervención corporal, también están excluidos los excesos.

4.2. En el caso de las víctimas de delitos sexuales, de delitos contra la integridad física o de otros delitos en los cuales sea necesario el reconocimiento físico o la extracción de muestras corporales de las víctimas, procede hacer algunas precisiones especiales.

En cuanto al tratamiento de las víctimas dentro del proceso penal, varios instrumentos internacionales muestran una tendencia a la adopción de medidas para evitar una segunda victimización y a crear programas y mecanismos de apoyo y orientación a las víctimas del delito. Sin embargo, esa tendencia no cubre la posibilidad de impedir de manera absoluta y en cualquier caso, sin importar la gravedad del delito investigado, la práctica de pruebas ante la oposición de la víctima. Sin embargo, a fin de que se proteja a las víctimas en su dignidad e integridad, se han adoptado, además de requisitos y prohibiciones, recomendaciones y pautas para que, sin dejar de lado el cumplimiento del deber de persecución del Estado, en la práctica de

sus fronteras frente a la comisión de delitos, y el hecho de que el método escogido por la acusada para introducir drogas a los Estados Unidos fue el causante de la mayor parte de las molestias.

³⁷ Así por ejemplo, en el Reino Unido en el caso *Hay v. H.M.Adv.* (1968) en donde se solicitó una autorización judicial para la obtención de impresiones dentales del imputado antes de su arresto. Esta medida fue impugnada por considerarla desproporcionada, pero tal cargo fue rechazado al ponderar los intereses en juego. Por un lado, el interés general en la prontitud de la identificación del acusado y la necesidad de encontrar indicios de inocencia o culpabilidad, y por el otro, el interés del individuo en que se le protegiera contra invasiones indebidas o innecesarias. En Alemania, por ejemplo, en 1963 (BverfGE 16, 194- citado por Exteberría J.F. Las intervenciones corporales en el proceso penal) el Tribunal Constitucional dijo lo siguiente en cuanto a la proporcionalidad de una medida orientada a la obtener líquido cefalorraquídeo: “*el examen de proporcionalidad entre la finalidad y la medida debe tomar en consideración también la importancia del hecho punible. (...) la injerencia propuesta debe estar en una adecuada proporción con la gravedad del hecho, no tanto respecto de las consecuencias derivadas para el autor del esclarecimiento del hecho, como de la pena esperada. (...) la extracción de líquido cefalorraquídeo, (...) no constituye una insignificante injerencia corporal y no resulta justificado someter al inculcado a semejante injerencia contra su voluntad.*”

³⁸ En Dinamarca, la posibilidad de someter al acusado a un examen corporal, siempre que existan fundadas razones para sospechas de su responsabilidad, sólo es posible para delitos que merezcan una pena privativa de la libertad de 18 meses o más (Ley 332, de 24 de mayo de 1989, Arts. 792-792F *Retsplejlov*). En Países Bajos, este tipo de intervenciones solo pueden ser ordenadas para delitos sancionados con pena privativa de la libertad de 8 años. Se exige además que existan sospechas serias y bien fundadas contra el imputado y que el examen resulte indispensable para la investigación de la verdad. (§ 195 (1), (2) y (3). En el Reino Unido el *Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)* se exigía que se tratara de “serious arrestable offences”, en el *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, se exige que se trate de “recordable offence”, dentro de los que se encuentran delitos sexuales, terrorismo y homicidio. En Alemania, el *StPO* no establece expresamente para qué delitos proceden las intervenciones corporales, sin embargo la doctrina las ha admitido para delitos con penas graves, pero también para delitos de peligro, como el esclarecimiento de hechos relacionados con la conducción bajo los efectos del alcohol.

elementos materiales probatorios y recolección de información relevante para el caso se evite causarle nuevos traumas a las víctimas, y las molestias de la investigación respecto de ellas se reduzcan al mínimo posible.

Por ejemplo, en el sistema de Naciones Unidas, la Asamblea General adoptó, el 29 de noviembre de 1985, la *“Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder,”* según la cual las víctimas deberán ser tratadas *“con compasión y respeto por su dignidad,”* (...) *“tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido”* y para ello es necesario que se permita *“que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente.”*³⁹

Igualmente, en el artículo 4 de la *“Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer,”* se establecen varios compromisos para que los Estados garanticen a la mujer víctima de violencia, su derecho a ser tratada con consideración y respeto por su dignidad, la obligación de adoptar medidas que eviten una segunda victimización, pero también a proceder con la debida diligencia a prevenir, investigar y castigar los actos de violencia contra la mujer.⁴⁰

³⁹ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Acceso a la justicia y trato justo. “4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. 5. Se establecerá y reforzará, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. 7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas. (resaltado agregado al texto).

⁴⁰ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Artículo 4. Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con este fin, deberán: (...) c) Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares; (...) f) Elaborar, con carácter general, enfoques de tipo preventivo y todas las medidas de índole jurídica, política, administrativa y cultural que puedan fomentar la protección de la mujer contra toda forma de violencia, y evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer; (...) i) Adoptar medidas para que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y los funcionarios que han de

Por su parte, la Comisión sobre la Prevención de Delitos sobre la Justicia Penal de la ONU, en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento, hizo recomendaciones a los fiscales, a fin que pudieran cumplir con sus funciones con respeto por la dignidad humana de todos los intervinientes en el proceso, y con la debida consideración por las víctimas del delito.⁴¹ Esta misma Comisión, en su sexta sesión en Viena del 28 de abril al 9 de mayo de 1997, concluyó en su informe titulado “*Uso y Aplicación de los Estándares de las Naciones Unidas respecto a la Prevención de Delitos y la Justicia Penal*” que uno de los principales elementos para el desarrollo de programas de atención a las víctimas era la prestación de asistencia a las víctimas del delito “*teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de la victimización, la promoción y asesoramiento y las actividades de intervención y respuesta en situaciones de crisis, la participación en el sistema de justicia, y la indemnización y el resarcimiento de las víctimas.*”⁴²

En el Informe final del Relator Especial para la Comisión de Derechos Humanos, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/33 en el 56º período de sesiones, se recogen los “*Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional*

aplicar las políticas de prevención, investigación y castigo de la violencia contra la mujer reciban una formación que los sensibilice respecto de las necesidades de la mujer.”

⁴¹ Directrices sobre la Función de los Fiscales, Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. 12. Los fiscales, de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal. | 13. En cumplimiento de sus obligaciones, los fiscales: | a) Desempejarán sus funciones de manera imparcial y evitarán todo tipo de discriminación política, social, religiosa, racial, cultural, sexual o de otra índole; | b) Protegerán el interés público, actuarán con objetividad, tendrán debidamente en cuenta la situación del sospechoso y de la víctima, y prestarán atención a todas las circunstancias pertinentes, prescindiendo de que sean ventajosas o desventajosas para el sospechoso; | c) Mantendrán el carácter confidencial de los materiales que obren en su poder, salvo que requiera otra cosa el cumplimiento de su deber o las necesidades de la justicia; | d) Considerarán las opiniones e inquietudes de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y asegurarán que se informe a las víctimas de sus derechos con arreglo a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder. | (...)16. Cuando los fiscales tengan en su poder pruebas contra sospechosos y sepan o tengan sospechas fundadas de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave de los derechos humanos del sospechoso, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes u otros abusos de los derechos humanos, se negarán a utilizar esas pruebas contra cualquier persona, salvo contra quienes hayan empleado esos métodos, o lo informarán a los tribunales, y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables de la utilización de dichos métodos comparezcan ante la justicia.

⁴² Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Sexto período de sesiones, Viena, 28 de abril a 9 de mayo de 1997, “*Utilización y Aplicación de las Reglas y Normas de las Naciones Unidas en Materia de Prevención del Delito y Justicia Penal,*” Informe del Secretario General, E/CN.15/1997/16, 28 de febrero de 1997. Los principales elementos para la prestación de asistencia a las víctimas deberán incluir, por lo menos lo siguiente: “(a) el desarrollo de programas eficaces de servicios para las víctimas, teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de la victimización, la promoción y asesoramiento y las actividades de intervención y respuesta en situaciones de crisis, la participación en el sistema de justicia, y la indemnización y el resarcimiento de las víctimas; (b) las responsabilidades de profesionales y voluntarios respecto de las víctimas, como por ejemplo los agentes de policía, el ministerio fiscal y los profesionales médicos; (c) la integración de las necesidades de las víctimas en los planes, la normativa y el derecho nacional, y la formulación de proyectos y necesidades en materia de asistencia técnica; y (d) la cooperación internacional para reducir la victimización y para asistir a las víctimas.”

Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones”, (E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000), según los cuales las víctimas deberán ser tratadas (...) “*con compasión y respeto por su dignidad y sus derechos humanos.*” En consonancia con ese deber, los Estados deberán adoptar “*medidas apropiadas para garantizar su seguridad e intimidad, así como la de sus familias. El Estado debería velar por que, en la medida de lo posible, el derecho interno previera para las víctimas de violencias o traumas una consideración y atención especiales, a fin de evitar que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a lograr justicia y reparación den lugar a un nuevo trauma.*” Igualmente, a fin de garantizar el derecho a acceder a la justicia, prevé el deber de “*adoptar, durante los procedimientos judiciales, administrativos o de otra índole que afecten a los intereses de las víctimas, medidas para reducir al mínimo las molestias a las víctimas, proteger su intimidad según proceda, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos, contra todo acto de intimidación o represalia.*”⁴³

En el contexto europeo, también se han tomado previsiones para proteger a las víctimas y garantizar la sanción de los responsables. Así, el Consejo de Europa adoptó en 1985 una serie de recomendaciones sobre la posición de la víctima en el proceso penal y señaló la necesidad de tratarla con consideración y compasión, de reducir al mínimo posible las molestias que puede causarle el proceso penal, y a respetar la situación personal de la víctima en la práctica de pruebas e interrogatorios.⁴⁴

Varios instrumentos internacionales de los que Colombia hace parte también establecen compromisos para proteger a las víctimas del delito, especialmente cuando se trata de delitos sexuales o que afecten gravemente la integridad física de las personas. Así, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁴⁵ se

⁴³ Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, en su Informe sobre el 13º período de sesiones, (11 a 20 de mayo de 2004), Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales, 2004, Suplemento N° 10, incluyó dentro del documento titulado “Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos”.

⁴⁴ Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal † I. Recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros revisar su legislación y su práctica respetando las líneas directrices siguientes: A) *En el nivel policial* 1. Los funcionarios de policía deberían estar formados para tratar a las víctimas de modo comprensible, constructivo y tranquilizador. † 2. La policía debería informar a la víctima sobre las posibilidades de obtener asistencia, consejos prácticos y jurídicos, reparación de su perjuicio por el delincuente e indemnización por el Estado. † 3. La víctima debería poder obtener información sobre la suerte de la investigación policial. † 4. En todo informe sometido a los órganos encargados de la persecución, la policía debería formular un atestado tan claro y completo como fuera posible sobre las lesiones y los daños sufridos por la víctima. † B) *En el nivel de la persecución*. 5. No se debería adoptar una decisión discrecional sobre la persecución sin una adecuada consideración de la cuestión de la reparación del daño sufrido por la víctima, incluyendo todo esfuerzo serio desplegado a este fin por el delincuente. † 6. La víctima debería ser informada de la decisión definitiva relativa a la persecución, salvo cuando indique que no desea esta información. † 7. La víctima debería tener derecho a pedir la revisión por la autoridad competente de la decisión de archivo o derecho a proceder siendo citada directamente. † C) *Interrogatorio de la víctima* 8. En todas las fases del procedimiento, el interrogatorio de la víctima debería hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad. En la medida de lo posible y en los casos apropiados, los niños y los enfermos o minusválidos mentales deberían ser interrogados en presencia de sus padres o del tutor o de cualquier persona cualificada para asistirlos. (...)

⁴⁵ Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)"

consagran como derechos de las víctimas ser tratadas con dignidad, así como a que se proteja su seguridad e intimidad.⁴⁶ Igualmente, las Reglas de Procedimiento y Prueba, contienen varias disposiciones relativas a la protección y tratamiento especial que deben recibir las víctimas de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, que tienen en cuenta su dignidad y el respeto de sus derechos, pero que a la vez aseguran el cumplimiento de la función de persecución criminal de la Corte Penal Internacional. Así, por ejemplo, la Regla 16 establece que el Secretario debe “1. (...) d) *Adoptar medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género a fin de facilitar la participación de las víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento.* 2. (...) b) *Asegurarse de que tengan conocimiento oportuno, con sujeción a las disposiciones relativas a la confidencialidad, de las decisiones de la Corte que puedan afectar a sus intereses.*” La Regla 17, establece que la Dependencia de Víctimas y Testigos tiene dentro de sus funciones adoptar “*medidas adecuadas para su protección y seguridad y formulará planes a largo y corto plazo para proteger a las víctimas que comparezcan ante la Corte.*” La Regla 87, sobre la adopción de medidas de protección a favor de testigos y víctimas que puedan estar en peligro por sus declaraciones y con el fin de proteger a las víctimas de intromisiones innecesarias a su intimidad, consagra el deber de adoptar medidas para la divulgación de información relativa a la víctima. Y finalmente, la Regla 88, que establece medidas especiales de protección para las víctimas, en particular en casos de agresiones sexuales, a fin de reducir al mínimo posible las molestias que pueda ocasionarle los procedimientos.

Revisado mediante sentencia C’228 de 2002, MMPP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Naciones Unidas, 1998, Aprobado mediante Ley 742 de 2002, Artículo 68. Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones. 1. La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos. † 2. Como excepción al principio del carácter público de las audiencias, establecido en el artículo 67, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de agresión sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo. † 3. La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieran afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba. † 4. La Dependencia de Víctimas y Testigos podrá asesorar al Fiscal y a la Corte acerca de las medidas adecuadas de protección, los dispositivos de seguridad, el asesoramiento y la asistencia a que se hace referencia en el párrafo 6 del artículo 43. † 5. Cuando la divulgación de pruebas o información de conformidad con el presente Estatuto entrañare un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia, el Fiscal podrá, a los efectos de cualquier diligencia anterior al juicio, no presentar dichas pruebas o información y presentar en cambio un resumen de éstas. Las medidas de esta índole no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos. † 6. Todo Estado podrá solicitar que se adopten las medidas necesarias respecto de la protección de sus funcionarios o agentes, así como de la protección de información de carácter confidencial o restringido.

Por su parte, la “*Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*”,⁴⁷ estableció como deberes de los Estados, “*tomar todas las medidas apropiadas, (...) para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer*” y a “*establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.*”⁴⁸

En la Corte Europea de Derechos Humanos también se han adoptado algunas sentencias relativas a la protección de la intimidad y dignidad de las víctimas de delitos sexuales, para excluir intromisiones innecesarias a su intimidad, pero garantizando, a la vez, el acceso efectivo a la justicia. En general, no se considera que la práctica de exámenes físicos a las víctimas, siempre que se adelanten con respeto por su dignidad y su salud, sean contrarias a los derechos humanos. Así, en el caso *Laskey, Jaggard y Brown v. Reino Unido*,⁴⁹ la Corte Europea consideró que las autoridades competentes podían ordenar exámenes médicos para investigar actos sadomasoquistas prohibidos en el Reino Unido porque podían generar riesgos para la salud tanto de los practicantes como de la sociedad. En el caso *Aydin v. Turquía*,⁵⁰ la Corte

⁴⁷ Aprobada mediante Ley 248 de 1995.

⁴⁸ *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994, y adoptada mediante Ley 248 de 1995. Artículo 7. Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...)b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (...)d) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; † e) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; † f) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

⁴⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Laskey, Jaggard y Brown v. Reino Unido*, Febrero 19 de 1997. Los peticionarios eran tres homosexuales condenados por la realización de actos sadomasoquistas ocurridos en privado y con el consentimiento de sus participantes. Las prácticas sadomasoquistas implicaban la realización de distintas formas de maltrato físico que causaban heridas, sangrado y cicatrices, y que según el Estado generaban un alto riesgo de transmisión de VIH/SIDA, y daños a la salud e integridad que debían ser prevenidos, aún en el caso de que los participantes hubieran dado su consentimiento. Los exámenes médicos practicados a los peticionarios no mostraron que el riesgo alegado por el Estado se hubiera concretado, pero la Corte Europea consideró que en el contexto de una sociedad democrática, el Estado podía investigar y sancionar penalmente conductas que amenazaran la salud de las personas.

⁵⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, *Aydin v. Turquía*, Caso No. 23178 de 1994, 25 de septiembre de 1997. La Aydin es una ciudadana turca de origen kurdo quien contaba con 17 años de edad en la fecha de los hechos. Aydin fue detenida junto con su padre y cuñada para ser interrogados por sus supuestos vínculos con el Partido de los Trabajadores del Kurdistán. Durante su detención, fue separada de sus familiares, le vendaron los ojos, la golpearon, desnudaron y violaron. Tres días después fue liberada. Luego de poner en conocimiento de las autoridades lo ocurrido, el fiscal encargado del caso envió a la víctima a ser examinada por tres médicos diferentes, sin experiencia en casos de violación, para que determinaran si era virgen antes de los hechos, y si existía alguna evidencia de heridas físicas. Los médicos certificaron que había rasgadura del himen y algunos moretones en la cara interna de las piernas de Aydin, pero su falta de experiencia impidió determinar la antigüedad de las heridas. El gobierno alegó que ni Aydin ni sus familiares habían estado detenidos y que Aydin sostenía relaciones sexuales con dos miembros del Partido de los Trabajadores del Kurdistán. El fiscal no ordenó ni practicó ninguna otra prueba y dio por terminada la investigación. En el caso ante la Corte Europea, la demandante alegó que la omisión de las autoridades para realizar una investigación adecuada, le impidió acceder a la justicia y obtener una reparación adecuada.

Europea consideró que se habían violado los artículos 3 y 13 de la Convención (prohibición de tortura y acceso a un recurso judicial efectivo), porque la investigación de un caso de violación sólo se cumplió formalmente y no estuvo dirigida a corroborar la ocurrencia del hecho, sino a desvirtuar la credibilidad de la víctima, sometiéndola en el período de un mes, a tres exámenes ginecológicos, practicados por médicos sin experiencia en casos de violación, para determinar si la mujer era virgen y si había pruebas de heridas físicas. Y en el caso *Baegen v. Países Bajos*,⁵¹ la Corte Europea encontró que la protección del anonimato de la víctima no violaba los derechos del inculpado a la defensa y al debido proceso.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha protegido la intimidad de la víctima y ha considerado la violación como una forma de tortura, frente a la cual el Estado debe tener las mayores consideraciones al investigar los hechos. Así, en el caso No. 12.350 contra Bolivia, la Comisión aceptó que la víctima empleara un nombre ficticio, teniendo en cuenta el impacto negativo que la divulgación de su identidad tendría en las circunstancias del caso para su intimidad y seguridad, así como para protegerla de las consecuencias negativas de la investigación.⁵² En el caso No. 11.565, la Comisión también reconoció la violación como una forma de tortura y cuestionó la necesidad del segundo examen ginecológico ordenado por el juez militar para determinar la violación de las víctimas, teniendo en cuenta que el primer examen ginecológico no ofrecía ninguna duda sobre la ocurrencia de los hechos y había sido realizado siguiendo todas las recomendaciones de Naciones Unidas para este tipo de investigaciones.⁵³

Con base en los anteriores elementos de juicio, a partir de la Constitución colombiana y de la jurisprudencia constitucional, pasa la Corte a examinar la constitucionalidad de las normas cuestionadas en el presente proceso. Con este fin, y tal como se propuso en la sección 2 de esta sentencia, examinará primero el sentido y alcance de cada una de las normas demandadas, a fin de establecer sus elementos característicos y los requisitos previstos por el

⁵¹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Baegen v. Países Bajos*, Octubre 27 de 1995. En 1986 una mujer que solicita ser identificada como Ms. X, denuncia haber sido violada por dos hombres y opta por permanecer anónima durante el procedimiento penal. La víctima reconoce a uno de sus agresores en un proceso de identificación a través de un espejo, y posteriormente lo confronta físicamente y lo reconoce no sólo por su apariencia, sino por su voz, por lo cual es condenado. Posteriormente ante la Corte Europea alega que se le habían violado sus derechos a la defensa y al debido proceso porque su condena se basó en el testimonio de una persona anónima, que no fue posible controvertir en el juicio.

⁵² En el Caso No. 12.350 contra Bolivia, la Comisión protegió la intimidad de la peticionaria, empleando un nombre ficticio, teniendo en cuenta la naturaleza de las violaciones y su posible impacto negativo en la vida privada de la víctima de acceso carnal violento y de violación del domicilio.

⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 11.565 (*Ana, Beatriz y Celia González Pérez v. México*, admitido el 19 de noviembre de 1999, Decisión: Abril 4 de 2001.) Las víctimas eran tres menores de edad y su madre, miembros de la comunidad indígena Tzeltal, quienes habían sido detenidas e interrogadas por pertenecer supuestamente al Ejército Zapatista. Durante su detención fueron golpeadas y violadas varias veces por cerca de 30 soldados. El caso fue inicialmente asignado al fiscal federal, quien ordenó la práctica de un examen ginecológico que confirmó el relato de las víctimas. Posteriormente, el caso fue transferido a un fiscal militar, quien ordenó un nuevo examen ginecológico, pero las víctimas rechazaron su práctica por considerar que tal examen constituía una tortura psicológica. Debido a los hechos, las víctimas fueron obligadas a abandonar su comunidad, pues la violación era un acto repudiado por su cultura.

legislador para su aplicación; y en segundo lugar, determinará su constitucionalidad analizando si respetan el principio de proporcionalidad.

5. Examen de constitucionalidad de las normas acusadas

5.1. La necesidad de autorización judicial previa

En la demanda se acusan los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004 por no prever de manera expresa la autorización judicial previa, aun cuando algunos de los intervinientes estiman que el Código exige que en estos casos se aplique el principio de reserva judicial. Pasa la Corte a examinar este asunto.

De conformidad con el numeral 3 del artículo 250⁵⁴ de la Carta, la Fiscalía General de la Nación deberá *“asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.”* Esta disposición establece el principio general para el aseguramiento de los elementos materiales probatorios, según el cual cuando haya afectación de derechos fundamentales, la práctica de medidas para obtener tales elementos probatorios requiere de autorización judicial.

Según esta disposición constitucional es la *“afectación de derechos fundamentales”* la que obliga al Fiscal a solicitar de manera expresa y específica la autorización judicial previa. El empleo del término *“afectación”* supone, según su grado, una *“limitación”* o *“restricción”* al ejercicio o goce de un derecho fundamental. Dicha limitación o restricción (i) debe estar prevista en una ley (principio de reserva legal) y requiere, además, (ii) de la intervención judicial (principio de reserva judicial), para determinar si resulta irrazonable o desproporcionada.

Para efectos de claridad, la Corte estima pertinente resumir de manera anticipada las conclusiones comunes del análisis constitucional de los artículos demandados, sin perjuicio de las variantes relevantes que luego se resaltarán al juzgar cada artículo de manera separada. (i) En primer lugar, la Corte considera que las medidas previstas en las normas acusadas implican afectación de derechos fundamentales y amenazan el principio de la dignidad humana (artículo 1, CP), por lo tanto, siempre es necesario que se acuda al juez de control de garantías para solicitarle que autorice la práctica de estas medidas, tal como lo ordena el artículo 250 numeral 3 de la Constitución. (ii) En segundo lugar, el juez de control de garantías al cual el fiscal le solicite la autorización de la medida debe analizar no sólo su legalidad y procedencia, entre otros, sino ponderar si la medida solicitada reúne las condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el caso concreto. El juez puede

⁵⁴ Modificado mediante Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2.

autorizar la medida o negarse a acceder a la solicitud. Esta determinación puede obedecer, principalmente, a dos tipos de razones: (a) las que tienen que ver con la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (b) las que resultan de analizar si en las condiciones particulares de cada caso la medida solicitada reúne tres requisitos: ser adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); no existir un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y que al ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos de la persona a la cual se le realizaría la intervención corporal y las circunstancias específicas en que se encuentra, de otro lado, se concluya que la medida no es desproporcionada (proporcionalidad). Este análisis lo debe efectuar el juez de control de garantías al aplicar la norma en cada caso concreto.

Teniendo en cuenta estos principios, el juez de control de garantías negará la medida solicitada cuando ésta no sea idónea para alcanzar los fines específicos de la investigación, cuando pueda acudir a medios alternativos menos limitativos de los derechos y de eficacia semejante, o cuando su aplicación en el caso resulte desproporcionada. Lo anterior no impide que el juez, en una etapa posterior de la investigación y según haya sido su evolución, estime que la medida sí es necesaria, ni que el juez después de considerar las condiciones en que sería aplicada la medida concluya que no sería desproporcionada.

A continuación se expone la sustentación de estas conclusiones.

La Corte aprecia que por su naturaleza y por la forma en que usualmente son aplicadas, estas medidas siempre implican la afectación de derechos fundamentales. Aun cuando es posible que con el avance de la ciencia, se desarrollen procedimientos, métodos y circunstancias que reduzcan su incidencia en los derechos fundamentales, la inspección corporal, el registro corporal, la toma de muestras íntimas y el reconocimiento y examen físico de las víctimas representan, dependiendo de las circunstancias en que deban ser practicadas, una afectación media o alta en el ejercicio y goce de derechos fundamentales.

En el caso de las medidas corporales bajo estudio, éstas implican la afectación o restricción de los derechos (i) 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; (ii) a la dignidad, porque esa exposición puede resultar humillante o degradante; (iii) a 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; (iv) a 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; (v) a la autonomía, porque las normas autorizan que

dichos procedimientos puedan ser adelantados aún contra la voluntad de las personas. También podrían implicar una afectación del derecho; (vi) a 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 (vii) a la libertad de conciencia, si la práctica de la medida es contraria a las creencias religiosas o filosóficas del imputado.

La afectación de los mencionados derechos puede ser media o alta, dependiendo del tipo de intervención corporal, de las condiciones en que ésta se realice, de los intereses específicos en juego y del impacto concreto que tal medida tenga en el ejercicio y goce de los derechos fundamentales del individuo. Por ello, siempre será necesario dar cumplimiento al principio de reserva judicial, para que sea el juez quien examine la pertinencia, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida limitativa y decida si autoriza su práctica.

Ahora bien, constata la Corte que el artículo 246 de la Ley 906 de 2004, no cuestionado en el presente proceso, establece la regla general que orienta la práctica de las inspecciones corporales, de los registros personales, de la obtención de muestras que involucren al imputado y del procedimiento de reconocimiento y examen físico de las víctimas de delitos contra la libertad sexual, la integridad corporal o de cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de este tipo de procedimientos. Dice esta disposición:

Artículo 246. Regla general. Las actividades que adelante la policía judicial, en desarrollo del programa metodológico de la investigación, diferentes a las previstas en el capítulo anterior y que impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales, únicamente se podrán realizar con autorización previa proferida por el juez de control de garantías, a petición del fiscal correspondiente. La policía judicial podrá requerir autorización previa directamente al juez, cuando se presenten circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, en cuyo caso el fiscal deberá ser informado de ello inmediatamente.

Sin que la referencia a esta norma implique un juicio sobre su constitucionalidad, para efectos del presente proceso cabe señalar que todas las medidas previstas en los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, bajo estudio, envuelven en sí mismas, tal como se indicó previamente, la afectación de derechos fundamentales y, por ello, requieren de autorización judicial previa. Esta reserva judicial exige (i) la solicitud expresa del fiscal, o excepcionalmente de la policía judicial en circunstancias de “*extrema urgencia*” y, por supuesto, (ii) la decisión judicial previa, proferida por el juez de control de garantías, para que las medidas puedan ser practicadas.

No obstante, las normas acusadas por la demandante presentan un trato distinto del papel del juez, que podría llevar a una interpretación consistente en que por regla general las medidas previstas en tales normas no requiere de autorización judicial previa, lo cual sería incompatible con la Constitución. Así, en el artículo 247 sobre inspección corporal, se emplea la expresión “*el Fiscal General o el fiscal (...) podrá ordenar*”. Además, no se menciona el papel del juez, y de su redacción parece inferirse que la decisión sobre la realización de esta medida está totalmente en manos del Fiscal. Igualmente, en el artículo 248, sobre registro personal, se emplea la expresión “*el Fiscal General o su delegado (...) podrá ordenar*”, no se hace referencia al juez, y su redacción también parecería indicar que la decisión sobre la realización del registro es exclusiva del Fiscal.

En cambio en el artículo 249, sobre obtención de muestras, sí se alude expresamente al juez. Sin embargo, al emplear la expresión “*el fiscal (...) en el evento de no existir consentimiento del afectado (...) podrá ordenar*”, no es claro si la intervención del juez de control de garantías es previa, o si sólo está ordenada cuando la persona no presta su consentimiento al procedimiento de toma de la muestra. Algo similar ocurre con el artículo 250, que regula el procedimiento en caso de lesionados o víctimas de agresiones sexuales, en donde la expresión “*de perseverar la negativa se acudirá al juez de control de garantías*” parece circunscribir la intervención del juez para al evento en que haya perseverancia en la negativa a que se practique el procedimiento mencionado.

Por lo anterior, en aras de la claridad ante las diversas interpretaciones mencionadas para garantizar el respeto del principio de reserva judicial, regulado por el artículo 250 de la Carta, en este ámbito probatorio de manera específica es preciso hacer un condicionamiento a los artículos 247, 248, 249 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que todas las medidas en ellos previstas requieren para su realización de autorización judicial previa. Algo semejante se dirá en lo que respecta al artículo 250, pero atendiendo a las especificidades de las hipótesis en él previstas, con miras a evitar una segunda victimización y, además, proteger derechos de enorme trascendencia.

En virtud del principio de reserva judicial de las medidas que implican afectación de derechos, en cada caso concreto, el juez de control de garantías deberá hacer un juicio de proporcionalidad de la medida cuya autorización se le solicita. Para ello deberá determinar si la finalidad concreta que lleva al Fiscal o a la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, a solicitar autorización para realizar la medida de intervención corporal es legítima e imperiosa. Igualmente, habrá de examinar si la medida específica, en las condiciones particulares del caso, es o no pertinente, y de serlo, si la medida solicitada es idónea para alcanzar dicho fin; si además de idónea, es necesaria porque no existe otro medio alternativo menos restrictivo de los derechos con eficacia semejante para obtener los elementos materiales probatorios y evidencias materiales dentro del programa

de investigación; y si al ponderar los derechos y las finalidades buscadas la medida en concreto no resulta desproporcionada, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de los delitos investigados, el grado de afectación de los derechos que supone la medida en concreto, y los intereses y objetivos específicos buscados con la medida dentro del programa de investigación.

Pasa la Corte a examinar cada una de las disposiciones demandadas, partiendo del supuesto de que siempre implican afectación de derechos por lo que su práctica ha de ser autorizada previamente por el juez de control de garantías, atendiendo a las especificidades de cada medida, pero respetándose en el caso del artículo 250 la voluntad de las víctimas, como se indicará posteriormente.

Con el fin de realizar el análisis del contenido y alcance de las disposiciones demandadas, la Corte precisará en cada caso (i) en qué consiste la medida; (ii) el grado de afectación que puede implicar; (iii) los requisitos formales exigidos para su práctica; (iv) los requisitos materiales que justifican la solicitud y su autorización; y (v) las garantías y condiciones especiales definidas para su práctica. Luego, aplicará un juicio de proporcionalidad para analizar los demás cargos planteados en la demanda.

5.2. La inspección corporal prevista en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004

5.2.1. El contenido y alcance del artículo 247 de la Ley 906 de 2004

El artículo 247 bajo estudio, regula la figura de la inspección corporal en los siguientes términos:

Artículo 247. Inspección corporal. Cuando el Fiscal General, o el fiscal tengan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que, en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana.

De lo anterior se observa que son elementos distintivos de esta figura los siguientes:

1. El texto de la norma no especifica qué es la inspección corporal. Para determinar en qué consiste esta medida, hay que acudir, para empezar, al lenguaje empleado por el legislador en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, para determinar sobre qué recae la medida y qué es lo que se busca con ella, y contrastarlo con el empleado en el artículo 248 del Código.

Mientras que en el artículo 247 se emplea la palabra “*inspección*”, el artículo 248 utiliza el término “*registro*.” El artículo 247 señala que tal medida tiene por objeto el “*cuerpo*”, mientras que en el artículo 248 se habla de “*persona*”. El artículo 247 expresamente establece que se trata del cuerpo del “*imputado*”, mientras que el artículo 248 comprende de manera amplia a “*alguna persona relacionada con la investigación que adelanta*”, incluido el imputado. Ambas medidas tienen como fin buscar “*elementos materiales probatorios y evidencia física*”, pero tales elementos deben ser “*necesarios para la investigación*” en el caso del artículo 247, mientras que no hay tal exigencia en el artículo 248. Este contraste indica, especialmente cuando ambas recaen en el imputado, que se trata de medidas distintas, y que existe entre ellas diferencias en la intensidad de la medida misma y en las exigencias para su realización.

La expresión “*en el cuerpo*”, indica que la inspección corporal envuelve una exploración del cuerpo del imputado, de sus orificios corporales naturales, de su interior. Ello armoniza con la denominación del procedimiento: se trata de una “*inspección*”, o sea de un “*examen*” o “*reconocimiento*” físico del cuerpo del imputado, más allá de la superficie de la piel.

Varios elementos permiten tal inferencia. En primer lugar, el empleo de la preposición “*en*”, que a veces se la emplea como sinónimo de la preposición “*sobre*”, pero también suele significar “*dentro de*.”

En segundo lugar, dado que las intervenciones corporales previstas en los artículos 247 -que regula la inspección corporal - y 248 -que se refiere al registro personal - de la Ley 906 de 2004, pueden recaer sobre el imputado, los términos empleados por el legislador en estas dos normas, indican que se trata de figuras distintas, que tiene objetos de exploración distintos y suponen un grado de intrusión distinto, siendo el registro la figura menos invasiva de las dos.

En tercer lugar, según la doctrina y el derecho comparado, el registro corporal supone una revisión de la superficie del cuerpo, mientras que la inspección corporal conlleva, por lo general, entre otros y según los fines de la investigación y las necesidades de la misma, la revisión de los orificios naturales.

Adicionalmente, dado que el artículo 249 de la Ley 906 de 2004 se refiere expresamente a la extracción de muestras corporales que involucran el imputado, las cuales son elementos materiales probatorios a la luz de la definición del artículo 275 de la Ley 906 de 2004, y además, también se encuentran “*en el cuerpo*” del imputado, la inspección corporal que describe el artículo 247 de la Ley 906 de 2004 se emplea para la recuperación de elementos materiales probatorios o evidencia física que se encuentre en el cuerpo del imputado, pero que no hace parte natural de

éste. Así, cuando se trate de la extracción de muestras como sangre, semen, saliva, etc., cuya obtención implica en principio algún tipo de inspección corporal, el procedimiento que debe seguirse es el previsto en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004, y no el señalado en el artículo 247.

2. El artículo 247 bajo estudio emplea de la expresión “*imputado*”, lo cual excluye que esta medida pueda ser practicada en el cuerpo de un tercero.
3. Dado que la figura conlleva la exploración de los orificios corporales – entre los que se encuentran el ano, la vagina, la boca, la uretra, los oídos, las fosas nasales –, así como el interior del cuerpo a través de la introducción de instrumental médico, sondas, etc., por lo general debe ser realizado por personal médico o especializado en ciencias de la salud.
4. En cuanto al grado de incidencia de la medida, la inspección corporal implica una afectación media o alta del disfrute de los derechos del imputado, dependiendo, por ejemplo, del grado de intrusión que conlleve la exploración de los orificios corporales y de la profundidad misma de esa exploración. El grado de afectación variará, atendiendo a los fines de la investigación en cada caso, entre otras cosas, según el tipo de orificio explorado, la profundidad del examen, la necesidad de emplear instrumental médico, etc. Así, en principio es muy invasiva la inspección de los orificios anales, vaginales, o cualquier exploración relativa a los órganos sexuales. Es menos invasiva la exploración de las cavidades bucales, nasales o auriculares, salvo que conlleve el empleo de aparatos que deban introducirse profundamente, como ocurre con una endoscopia. También es altamente invasiva, la exploración bajo la superficie de la piel que deba hacerse mediante un procedimiento quirúrgico.
5. En cuanto a los requisitos materiales, la norma bajo estudio exige (i) que existan “*motivos razonablemente fundados*”;⁵⁵ (ii) que tales motivos surjan de medios cognoscitivos previstos en el Código de Procedimiento Penal; (iii) que tales motivos lleven al “*Fiscal o fiscal*” –esto es al Fiscal General de la Nación o a su delegado– a creer que el elemento material probatorio o la evidencia física buscada se encuentra en el cuerpo del imputado; y (iv) que tal elemento material probatorio o evidencia física es *necesario* para la investigación. Por lo tanto, deben existir elementos objetivos y racionales que permitan al juez de control de garantías decidir sobre la autorización de la inspección corporal a solicitud del fiscal, el cual también habrá de señalar, cuál es el material probatorio buscado y explicar por qué cree que éste se encuentra en el cuerpo del imputado. En este sentido, no cumplen con los requisitos materiales las llamadas “*pescas milagrosas*”, ni la búsqueda de evidencia material indeterminada.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-730 de 2005, MP: Álvaro Tafur Galvis, SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto. mediante la cual se declaró inexecutable la expresión “y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito,” contenida en el inciso 3 del Artículo 2o. de la Ley 906 de 2004

Igualmente, dado que esta medida tiene como finalidad la búsqueda de elementos materiales probatorios y de evidencia física “*necesarios*” para la investigación, no puede ser utilizada para buscar elementos inocuos o que ya hayan sido obtenidos o puedan ser conseguidos por otros medios.

6. En cuanto al consentimiento del imputado, la norma no establece de manera expresa que éste sea una condición material para la solicitud o práctica de la medida. No obstante, cuando el imputado se niega a la práctica de esta medida, no por ello debe prevalecer su autonomía. El interés de persecución estatal y de protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación no pueden quedar sujetos a la voluntad del imputado. La falta de consentimiento, o incluso la negativa del imputado a la realización de la inspección corporal conduce a un examen aún más estricto por parte del juez de control de garantías, para lo cual deberá tener en cuenta, entre otros factores, la finalidad concreta buscada, la idoneidad y necesidad de la medida, el grado de afectación de los derechos que genera la inspección corporal, la gravedad del delito que se investiga teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos tutelados, la pena que podría imponerse en caso de demostrarse la responsabilidad del imputado, el número de víctimas y las condiciones de vulnerabilidad de las mismas, así como otras razones extraordinarias expresadas por el imputado para justificar su negativa.
7. En cuanto a los requisitos formales, la norma exige que la solicitud para la práctica de la inspección corporal la haga el Fiscal General o su delegado. Esta solicitud, de conformidad con lo dicho en la sección 5.1. de esta sentencia, se debe hacer previamente ante el juez de control de garantías. La norma no especifica que deba hacerse por escrito o si puede hacerse oralmente. En todo caso, dadas las exigencias materiales para la práctica de esta medida, al hacerse la solicitud el Fiscal sí deberá señalar expresamente los “*motivos razonablemente fundados*” que justifican su solicitud, los medios cognoscitivos a partir de los cuales tiene elementos de juicio que le permiten creer que el elemento buscado se encuentra en el cuerpo del imputado, así como las razones que muestran la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de esa medida, así como la importancia del elemento probatorio buscado para la investigación.
8. De conformidad con lo señalado en la sección 5.1. de esta sentencia, quien decide si autoriza o niega la práctica de la inspección corporal es el juez de control de garantías, quien examinará el cumplimiento de los requisitos formales y materiales para autorizar su realización, y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, pudiendo en todo caso fijar condiciones para su práctica, de tal manera que la medida se realice con la menor afectación posible de los derechos.
9. En cuanto a las garantías, la disposición bajo estudio exige la presencia del defensor del imputado, la cual debe garantizarse tanto para la solicitud

de la inspección, como durante su práctica. Es por ello que la norma establece que en la práctica de la medida deberán observarse toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. En este sentido es compatible con la dignidad humana, entre otras cosas, lo siguiente: (i) que no se someta innecesariamente al imputado a la repetición de la inspección corporal; (ii) que cuando se trate de inspecciones que involucren las cavidades vaginales, genitales o anales, o que requieran el empleo de instrumentos que deban ser introducidos en el cuerpo del imputado, ésta diligencia sea adelantada por personal médico; (iii) que la inspección corporal no implique el empleo de procedimientos que causen dolores innecesarios, o que puedan poner en riesgo la salud del imputado; (iv) que durante la práctica de la misma se observe el mayor decoro y respeto por la persona del imputado; y (v) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado.

Teniendo en cuenta estas características, pasa a examinar la Corte si la disposición acusada resulta violatoria de la Constitución.

5.2.2. La constitucionalidad de la inspección corporal realizada bajo las condiciones previstas en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004

5.2.2.1. Según la accionante, el artículo 247 de la Ley 906 de 2004 vulnera un amplio espectro de derechos fundamentales: (i) la dignidad humana (Art. 1, CP), porque su práctica transforma al individuo en un objeto; (ii) la intimidad (Art.15, CP), porque se exploran las cavidades corporales del imputado y el interior de su cuerpo; (iii) la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art.12, CP), porque la exploración de cavidades íntimas implica someter al individuo a una afectación grave de su integridad física que es además denigrante de la persona; (iv) la garantía de no autoincriminación (Art.33, CP), porque de la inspección corporal pueden resultar pruebas derivadas de la propia persona que obren en contra del imputado y una conclusión anticipada sobre su responsabilidad; (v) la presunción de inocencia, (Art.29, CP), porque la exigencia de motivos razonablemente fundados para proceder a su práctica, supone una evaluación de la responsabilidad penal del imputado.

Por su parte, los intervinientes y la Procuraduría General de la Nación consideran que la medida tal como ha sido prevista en el artículo 247 es exequible porque los requisitos materiales y formales para su práctica aseguran el debido respeto de los derechos a la intimidad, a la integridad, a la dignidad y no implican un desconocimiento del derecho a no autoincriminarse porque la inspección corporal tiene como finalidad la obtención de un medio material probatorio o de evidencia física que también puede obrar para demostrar que el imputado no es responsable. Además, tampoco desconoce el principio de la presunción de inocencia, porque la existencia de motivos

razonables se refiere a la probabilidad de encontrar el medio probatorio buscado, pero no a la supuesta responsabilidad del imputado.

5.2.2.2. Tal como se dispuso en la sección 3 de esta sentencia, la Corte empleará el juicio de proporcionalidad y examinará (i) el fin perseguido por la norma; (ii) el medio empleado, (iii) la relación entre ese medio y el fin que se pretende alcanzar; y (iv) la ausencia de excesos en la limitación de los derechos. Pero antes de proceder a este análisis, es necesario precisar primero la intensidad que ese juicio debe tener en el caso de la norma bajo estudio.

Varios factores hay que considerar para determinar la intensidad del juicio que se realizará. En primer lugar, la potestad de configuración que tiene el legislador en materia penal, que en este caso se funda en una atribución constitucional general en materia de procedimiento penal. En segundo lugar, el hecho de que la inspección corporal prevista en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, puede implicar la exposición de partes del cuerpo normalmente ocultas a la vista de las personas, la revisión de las cavidades genitales y anales, y otros orificios corporales naturales, así como del interior del cuerpo. En tercer lugar, la incidencia que la medida tiene en varios derechos fundamentales del imputado: el derecho a la intimidad, el derecho a la integridad personal, la dignidad humana. En cuarto lugar, que tal diligencia se puede realizar sin el consentimiento del imputado. Tales características señalan una afectación media o alta de los derechos del imputado y de su dignidad. 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 lo hará la Corte Constitucional en abstracto y, en cada caso concreto, corresponderá al juez de control de garantías velar porque en la aplicación de esta medida se respeten estos principios.

5.2.2.3. Esta norma, al igual que las demás disposiciones que hacen parte de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, están orientadas, entre otras cosas, a las finalidades de “*asegurar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito*”, a “*asegurar la conservación de la prueba*”, a “*proteger a la comunidad*”, y en especial, “*a las víctimas del delito*” y a garantizar que la investigación penal se realice con el pleno respeto del debido proceso y el derecho de defensa, de conformidad con lo que establece expresamente el artículo 250 Superior. Se trata, por lo tanto, de fines no sólo legítimos y constitucionalmente importantes, sino además imperiosos, puesto que propenden por la garantía de derechos y principios esenciales del Estado, y por el aseguramiento de la convivencia pacífica. En concreto, estos fines se traducen en el objetivo de identificar evidencias materiales que se encuentran en el cuerpo del imputado dentro del programa de investigación, evidencias sin las cuales el esclarecimiento de los hechos, la protección de los bienes jurídicos tutelados penalmente y, en la mayoría de

los casos, la garantía de los derechos de las víctimas se verían seriamente truncados.

5.2.2.4. En cuanto al medio escogido, la inspección corporal del imputado, según el delito investigado y las circunstancias del caso, puede llegar a ser un medio idóneo para obtener elementos materiales probatorios y evidencia física ocultos en el cuerpo del imputado, cuando tales elementos se encuentran dentro de alguna de las cavidades corporales, o bajo la piel del imputado.

La inspección corporal además puede ser una medida necesaria para la investigación, cuando no existe otro medio a través del cual se pueda recuperar la evidencia material buscada que resulte menos gravoso para los derechos del imputado. Así, no resulta necesaria, por ejemplo, cuando se solicita la inspección corporal para recuperar un elemento probatorio inocuo para la investigación, dado que la norma expresamente exige que se trate de *“elementos materiales probatorios o evidencia física necesarios para la investigación”*. Tampoco resulta necesaria la inspección corporal para buscar elementos materiales probatorios que pueden ser expulsados naturalmente por el cuerpo del imputado, sin ninguna intervención médica y baste esperar a que ello ocurra efectivamente. Sin embargo, si la espera pone en riesgo la salud o la vida del imputado, o si el proceso fisiológico puede llevar a destruir el medio material probatorio buscado, en ese evento, la inspección corporal resulta necesaria. La medida también puede ser necesaria cuando no exista una vía menos restrictiva de los derechos con eficacia semejante para obtener un determinado elemento probatorio indispensable para el éxito de la investigación.

5.2.2.5. En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, la norma bajo estudio enfrenta el interés en la persecución del delito, y en la protección de los derechos de las víctimas, con el interés del individuo en no ser sometido a restricciones de sus derechos. Cuando después de ponderar los intereses y derechos en colisión, la medida resulta excesivamente gravosa para los derechos, el juez de control de garantías decidirá no autorizarla en cada caso concreto. Sin embargo, en abstracto, de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, se concluye que la norma es compatible con la Constitución.

Aún cuando la inspección corporal está orientada a la recuperación de elementos materiales probatorios que aseguren estos fines imperiosos, tales fines planteados de manera abstracta no aseguran que la autorización de la práctica de la inspección corporal para la investigación de cualquier delito sea proporcionada. El examen, en cada caso concreto, de esa proporcionalidad en sentido estricto exige que se sopesen, por un lado, entre otros factores, (i) la gravedad del delito -teniendo en cuenta para ello, la pena prevista, (ii) el número de víctimas y su vulnerabilidad, (iii) la importancia del bien jurídico tutelado, (iv) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas y para

el interés general en que se sancione a los responsables de un delito, el hecho de que se negara la práctica de la inspección corporal, y (iv) el valor probatorio de la evidencia material buscada a la luz del programa de investigación; y, por el otro lado, (v) el grado de incidencia de la inspección corporal en los derechos del individuo, teniendo en cuenta, entre otros factores (a) el tipo de medida cuya autorización se solicita, (b) la parte del cuerpo sobre la que recae, (c) el tipo de exploración que tal medida implica (si requiere el empleo de instrumental médico, si supone algún tipo de incisión en la piel, la necesidad de emplear anestesia general, etc.), (d) la profundidad y duración de la inspección, (e) los efectos y riesgos para la salud del individuo, (f) la necesidad de cuidados especiales después de que se realice la inspección, etc.

De conformidad con lo anterior, a mayor sea la incidencia de la medida en los derechos del individuo, mayor peso deberán tener los factores que determinan el peso del bien jurídico tutelado y de los derechos de las víctimas. De esta forma, no habría desproporción si frente a la investigación de un delito grave, se solicita una inspección corporal que implique una incidencia media de los derechos del individuo. Tampoco habría desproporción si la incidencia alta de los derechos del individuo se admite sólo para investigar los delitos más graves. Por el contrario, sería desproporcionado si la práctica de una inspección corporal tiene una incidencia alta en los derechos del individuo, pero el delito que se pretende investigar no es grave.

En cuanto al grado de limitación del derecho a la intimidad, la inspección corporal puede implicar una invasión media o grave de este derecho, dependiendo del orificio corporal explorado, del procedimiento requerido para la inspección y de la profundidad de dicha exploración. La inspección corporal puede también implicar una invasión menor, por ejemplo, cuando se trata de una exploración poco profunda y sin instrumental médico de la cavidad bucal, o de las fosas nasales. Así, resulta altamente invasiva de la intimidad del imputado, la exploración de sus cavidades anales, genitales, o vaginales. Es por ello, que la práctica de la medida que tenga una incidencia alta en el derecho a la intimidad, debería estar reservada a la investigación de delitos que protejan bienes jurídicos de especial relevancia y gravedad, como por ejemplo, para delitos contra la libertad sexual. El bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas tendrían mayor peso, por ejemplo, si se tratara de la investigación de múltiples casos de abuso sexual supuestamente cometidos por el mismo imputado, o si las víctimas son menores de edad. De lo anterior surge que la no autorización de una inspección corporal podría llegar a ser desproporcionada por protección deficiente de los derechos de las víctimas. Igualmente, la afectación del derecho del imputado a su intimidad sería desproporcionada, si al sopesar la gravedad del hecho delictivo, los intereses del Estado y de las víctimas, así como el valor probatorio de la evidencia material buscada, la carga impuesta al individuo resulta excesiva.

En relación con el grado de limitación de la integridad corporal, la inspección corporal puede implicar una afectación grave de este derecho, si para su práctica es necesaria una intervención quirúrgica, el empleo de material o procedimientos médicos o de anestesia que puedan poner en riesgo la salud o la vida del imputado, o si, con posterioridad a su práctica, la recuperación de la salud del imputado exige cuidados médicos especializados. A mayor incidencia de la medida en la integridad física del imputado, mayor importancia deben tener los bienes jurídicos tutelados y mayor impacto negativo deberá derivarse de la no realización de la inspección corporal para la protección efectiva de los derechos de las víctimas.

En cuanto a la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, la inspección corporal tiene una alta incidencia en este derecho si su práctica implica causar dolores al imputado y si no se toman las previsiones necesarias para reducir al mínimo posible el nivel invasivo de la medida. A mayor sea la incidencia de la inspección corporal sobre este derecho, mayor peso deberá tener el bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas.

Es por ello que este mecanismo de intervención en el cuerpo del imputado debe efectuarse respetando los principios que las rigen, a la luz de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, según los cuales la intervención corporal debe hacerse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado. Estos parámetros obligan a las personas responsables de practicar la intervención corporal.

En cuanto al grado de limitación de la autonomía, la inspección corporal no implica una afectación cuando el implicado da su consentimiento para la práctica del procedimiento de inspección corporal, pero cuando se realiza sin el consentimiento del implicado, tal afectación es grave. Si la medida se realiza contra la voluntad del imputado, los intereses del Estado -entre los cuales se encuentra el de asegurar el cumplimiento del deber de colaboración con la justicia- y de las víctimas, deberán pesar más que su derecho a no ser forzado a someterse a la inspección corporal. Así, entre mayor sea la importancia de los bienes jurídicos tutelados penalmente y mayor el grado de desprotección en que quedarían las víctimas o la sociedad en general si se niega la práctica de la inspección corporal, la oposición del individuo disminuye su peso.

Puede suceder que después de que el juez de garantías ha autorizado la práctica de una inspección corporal, el imputado se niegue a permitir dicha inspección. En este evento es preciso distinguir dos situaciones. La primera es aquella en la cual la negativa del imputado se funda en circunstancias conocidas que ya fueron tenidas en cuenta por el juez al momento de conferir la autorización para que la medida fuese practicada. En este caso, las autoridades podrán proseguir con la diligencia aún en contra de la voluntad del imputado y respetando los principios señalados anteriormente para garantizar su dignidad humana y no someterlo a tratos crueles, inhumanos o

degradantes, entre otras garantías. La segunda situación es aquella en la cual el imputado invoca circunstancias extraordinarias que no fueron tenidas en cuenta por el juez al conferir la autorización. Ello puede presentarse, por ejemplo, cuando han sobrevenido hechos con posterioridad a la autorización judicial que puedan conducir a que de practicarse la intervención corporal se derive una afectación grave de los derechos del imputado. En este evento se deberá acudir de nuevo al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales la inspección corporal se podrá practicar, o la niegue.

En todo caso, la obtención del consentimiento del imputado -libre de cualquier tipo de coerción e informándole sobre las consecuencias que puede traer para la investigación del delito y para la determinación de su responsabilidad el permitir la realización de la medida - siempre debe ser la primera alternativa para la práctica de la inspección corporal. No obstante, 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.

En cuanto a la afectación del derecho a no autoincriminarse y de la presunción de inocencia, la Corte Constitucional comparte los criterios de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de señalar que la inspección corporal no implica ni en su diseño ni en su aplicación un desconocimiento del derecho a no autoincriminarse, como quiera que los elementos materiales probatorios y la evidencia física buscados pueden obrar tanto para establecer la responsabilidad del imputado como para exonerarlo. Adicionalmente, dado que la inspección corporal está orientada a buscar en el cuerpo del imputado, elementos materiales probatorios y evidencia física cuya existencia misma no depende de la voluntad del imputado, la recuperación de tales elementos no constituye una afectación desproporcionada del derecho del imputado a no declarar contra sí mismo.

La inspección corporal tampoco desconoce el principio de presunción de inocencia. Para la demandante el hecho de que se busquen elementos probatorios que se cree se encuentran en el cuerpo del imputado, con base en motivos razonablemente fundados, desconoce este principio. Sin embargo, observa la Corte que la existencia de “*motivos razonablemente fundados*”, no se refiere a la responsabilidad del imputado, sino a los criterios objetivos con base en los cuales existiría fundamento para creer que en el cuerpo del imputado se encuentra algún elemento material probatorio necesario para la investigación. Tales motivos no pueden ser subjetivos del fiscal. Al contrario, la norma acusada exige que el fiscal exponga las razones por las cuales le solicita al juez de control de garantías que autorice la medida en el caso concreto, esto a partir de hechos objetivos y de los demás medios cognoscitivos disponibles. Compete al juez de control de garantías determinar

si tales razones constituyen fundamento suficiente para autorizar la medida a la luz de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Lo anterior no implica pronunciarse sobre aspectos relativos a la responsabilidad del imputado, puesto que la apreciación de dicha responsabilidad escapa a la órbita de competencia del juez de control de garantías, ya que es otro juez, el juez de conocimiento, el que en una etapa posterior del proceso decidirá al respecto con plena independencia e imparcialidad. Además, los resultados de la inspección corporal no constituyen prueba en contra del imputado mientras no sean presentados y sometidos a contradicción en la etapa del juicio. Igualmente, cuando la inspección corporal haya sido practicada sin que se reúnan las condiciones legales y constitucionales, se aplicará la regla de exclusión.

5.2.2.6. De conformidad con lo anterior, concluye la Corte que en el curso de las investigaciones penales puede ser pertinente en el caso concreto, idóneo, necesario y proporcionado que a quien ya ha adquirido la condición de imputado se le practique una inspección corporal para obtener elementos materiales probatorios y evidencias indispensables para esclarecer los hechos objeto de la investigación. Por lo tanto, el artículo 247 bajo estudio, será declarado exequible en el entendido de que:

- a) la inspección corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;
- b) cuando el imputado invoque circunstancias extraordinarias, no tenidas en cuenta al conferir la autorización judicial, para negarse a permitir la inspección corporal, se deberá acudir al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar, o la niegue.
- c) la inspección corporal siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.2.2.5., de esta sentencia.

Corresponderá a los jueces de control de garantías, en cada caso concreto, velar porque en la práctica misma de la inspección corporal se respeten los principios de pertinencia de la medida en el caso concreto, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

5.3. El registro personal previsto en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004

5.3.1. El contenido y alcance del artículo 248 de la Ley 906 de 2004

El artículo 248 de la Ley 906 de 2004 regula la figura del registro corporal en los siguientes términos:

Artículo 248. Registro Personal. Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, y salvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal General o su delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona.

Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratare del imputado deberá estar asistido por su defensor.

De lo anterior se observa que son elementos distintivos de esta figura los siguientes:

1. En cuanto a la definición de lo que es el registro personal, la norma bajo estudio no precisa expresamente en qué consiste esta figura. No obstante, tal como se señaló en la sección 5.2.1. el texto del artículo 248 permite inferir que se trata de una medida que implica un menor grado de incidencia que la inspección corporal, por el empleo de las expresiones “registro”, y “persona.”

El término “*registrar*”, se emplea generalmente como sinónimo de “*tantear*”, “*cachear*”, “*auscultar*”, “*palpar*” lo cual indica que la exploración que se realiza en el registro personal, es superficial, y no comprende los orificios corporales ni lo que se encuentra debajo de la piel. El empleo de la expresión “*persona*”, permite inferir que el registro personal supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales. Este registro puede comprender además el área física inmediata y bajo control de la persona, donde pueda ocultar armas o esconder evidencia.

2. El artículo 248 menciona tres figuras distintas (i) el registro realizado como parte procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional; (ii) el registro incidental a la captura y (iii), el registro personal realizado con el fin de recuperar evidencia física para los fines de investigación penal. Las dos primeras

figuras, según lo que prevé el artículo 248 bajo estudio, no requieren autorización judicial previa. La tercera figura, que es la regulada expresamente en el artículo 248, y que comprende el registro del cuerpo desnudo o el tocamiento de órganos sexuales y senos del imputado o imputada, o de un tercero relacionado con la investigación.

El registro personal regulado en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 tiene como finalidad la búsqueda de evidencia física o elementos materiales probatorios dentro del programa metodológico de una investigación penal, no prevenir la comisión de delitos. Como puede implicar una incidencia media o alta en los derechos de la persona, debe mediar orden judicial previa que autorice su práctica, tal como se señaló en la sección 5.1. de esta sentencia.

Dado que el texto se refiere exclusivamente a los casos de registro corporal autorizado previamente y al registro incidental a la captura, pero no a los casos de flagrancia, la Corte no se pronunciará sobre este aspecto, como quiera que no existe cargo sobre este punto.

3. El juez de control de garantías podrá autorizar que el registro comprenda que la persona esté desnuda, pero sólo cuando, en las circunstancias del caso y dentro del programa de investigación, ello se ajuste a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.
4. El artículo 248 bajo estudio emplea la expresión “*persona relacionada con la investigación*”, lo cual indica que esta medida podría recaer sobre la persona del imputado, y de otras personas relacionadas con la investigación, excluida la víctima misma. Por lo anterior, el registro personal que se realiza con fines de investigación penal, de conformidad con lo que establece el artículo 248, puede recaer sobre (i) el imputado, su cuerpo desnudo, su indumentaria y sobre los elementos y áreas bajo su control físico e incluir tocamiento de áreas del cuerpo con connotación sexual directa; (ii) sobre un tercero relacionado con la investigación, su cuerpo desnudo, su indumentaria y sobre los elementos y áreas bajo su control físico, e incluir tocamiento de áreas del cuerpo con connotación sexual directa; y (iii) sobre la indumentaria y los elementos y áreas bajo control físico de la víctima, excluyendo el tocamiento de órganos sexuales y senos o la observación del cuerpo desnudo, pues tales medidas se encuentran reguladas por el artículo 250 de la Ley 906 de 2004. En efecto, en relación con el posible registro del cuerpo desnudo de la víctima, la norma aplicable es el artículo 250 de la Ley 906 de 2004, y no el artículo 248. A esta conclusión se llega por el lenguaje empleado en el artículo 250, en donde se utiliza la expresión “*reconocimiento y exámenes físicos*” de la víctima, y se exige para su práctica el auxilio de un perito forense y su realización en el Instituto de Medicina Legal o en su defecto en un establecimiento de salud.

5. Dada la referencia que se hace el artículo 248 a los registros realizados como parte de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional y a los registros incidentales a la captura, es necesario hacer algunas precisiones.

En cuanto a los procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública, éstos corresponden a las requisas o cacheos realizados en lugares públicos, que implican la inmovilización momentánea de la persona y una palpación superficial de su indumentaria para buscar armas o elementos prohibidos con el fin de prevenir la comisión de delitos, o para garantizar la seguridad de los lugares y de las personas, procedimientos que se encuentran regulados en las normas vigentes de policía.

Estos procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones penales y, por lo tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública. Por esta razón, la expresión “*Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional,*” contenida en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, será declarada inexecutable.

Tales procedimientos preventivos se encuentran previstos en las normas de policía sobre las cuales no emite pronunciamiento alguno en esta sentencia. Por lo tanto, dichas normas de policía continúan aplicándose sin que la inexecutable de la expresión señalada impida que la fuerza pública cumpla las funciones que le son propias de conformidad con las leyes vigentes.

En caso de que en el desarrollo de dichos procedimientos preventivos se encuentren materiales que justifiquen la iniciación de una investigación penal, la autoridad competente presentará la denuncia correspondiente y aportará tales elementos como sustento de la misma.

En materia de registro incidental a la captura ordenado por un juez de conformidad con las leyes vigentes, éste se practica en el momento mismo de la captura o inmediatamente después de ésta, y tiene como finalidad asegurar la eficacia misma de la captura, y así, detectar armas que puedan ser usadas en contra de las autoridades que realizan la captura y causar daños a su vida o su integridad personal, o que pueden ser empleadas para facilitar la huida de la persona capturada. Igualmente tiene como finalidad proteger de la destrucción o el ocultamiento elementos materiales probatorios o evidencia física que se encuentren en posesión de la persona capturada. Comprende, por lo tanto, la revisión superficial del individuo, de la indumentaria que porta, y de objetos bajo control físico de la persona

capturada, como un bolso, como quiera que por su cercanía física éstos pueden ser usados para ocultar armas o evidencia física.

Para que tal registro incidental a la captura sea constitucionalmente admisible, se requiere que (i) se trate de una captura legítima, ordenada por un juez; (ii) se realice inmediatamente después de la captura; (iii) recaiga sobre la superficie de la persona, su indumentaria y de los enseres que lleve consigo; y (iv) no entrañe observar a la persona desnuda ni el tocamiento de órganos sexuales y senos porque ello implicaría una afectación de los derechos de la persona capturada que sólo podría tener lugar con autorización judicial previa. Excepcionalmente, el registro incidental sin orden judicial previa de los órganos sexuales y los senos del imputado o imputada será posible, cuando sea visible o manifiestamente notorio que en dichos lugares se ocultan armas que puedan ser empleadas para impedir la captura o facilitar la huida. En todo caso, las autoridades encargadas de practicar dicha medida, deberán observar toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana del capturado.

6. En cuanto al grado de limitación de los derechos, el registro personal puede llegar a implicar una afectación en el goce y ejercicio de varios derechos de la persona sobre la cual recae, la cual puede ser media o alta. El grado de afectación variará dependiendo de si se realiza sobre la indumentaria del individuo o sobre la superficie desnuda del cuerpo, de si tal palpación recae sobre órganos sexuales y senos o sobre partes generalmente expuestas a los demás como la cara, las manos, etc. Así, en principio, la incidencia sobre los derechos de la persona es alta cuando se trata del registro del cuerpo desnudo de la persona, o de la palpación de órganos sexuales y senos. Es menos intrusiva la palpación de los brazos, la espalda, la cintura y las piernas.
7. En cuanto a los requisitos materiales, la norma bajo estudio exige (i) que existan “*motivos razonablemente fundados*” (ii) que tales motivos surjan de medios cognoscitivos previstos en el Código de Procedimiento Penal, (iii) que tales motivos lleven al “*Fiscal General o su delegado*” a inferir que el elemento material probatorio o la evidencia física buscada está en posesión de una persona relacionada con la investigación, y (iv) que tal elemento material probatorio o evidencia física se inserte dentro del programa metodológico de la investigación que se adelanta. Por lo tanto, deben existir elementos objetivos y racionales que permitan al fiscal que solicita al juez de control de garantías la autorización del registro personal, determinar cuál es el material probatorio buscado e inferir que éste se encuentra en posesión de la persona afectada por el registro, y que tal persona tiene alguna relación con la investigación. En este sentido, no están permitidos los registros de personas indeterminadas, sino que se debe establecer razonablemente la relación que existe entre la persona sobre la que recaerá el registro y la investigación que se realiza. Por lo tanto, al momento de solicitar al juez de control de garantías que autorice

el registro personal, el Fiscal General o el fiscal delegado deberá señalar expresamente las razones que, con base en hechos objetivos, le permiten inferir que la persona en cuestión está en posesión de tales elementos, así como la relación de esa persona con la investigación que adelanta. Tales motivos razonablemente fundados indican que el elemento material probatorio o la evidencia física buscada, tienen alguna relación con la investigación, y no se trata de una búsqueda indiscriminada. Adicionalmente, el elemento material probatorio o la evidencia física si bien no tienen que ser esenciales para la investigación, si deben tener alguna relevancia dentro del programa de investigación. El juez de control de garantías analizará si la justificación expuesta por el fiscal efectivamente parte de “*motivos razonablemente fundados*” en el contexto del caso.

8. En cuanto al consentimiento del imputado, la norma no establece de manera expresa que éste sea una condición material para la solicitud o práctica de la medida. La falta de consentimiento, o incluso la negativa de la persona a la realización del registro personal conduce a un examen aún más estricto por parte del juez de control de garantías, para lo cual deberá ponderar, entre otros factores, la finalidad concreta buscada, la idoneidad y necesidad de la medida, el grado de afectación de los derechos que genera el registro personal, la gravedad del delito que se investiga teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos tutelados, la pena que podría imponerse en caso de demostrarse la responsabilidad del imputado, el número de víctimas y las condiciones de vulnerabilidad de las mismas.
9. En cuanto a los requisitos formales, la norma exige que la solicitud para la práctica de la inspección corporal la haga el Fiscal General o su delegado. Esta solicitud, de conformidad con lo dicho en la sección 5.1. de esta sentencia, se debe hacer ante el juez de control de garantías. Al igual que lo que sucede con el artículo 247, el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, tampoco especifica que tal solicitud deba hacerse por escrito. En todo caso, dadas las exigencias materiales para la práctica de esta medida, al hacerse la solicitud el Fiscal deberá señalar expresamente los “*motivos razonablemente fundados*” que justifican su solicitud, los medios cognoscitivos a partir de los cuales tiene elementos de juicio que le permiten inferir que el elemento buscado está en posesión de la persona, que se trata de una persona relacionada con la investigación, así como las razones que muestran la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de esa medida, y la relación del elemento material probatorio buscado con la investigación que se adelanta, así como su relevancia.
10. De conformidad con lo señalado en la sección 5.1 de esta sentencia, quien decide si procede o no la práctica del registro personal es el juez de control de garantías, quien examinará el cumplimiento de los requisitos formales y materiales para autorizar su realización, y la proporcionalidad

en sentido estricto de la medida, pudiendo en todo caso fijar condiciones para su práctica, de tal manera que la medida se realice con la menor afectación posible de los derechos.

11. En cuanto a las garantías, la disposición bajo estudio exige que quien realice el registro, sea del mismo género que el afectado con el registro. Dado el carácter superficial de la búsqueda, no se exige que la persona que realiza el registro tenga algún conocimiento técnico o especializado, ni que el registro se realice en algún sitio en particular. Cuando se trata del registro personal del imputado, la norma exige la presencia de su defensor. Igualmente, el artículo 248 exige además que se observen toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. En este sentido es compatible con la dignidad humana, entre otras cosas, lo siguiente: (i) que cuando se trate del registro de áreas con connotación sexual, o del cuerpo desnudo de la persona el registro se realice con el mayor decoro y consideración posible; (ii) que se evite someter a la persona a tocamientos o exposición de su cuerpo de carácter obsceno o humillantes, y (iii) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para la persona sobre la cual recae la medida.

Teniendo en cuenta estas características, pasa a examinar la Corte si la disposición acusada resulta violatoria de la Constitución.

5.3.2. La constitucionalidad del registro personal realizado bajo las condiciones previstas en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004

5.3.2.1 Los cargos de la accionante en relación con el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, son similares a los señalados en relación con la inspección corporal. Según la accionante, el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, vulnera los derechos fundamentales (i) a la dignidad humana, porque convierte a la persona en un objeto de investigación penal y (ii) a la intimidad, porque el registro puede involucrar tocamientos indecorosos o humillantes de áreas con connotación sexual o del cuerpo desnudo de la persona; (iii) a la autonomía personal, por la posibilidad de que la medida se realice sin el consentimiento de la persona. También señala la demandante que esta medida vulnera (iv) el derecho a no autoincriminarse y (v) la presunción de inocencia, porque de los elementos materiales probatorios buscados y de los motivos razonablemente fundados se puede derivar una conclusión anticipada sobre la responsabilidad del imputado y un desconocimiento del principio de presunción de inocencia. Por su parte los intervinientes y la Procuraduría General de la Nación consideran que la medida tal como ha sido prevista en el artículo 248 es exequible porque los requisitos materiales y formales para su práctica aseguran el debido respeto de los derechos a la intimidad, a la dignidad y a la autonomía personal. En cuanto a la supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia, varios intervinientes señalan que la norma es exequible dado que la exigencia de “*motivos razonablemente fundados*” está

circunscrita a la probabilidad de encontrar el medio probatorio buscado en posesión de una persona relacionada con la investigación, y no se refiere a una determinación anticipada de la responsabilidad del imputado. Indican igualmente que la existencia de un elemento material probatorio en posesión de una persona relacionada con la investigación no supone la aceptación del imputado de su responsabilidad ni lo obliga a declarar contra sí mismo, por lo que no se desconoce el derecho del imputado a no autoincriminarse.

5.3.2.2. Tal como se dispuso en la sección 3 de esta sentencia, la Corte empleará el juicio de proporcionalidad en abstracto para lo cual es preciso determinar la intensidad del juicio de proporcionalidad.

Para ello, es necesario considerar varios factores. En primer lugar, la potestad de configuración que tiene el legislador en materia penal, que en este caso se funda en una atribución constitucional general en materia de procedimiento penal para asegurar los medios probatorios. En segundo lugar, el hecho de que el registro personal previsto en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, pueda implicar la exposición del cuerpo desnudo del imputado o de un tercero relacionado con la investigación, pero distinto de la víctima, así como el tocamiento de áreas del cuerpo con connotación sexual. En tercer lugar, la incidencia que la medida tiene en varios derechos fundamentales del imputado: el derecho a la intimidad, a la dignidad humana, a la no autoincriminación y a la autonomía. En cuarto lugar, el que tal medida se puede realizar sin el consentimiento de la persona afectada. Tales características señalan una afectación media o alta de los derechos fundamentales de la persona sobre la cual recae el registro. 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 de la persona afectada, frente a los fines buscados.

Tal como se señaló en la sección 5.2.2, este juicio se hará en abstracto, sin perjuicio de que cada juez de control de garantías pondere en el caso concreto, si debe abstenerse de autorizar el registro personal de una persona relacionada con la investigación que se adelante, por no cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

5.3.2.3. Esta norma tiene como finalidades, entre otras, “*asegurar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito*”, a “*asegurar la conservación de la prueba*”, “*proteger a la comunidad*”, y en especial, “*a las víctimas del delito*” y garantizar que la investigación penal se realice con el pleno respeto del debido proceso, de conformidad con lo que establece el artículo 250 Superior. Se trata, por lo tanto, de fines legítimos y constitucionalmente importantes, expresamente consagrados en la Constitución. También son fines imperiosos, como quiera que la persecución del delito y el aseguramiento de los medios materiales probatorios y de la

evidencia física, están orientados a proteger la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia y a asegurar una pronta y cumplida justicia. En concreto, estos fines se traducen en el objetivo de recuperar evidencia física o elementos materiales probatorios que se encuentra en posesión del imputado, de la víctima o de un tercero relacionado con la investigación que se adelanta y sin las cuales se truncaría el buen suceso del programa de investigación.

5.3.2.4. En cuanto al medio escogido, el registro personal puede ser, según el delito investigado y las circunstancias del caso, un medio idóneo para recuperar elementos materiales probatorios y evidencia física que están adheridas a la superficie corporal o escondidas en la indumentaria, u ocultos en enseres portados por la persona afectada por el registro, o ubicados en el área inmediata bajo control físico de la persona.

El registro personal, además, puede ser una medida necesaria, cuando no existe otro medio a través del cual se pueda recuperar la evidencia física buscada, que resulte menos gravoso para los derechos de las personas afectadas. Así, no resulta necesario, por ejemplo, el registro del cuerpo desnudo de la persona cuando la evidencia material buscada, dadas sus características físicas y las circunstancias del caso, es probable que se encuentra en la indumentaria de ésta. Por el contrario, el registro del cuerpo desnudo es necesario, cuando atendiendo a las circunstancias concretas del hecho objeto de investigación, es probable que el objeto buscado se encuentre adherido a la piel de la persona y oculto por la ropa que ésta viste.

5.3.2.5. En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, la norma bajo estudio enfrenta el interés público en la investigación del delito, en la protección del bien jurídico penalmente tutelado y en la garantía de los derechos de las víctimas, con el interés del individuo afectado por la medida en no ser sometido a restricciones de sus derechos.

El examen abstracto de esa proporcionalidad en sentido estricto exige que se sopesen, por un lado, los siguientes factores: (i) la gravedad del delito, (ii) la importancia del bien jurídico tutelado penalmente, (iii) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas y para el interés general el que se negara la práctica del registro personal, (iv) el valor probatorio de la evidencia material buscada a la luz del programa de investigación, (v) la persona sobre la que recae el registro, ya sea que se trate del imputado, de la víctima o de un tercero y, por el otro, y (vi) el grado de incidencia del registro en los derechos del individuo, teniendo en cuenta, si la medida recae sobre el cuerpo desnudo o sobre órganos sexuales y senos, así como la vulnerabilidad del registrado.

De conformidad con lo anterior, a mayor sea la incidencia de la medida en los derechos del individuo, mayor peso deberán tener los factores que determinan el peso del bien jurídico tutelado y de los derechos de las víctimas. De esta forma, sería desproporcionado si la práctica del registro personal tiene una

incidencia alta en los derechos del individuo, pero el delito que se pretende investigar no es grave. Por el contrario, no habría desproporción si en la investigación de un delito grave, se efectúa el registro de la persona desnuda.

En cuanto al grado de limitación del derecho a la intimidad, el registro personal puede implicar una invasión media o alta de este derecho, dependiendo de la forma como debe realizarse dicho registro. La afectación de tal derecho es menor si recae sobre la indumentaria de la persona o los efectos personales que porta, y resulta mayor cuando recae sobre el cuerpo desnudo de la persona o involucra el tocamiento de órganos sexuales y senos. La afectación de los derechos de las personas a su intimidad sería desproporcionada, si al sopesar la gravedad del hecho delictivo, el bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas, así como el valor probatorio de la evidencia material buscada, y la relación de la persona con la investigación, la carga impuesta al individuo resulta excesiva. Igualmente, podría resultar desproporcionado, por protección deficiente de los derechos de las víctimas, negar la práctica de un registro personal, cuando el bien jurídico tutelado es de la mayor relevancia.

En relación con el grado de limitación de la dignidad humana, el registro personal puede tener una incidencia media o alta en este derecho, dependiendo de factores tales como (i) las partes del cuerpo registradas, (ii) la mecánica misma del registro, o (iii) la diferencia de género entre la persona que realice el registro y el registrado. A mayor sea la incidencia de la medida, mayor importancia deben tener los bienes jurídicos tutelados y mayor impacto deberá tener el no realizar la inspección corporal para los derechos de las víctimas.

Es por ello que este mecanismo de intervención debe efectuarse respetando los principios que las rigen, a la luz de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, según los cuales las personas responsables de practicar el registro corporal deben hacerlo en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para la persona que debe ser registrada.

En cuanto al grado de limitación de la autonomía, el registro personal no implica una incidencia alta o media en el derecho, cuando el afectado con la medida da su consentimiento libre e informado. Pero cuando se realiza sin el consentimiento de la persona, tal incidencia es grave. Si la medida se realiza contra la voluntad del imputado, del tercero o de la víctima, el bien jurídico tutelado, la necesidad de asegurar el cumplimiento del deber de colaboración con la justicia y la protección de los derechos de las víctimas deberán pesar más que su derecho a no ser compelido a someterse al registro personal. Así entre mayor sea la importancia de los bienes jurídicos tutelados penalmente y mayor el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la práctica de la inspección corporal, la oposición del individuo tiene menor peso al momento de ponderar los intereses y derechos en colisión.

Puede suceder que después de que el juez de garantías ha autorizado la práctica de un registro corporal, la persona sobre la cual recae la medida se niegue a permitir dicho registro. En este evento es preciso distinguir dos situaciones. La primera es aquella en la cual la negativa se funda en circunstancias conocidas que ya fueron tenidas en cuenta por el juez al momento de conferir la autorización para que la medida fuese practicada. En este caso, las autoridades podrán proseguir con la diligencia aún en contra de la voluntad del imputado y respetando los principios señalados anteriormente para garantizar su dignidad humana y no someterlo a tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otras garantías. La segunda situación surge cuando se invocan circunstancias extraordinarias que no fueron tenidas en cuenta por el juez al conferir la autorización. Ello puede presentarse, por ejemplo, cuando han sobrevenido hechos con posterioridad a la autorización judicial que puedan conducir a que de practicarse la intervención corporal se efectúe una afectación grave de los derechos de la persona registrada. En este evento se deberá acudir de nuevo al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales el registro corporal se podrá practicar, o lo niegue.

En todo caso, la obtención del consentimiento de la persona afectada por el registro debe ser siempre la primera opción para la práctica del registro personal. Cuando ello no se logre, dicha negativa no puede impedir la práctica del registro si ya ha sido autorizada por un juez. No obstante, dado el grado de afectación de este derecho cuando la persona se opone a su realización, es necesario que el juez de control de garantías que autorizó la medida defina las condiciones bajo las cuales puede ser llevado a cabo el registro personal, a fin de que en su práctica se reduzca al mínimo posible la incidencia de la medida sobre este derecho. Por ello, el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, será exigible en el entendido de que cuando la persona sobre la cual recae el registro se niegue a permitir su práctica, se deberá acudir al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar. Estas condiciones pueden referirse, por ejemplo, a las circunstancias de tiempo, modo y lugar y al ámbito específico del registro.

En cuanto al derecho a no autoincriminarse y la presunción de inocencia, la Corte Constitucional comparte los criterios de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de señalar que esta medida no implica un desconocimiento del derecho a no autoincriminarse, como quiera que la existencia de elementos materiales probatorios y de evidencia física en posesión de una persona no altera su derecho a no 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.”*

Igualmente, la consideración de motivos razonablemente fundados para justificar el registro personal está orientado a excluir búsquedas aleatorias y indeterminadas y permitir la figura sólo cuando se pueda inferir que el elemento buscado está en posesión de una persona relacionada con la investigación, sin que la existencia misma de ese elemento suponga un juicio anticipado de su responsabilidad ni un desconocimiento del principio de presunción de inocencia, dado que dicho elemento puede obrar tanto para establecer la responsabilidad del imputado como para exonerarlo.

5.3.2.6. Por lo anterior, y dado que el artículo 248 bajo estudio es en abstracto idóneo, necesario, y proporcional, la Corte Constitucional declarará su exequibilidad, en relación con los cargos examinados, en el entendido de que:

a) salvo el registro incidental a la captura, el registro corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;

b) el juez de control de garantías también definirá las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar en el evento de que la persona sobre la cual recae el registro se niegue a permitir su práctica.

Corresponderá a los jueces de control de garantías, en cada caso concreto, velar porque en la práctica misma del registro corporal se respeten estos principios. De conformidad con lo anterior, el juez de control de garantías podrá autorizar el registro corporal solicitado por del Fiscal o negarse a acceder a la solicitud, luego de examinar (i) la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (ii) las condiciones particulares de su práctica, a fin de determinar si el registro corporal solicitado es adecuado para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); si no existe un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y la medida no es desproporcionada (proporcionalidad), luego de ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos de la persona registrada.

5.4. La obtención de muestras que involucren al imputado prevista en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004

5.4.1. El contenido y alcance del artículo 249 de la Ley 906 de 2004

El artículo 249 bajo estudio, regula la figura de la obtención de muestras que involucren al imputado, en los siguientes términos:

Artículo 249. Obtención de muestras que involucren al imputado. Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes:

1. Para la obtención de muestras para examen grafotécnico:

a) Le pedirá al imputado que escriba, con instrumento similar al utilizado en el documento cuestionado, textos similares a los que se dicen falsificados y que escriba la firma que se dice falsa. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;

b) Le pedirá al imputado que en la máquina que dice se elaboró el documento supuestamente falso o en que se alteró, o en otra similar, escriba texto como los contenidos en los mencionados documentos. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;

c) Obtenidas las muestras y bajo rigurosa custodia, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redargüido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes. Terminados estos, se devolverá con el informe pericial al funcionario que los ordenó.

2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.

En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.

Parágrafo. De la misma manera procederá la policía judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 245.

Antes de proceder al análisis del contenido de esta disposición, es preciso señalar que aun cuando la demandante citó como norma cuestionada todo el artículo 249 de la Ley 906 de 2004, no realizó un cargo concreto y específico contra el parágrafo de dicho artículo, que regula la inspección en la escena del hecho. Dado que todas las razones expuestas por la accionante se refieren exclusivamente a cuestionar la obtención de muestras del cuerpo del

imputado, la Corte se inhibirá de pronunciarse sobre la constitucionalidad de dicho párrafo.

La Corte observa que son elementos distintivos de esta figura los siguientes:

1. A diferencia de lo que sucedido en los artículos 247 y 248, el texto del artículo 249 de la Ley 906 de 2004, sí trae una descripción del procedimiento que se debe seguir en relación con la recolección de algunas de las muestras corporales: (i) en él se describe el procedimiento que debe seguirse para la obtención de muestras grafotécnicas (numeral 1 del artículo 249), y (ii) se remite a los procedimientos científicos y de identificación técnica previstos para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas (numeral 2 del artículo 249).
2. En el título del artículo se emplea la expresión “*muestras que involucren al imputado*”. Debido a que el verbo “*involucrar*” puede interpretarse con un significado equivalente a “*implicar*” o “*inculpar*” a alguien, la demandante señala que esta norma es inconstitucional, entre otras razones, por suponer un prejuzgamiento sobre la responsabilidad del imputado. No obstante, el lenguaje empleado en el resto del artículo permite inferir que no es este el sentido con que se emplea “*involucrar*” en el artículo 249.

En primer lugar, en su acepción común “*involucrar*” es sinónimo de “*incluir*”, “*abarcar*”, “*comprender*”, “*concernir*.” En segundo lugar, el artículo señala que esta medida se aplica “*a los fines de la investigación*”, por lo tanto, no está referida a la etapa de juzgamiento. En tercer lugar, en el inciso primero se habla de “*afectado*”, para señalar la persona de quien se van a extraer muestras corporales y a quien se le van practicar los exámenes descritos en el artículo 249, sin que de tal expresión se pueda concluir que hay algún tipo de prejuzgamiento. En cuarto lugar, tanto en el título del artículo como en los literales a y b del numeral 1, se hace referencia al “*imputado*,” por lo cual, se trata de una medida que recae sobre una persona que se presume inocente y que en la etapa del proceso ya ha sido informada ante el juez de garantías de los hechos por los cuales se le investiga (arts. 286 y 287 de la Ley 906 de 2004). Por lo anterior, la medida descrita en el artículo 249 se refiere a la obtención de muestras y la realización de exámenes que “*conciernen*” al imputado.

3. La medida descrita en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004 tiene como finalidad la obtención de ciertas muestras que incumben al imputado, y que de conformidad con lo que establece el artículo 275 de la Ley 906 de 2004,⁵⁶ son consideradas como elementos materiales probatorios y

⁵⁶ *Ley 906 de 2004, Artículo 275. Elementos materiales probatorios y evidencia física.* Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes: † a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva; † b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva; † c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; † d) Los elementos materiales

evidencia física que generalmente provienen del imputado, son de su propio cuerpo. Por lo tanto, cuando se trate de la extracción de evidencia física ajena o extraña al cuerpo del imputado, pero que se encuentra alojada en él, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, relativo a la inspección corporal.

4. El artículo señala de manera expresa el tipo de muestras que se pueden obtener mediante el procedimiento descrito en él, por lo cual se entiende por “*muestras*”, los fluidos corporales (sangre, saliva, sudor, semen, etc.), cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresiones dentales, pisadas, que deben recogerse para la práctica de exámenes grafotécnicos, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas.
5. El artículo 249 bajo estudio emplea de la expresión “*imputado*”, lo cual excluye que esta medida pueda ser practicada a un tercero o a la víctima. Por lo tanto, la obtención de muestras solo es posible cuando ya han pasado varias etapas del proceso que han permitido formularle al investigado una imputación.⁵⁷
6. La norma señala expresamente que la obtención de muestras la hará “*la policía judicial*”⁵⁸ por orden del fiscal. No obstante, dado que para la obtención de algunas de las muestras corporales, es necesario algún tipo de exploración de los orificios corporales –entre los que se encuentran el ano,

descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal; † e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí; † f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público; † g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, Internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adiciónen o reformen; † h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.

⁵⁷ Ley 906 de 2004, Artículo 126. *Calificación*. El carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, si esta ocurriera primero. A partir de la presentación de la acusación adquirirá la condición de acusado.

⁵⁸ Ley 906 de 2004, Artículo 201. *Órganos de policía judicial permanente*. Ejercen permanentemente las funciones de policía judicial los servidores investidos de esa función, pertenecientes al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, a la Policía Nacional y al Departamento Administrativo de Seguridad, por intermedio de sus dependencias especializadas. † Parágrafo. En los lugares del territorio nacional donde no hubiere miembros de policía judicial de la Policía Nacional, estas funciones las podrá ejercer la Policía Nacional. Artículo 202. *Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia*. Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos: † 1. La Procuraduría General de la Nación. † 2. La Contraloría General de la República. † 3. Las autoridades de tránsito. † 4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control. † 5. Los directores nacional y regional del INPEC, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario. † 6. Los alcaldes. † 7. Los inspectores de policía. † Parágrafo. Los directores de estas entidades, en coordinación con el Fiscal General de la Nación, determinarán los servidores públicos de su dependencia que integrarán las unidades correspondientes. † Artículo 203. *Órganos que ejercen transitoriamente funciones de policía judicial*. Ejercen funciones de policía judicial, de manera transitoria, los entes públicos que, por resolución del Fiscal General de la Nación, hayan sido autorizados para ello. Estos deberán actuar conforme con las autorizaciones otorgadas y en los asuntos que hayan sido señalados en la respectiva resolución.

la vagina, la boca, la uretra, los oídos, las fosas nasales -, así como el interior del cuerpo a través de la introducción de instrumental médico, sondas, por lo cual, tales medidas tienen una incidencia media o alta en los derechos del imputado, su práctica debe siempre ser previamente autorizada por el juez de control de garantías, y, por lo general, debe ser realizada por personal con entrenamiento médico o especializado en ciencias de la salud.

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

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

8. En cuanto a los requisitos materiales, la norma bajo estudio exige para que se autorice la obtención de este tipo de muestras, *“que sea necesario a los fines de la investigación.”* Si bien el artículo 249 no exige que existan motivos razonablemente fundados para ordenar la obtención de muestras del imputado, como se hace en los artículos 247 y 248 de la Ley 906 de 2004, sino que se deja a criterio del fiscal determinar la “necesidad” de su obtención, tal requisito tiene como consecuencia exigir que la solicitud que se haga al juez de control de garantías para que autorice la práctica del registro deba ser motivada, a fin de que se evalúe esa necesidad a la luz de los fines de la investigación. Por lo tanto, la consideración sobre la necesidad de la medida debe estar fundada en elementos objetivos y racionales considerados dentro del programa metodológico de la investigación, que permitan al fiscal justificar la necesidad de las mismas,

y al juez de control de garantías evaluar si se cumplen los requisitos formales y materiales para autorizar la obtención de tales muestras.

En cuanto a la posibilidad de que sea el fiscal quien ordene a la policía judicial la práctica de esta medida, y que sólo se deba acudir al juez de control de garantías, cuando el imputado se niegue a su práctica, reitera la Corte lo señalado en la sección 5.1. de esta sentencia, en donde se indicó que la práctica de las medidas de intervención corporal tiene una incidencia media o alta sobre los derechos y, por lo tanto, siempre debe estar precedida de la autorización expresa del juez de control de garantías.

9. En cuanto a los requisitos formales, la solicitud debe hacerla el fiscal encargado de la investigación, sin embargo la norma no precisa si debe hacerse por escrito. No obstante lo anterior, independientemente de la forma en que se deba hacer la solicitud, dado que la autorización de tal medida exige evaluar el cumplimiento de los requisitos materiales y formales, tal solicitud debe ser motivada, a fin de que el juez de control de garantías evalúe la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.
10. De conformidad con lo señalado en la sección 5.1 de esta sentencia, quien decide si se autoriza la obtención de muestras que involucren al imputado, es el juez de control de garantías, quien examinará el cumplimiento de los requisitos formales y materiales para autorizar su realización, y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, pudiendo en todo caso fijar condiciones para su práctica, de tal manera que la medida se realice con la menor afectación posible de los derechos.
11. En cuanto a las garantías, la disposición bajo estudio exige la presencia del defensor del imputado, *“la cual debe garantizarse tanto para la solicitud de la inspección, como durante su práctica.”* Adicionalmente, la norma establece que en caso de que el imputado se niegue a permitir la obtención de muestras, la realización de una audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías. Por lo tanto, se trata de una garantía adicional que asegura que para autorizar la realización de esta medida contra la voluntad del imputado, el juez de control de garantías examinará de manera más estricta, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la gravedad de los hechos investigados, el peso del interés de investigación penal del Estado y de protección de los derechos de las víctimas, el valor probatorio de las muestras, y la incidencia de las medidas sobre los derechos del imputado, para determinar si la medida es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.
12. Si bien la norma no expresa que en la obtención de muestras se deban observar todo tipo de consideraciones a la dignidad humana, ello no exime al personal técnico y médico que participe en dichos exámenes de respetar la dignidad de las personas y de evitar su exposición innecesaria a situaciones humillantes. En consonancia con ello, es compatible con la

dignidad humana: (i) que no se someta innecesariamente al imputado a la repetición de exámenes genitales o anales para la obtención de dichas muestras; (ii) que se adopten medidas adecuadas para evitar dolores; (iii) que la obtención de las muestras la haga personal con entrenamiento científico; (iv) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado; y (v) que se guarde la debida reserva de la identidad de la víctima.

13. La norma dispone las características del procedimiento técnico que debe seguirse para la obtención de muestras del examen grafotécnico, y establece la necesidad de trasladar las muestras obtenidas bajo rigurosa custodia. En el caso de las muestras corporales, se remite a las reglas para los métodos de identificación científica regulados por los artículos 246, 251,⁵⁹ y 278⁶⁰ de la Ley 906 de 2004. Aun cuando en este evento, no señala expresamente el traslado de las muestras bajo rigurosa custodia, una interpretación sistemática de esta disposición con las reglas del Capítulo V,⁶¹ sobre la cadena de custodia, indica que tales principios y reglas deberán respetarse al trasladar y emitir los informes periciales.

Teniendo en cuenta estas características, pasa a examinar la Corte si la disposición acusada resulta violatoria de la Constitución.

5.4.2. La constitucionalidad de la obtención de muestras que involucren al imputado realizada bajo las condiciones previstas en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004

5.4.2.1. Según la accionante, el artículo 249 de la Ley 906 de 2004, vulnera un amplio espectro de derechos fundamentales: (i) la dignidad humana, porque su práctica transforma al individuo en un objeto; (ii) la intimidad, porque en la obtención de muestras supone la exploración de las cavidades corporales del imputado y en ocasiones la manipulación de sus órganos sexuales; (iii) la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, porque la obtención de muestras corporales, implica someter al individuo a un trato denigrante e indigno de la persona; (iv) a no autoincriminarse, porque las muestras que involucren al imputado pueden llevar a una conclusión anticipada sobre su responsabilidad; y (v) la autonomía, porque la norma autoriza la práctica de esta medida en contra de la voluntad del individuo. Por

⁵⁹ Ley 906 de 2004, Artículo 251. Métodos. Para la identificación de personas se podrán utilizar los diferentes métodos que el estado de la ciencia aporte, y que la criminalística establezca en sus manuales, tales como las características morfológicas de las huellas digitales, la carta dental y el perfil genético presente en el ADN, los cuales deberán cumplir con los requisitos del artículo 420 de este código respecto de la prueba pericial. Igualmente coadyuvarán en esta finalidad otros exámenes de sangre o de semen; análisis de composición de cabellos, vellos y pelos; caracterización de voz; comparación sistemática de escritura manual con los grafismos cuestionados en un documento, o características de redacción y estilo utilizado en el mismo; por el patrón de conducta delincuencia registrada en archivos de policía judicial; o por el conjunto de huellas dejadas al caminar o correr, teniendo en cuenta la línea direccional, de los pasos y de cada pisada.

⁶⁰ Ley 906 de 2004, Artículo 278. Identificación técnico-científica. La identificación técnico científica consiste en la determinación de la naturaleza y características del elemento material probatorio y evidencia física, hecha por expertos en ciencia, técnica o arte. Dicha determinación se expondrá en el informe pericial.

⁶¹ Ley 906 de 2004, Artículos 254 a 266

su parte la Procuraduría General de la Nación considera que el procedimiento previsto en el artículo 249 es exequible, salvo la expresión “*en el evento de no existir consentimiento del afectado,*” que solicita sea declarada inexecutable porque excluye del control del juez de garantías, situaciones que pueden implicar una grave afectación de los derechos fundamentales del imputado.

5.4.2.2. Tal como se dispuso en la sección 3 de esta sentencia, la Corte empleará el juicio de proporcionalidad en abstracto para lo cual es preciso determinar la intensidad del juicio de proporcionalidad.

Como ya se anotó, hay que considerar varios factores para determinar la intensidad del juicio que se realizará. En primer lugar, la potestad de configuración que tiene el legislador en materia penal, que en este caso se funda en una atribución constitucional general en materia de procedimiento penal para adelantar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito y asegurar los medios probatorios. En segundo lugar, el hecho de que la obtención de muestras prevista en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004, puede implicar la exposición de partes del cuerpo normalmente ocultas a la vista de las personas, la revisión de las cavidades genitales y anales, y otros orificios corporales naturales, así como del interior del cuerpo del imputado. En tercer lugar, si bien el procedimiento descrito en el artículo 249 se refiere a un amplio espectro de exámenes científicos que se rigen por pautas técnicas, en todo caso su realización implica una limitación alta del goce de los derechos a la intimidad, a la dignidad, a la autonomía personal y a la integridad física del imputado, así como de los derechos a que se presuma su inocencia y a no autoincriminarse. En cuarto lugar, que tal medida se puede realizar sin el consentimiento del imputado. Tales características señalan una 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.

5.4.2.3. Esta norma está orientada a “*asegurar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito*”, a “*asegurar la conservación de la prueba*”, a “*proteger (...) a las víctimas del delito*” y a garantizar que la investigación penal se realice con el pleno respeto del debido proceso y el derecho de defensa, de conformidad con lo que establece expresamente el artículo 250 Superior. Se trata por lo tanto de fines legítimos y constitucionalmente importantes, e imperiosos, puesto que propenden por la garantía de derechos y principios esenciales del Estado, la protección de la vida, honra y bienes de los habitantes del territorio nacional y a asegurar la convivencia pacífica. En concreto, estos fines se traducen en el objetivo de

obtener dentro del programa de investigación muestras corporales y de otro tipo que puedan concernir al imputado, evidencias físicas sin las cuales el esclarecimiento de los hechos, el establecimiento de la responsabilidad penal, la protección de los bienes jurídicos tutelados penalmente y la garantía de los derechos de las víctimas, se verían seriamente truncados.

5.4.2.4. En cuanto al medio, según el delito investigado y las circunstancias del caso, este puede ser idóneo para obtener elementos materiales probatorios y evidencia física necesaria para la determinación de la responsabilidad penal, de la ocurrencia del hecho delictivo y de sus características. También puede ser un medio idóneo para cotejar las huellas corporales, dejadas en la escena del crimen y definir si el imputado tuvo algún tipo de participación en dichos hechos.

La obtención de muestras que puedan involucrar al imputado, además puede ser una medida necesaria para la investigación, cuando no existe otro medio a través del cual se pueda obtener el elemento probatorio indispensable para avanzar en la investigación que sea menos gravoso para los derechos del imputado. Así, por ejemplo, la obtención de muestras de semen del imputado es necesaria en la investigación de delitos contra la libertad sexual, para contrastarlas con las muestras de semen encontradas en el cuerpo de la víctima. No resulta necesario, por ejemplo, el examen grafotécnico o de voz cuando de conformidad con los hechos del caso, la naturaleza del delito que se investiga y el programa de investigación, no existe ningún elemento escrito que deba ser cotejado con esta muestra. Tampoco resulta necesaria la obtención de muestras corporales del imputado, cuando ya existen otros medios probatorios, tales como fotos, videos, huellas digitales que permiten una identificación cierta del imputado.

5.4.2.5. En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, la norma bajo estudio enfrenta el interés público en la investigación del delito, el bien jurídico tutelado y la protección de los derechos de las víctimas, con el interés del individuo en no ser sometido a restricciones de sus derechos.

El examen abstracto de esa proporcionalidad en sentido estricto exige que se sopesen, por un lado, entre otros factores, (i) la gravedad del delito, (ii) la importancia del bien jurídico tutelado, (iii) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas en que se identifique a los responsables de un hecho delictivo, el que se negara la obtención de muestras que involucren al imputado; (iv) el valor probatorio de la evidencia material de la muestra a la luz del programa de investigación y, por el otro, (v) el grado de incidencia de la medida en los derechos del imputado y (vi) las condiciones personales del mismo.

De conformidad con lo anterior, a mayor sea la incidencia de la medida en los derechos del individuo, mayor importancia deberán tener los factores que determinan el peso del bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas.

En cuanto al grado de invasión del derecho a la intimidad, la obtención de muestras corporales implica algún tipo de inspección corporal que comporta una incidencia media o alta en este derecho, dependiendo del procedimiento empleado, de la parte del cuerpo sobre la que recae el procedimiento, y del tipo de muestra corporal. Así, resulta altamente invasiva de la intimidad del imputado, la obtención de muestras de fluidos que se encuentran en las cavidades anales, genitales, o vaginales. La obtención de muestras puede también implicar una invasión menor, por ejemplo, cuando se trata de huellas de pisadas, o de saliva, para cuya obtención no es necesario entrar en contacto con los órganos sexuales o los senos del imputado o imputada.

Si bien la obtención de muestras del implicado plantea un problema adicional relacionado con la protección del derecho a la intimidad, en lo que tiene que ver con el destino de las muestras corporales del imputado (i) cuando se precluye la investigación a su favor o (ii) cuando se lo exonera de responsabilidad en la etapa de juzgamiento, la Corte no se pronunciará sobre este aspecto dado que no existe un cargo específico.

En relación con el grado de afectación del derecho a la integridad corporal, la obtención de muestras que involucren al imputado puede implicar una limitación alta de este derecho, si en dicho procedimiento es necesaria una intervención quirúrgica, el empleo de anestesia o de procedimientos que puedan poner en riesgo la salud del imputado, o si con posterioridad a su obtención, la recuperación de la salud del imputado exija cuidados médicos especializados. A mayor sea la incidencia de la medida en la integridad física del imputado, mayor importancia deben tener los bienes jurídicos tutelados y mayor el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la práctica de esta medida. Aun cuando los avances tecnológicos han reducido cada vez más los riesgos que puede involucrar la obtención de muestras, en las circunstancias de cada caso, los riesgos podrían presentarse si en el lugar donde deben realizarse las medidas no se tiene acceso a procedimientos científicamente controlados que aseguren que la salud del imputado no corre peligro. Así, por ejemplo, si la medida en cuestión consiste en la extracción de sangre al imputado, pero este padece hemofilia, la medida podría ser desproporcionada si el sitio donde se practicará la medida no cuenta con las herramientas necesarias para prevenir el riesgo de hemorragia. Es por ello que la extracción de muestras del cuerpo del imputado debe efectuarse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado, tal como lo establecen los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad. Estos parámetros obligan a las personas responsables de practicar esta forma de intervención corporal.

En cuanto a la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, la obtención de muestras corporales tiene una alta incidencia en este derecho si ello implica causar sufrimiento al imputado y si no se toman las previsiones necesarias para reducir al mínimo posible el dolor. A mayor sea la incidencia

del procedimiento requerido para la obtención de la muestra en el derecho, mayor peso deberán tener el bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas. Así, la medida puede resultar desproporcionada, si para proteger un bien jurídico como la propiedad privada, y la extracción de la muestra implica el empleo de procedimientos que causan sufrimientos al imputado, a menos que se le administre algún medicamento para reducir el dolor.

En cuanto a la limitación del derecho a la autonomía, la obtención de muestras corporales que conciernen al imputado, no lo afectan cuando éste da su consentimiento libre de cualquier coerción e informado sobre las consecuencias del procedimiento. Sin embargo, si se opone a la realización de tal medida, la incidencia sobre su derecho es alta. En este último evento, la proporcionalidad de la medida dependerá de que los intereses jurídicos tutelados -entre los cuales se encuentra la necesidad de asegurar el cumplimiento del deber de colaboración con la justicia - y la protección de los derechos de las víctimas pesen más que el derecho del imputado a no ser compelido a la obtención de muestras corporales. Así, entre mayor sea la importancia de los bienes jurídicos tutelados penalmente y mayor el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la obtención de la muestra corporal, la oposición del imputado a la realización de la medida, pesa menos. Así por ejemplo si el imputado en un delito contra la libertad sexual, se niega a dar su consentimiento para la obtención de una muestra que permita el cotejo con el semen encontrado en el cuerpo de la víctima, esta negativa tiene un menor peso específico frente a la finalidad del Estado en esclarecer este tipo de delitos. Tal negativa tiene aún menor peso, cuando la víctima es un menor de edad, o cuando existen varias víctimas.

Puede suceder que después de que el juez de garantías ha autorizado la obtención de muestras corporales, el imputado se niegue a permitir su práctica, bien sea (i) alegando circunstancias conocidas que ya fueron tenidas en cuenta por el juez al momento de conferir la autorización para que la medida fuese practicada; o (ii) invocando circunstancias extraordinarias que no fueron tenidas en cuenta por el juez al conferir la autorización. En el primer caso, las autoridades podrán proseguir con la diligencia aún en contra de la voluntad del imputado y respetando los principios señalados anteriormente para garantizar su dignidad humana y no someterlo a tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otras garantías. El segundo caso, puede presentarse, por ejemplo, cuando han sobrevenido hechos con posterioridad a la autorización judicial que puedan conducir a que de practicarse la obtención de muestras se efectúe una afectación grave de los derechos del imputado. En este evento se deberá acudir de nuevo al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales la obtención de muestras se podrá practicar, o la niegue.

En todo caso, la obtención del consentimiento del imputado siempre debe ser la primera opción para la obtención de muestras corporales que le incumben.

No obstante, cuando ello no se logre, la norma prevé expresamente que se acuda al juez de control de garantías para que, en una audiencia de revisión de legalidad, considere de nuevo la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida y defina las condiciones bajo las cuales ésta puede ser llevada a cabo.

Es posible que una de las razones por las cuales el imputado se niegue a la práctica de esta medida sea el considerar que resulta violatoria de sus convicciones religiosas. Si bien la Carta Fundamental le ha conferido una amplia protección al derecho a la libertad religiosa, su ejercicio está sometido a ciertos límites que la Constitución le impone en aras de salvaguardar los derechos de los demás y hacer cumplir deberes constitucionales específicos así como para alcanzar intereses públicos imperiosos. En esta medida, es claro que el contenido normativo de dicho derecho subjetivo no es absoluto. La libertad de religión también puede ser limitada por medidas razonables y proporcionadas. El juez habrá de ponderar en cada caso concreto, valorando adicional y debidamente los argumentos religiosos, si la medida es idónea, necesaria y, especialmente, proporcionada. Si bien la negativa del imputado a permitir la obtención de muestras por motivos religiosos no puede prevalecer cuando ello conduciría ineluctablemente a la impunidad, en desmedro de los derechos de las víctimas, o entorpecería gravemente los resultados de la investigación, las autoridades encargadas de practicar esta medida deberán velar porque la misma se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, humanidad y respeto de la dignidad del imputado, a fin de reducir al mínimo las molestias generadas por la práctica de esta medida.

En cuanto a la afectación del derecho a no autoincriminarse y de la presunción de inocencia, la Corte Constitucional comparte los criterios de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de señalar que la obtención de muestras corporales cuya existencia no depende de la voluntad del imputado, no implica un desconocimiento del derecho a no autoincriminarse, ni un desconocimiento del principio de presunción de inocencia, como quiera que tales elementos materiales probatorios pueden obrar tanto para establecer la responsabilidad del imputado como para exonerarlo. En ese sentido, tal como se señaló en la sección 5.4.1., el verbo “involucrar” se emplea como sinónimo de “concernir” o “incumbir”, lo cual confirma que la medida no implica un juzgamiento anticipado de la responsabilidad del imputado.

5.4.2.6. Por lo anterior, y dado que el artículo 249 bajo estudio es, en abstracto, idóneo, necesario, y proporcional, la Corte Constitucional declarará su exequibilidad, en relación con los cargos examinados, en el entendido de que:

a) la obtención de muestras requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;

b) la obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.4.2.5 de esta sentencia.

Corresponderá a los jueces de control de garantías, en cada caso concreto, velar porque en la práctica misma de la obtención de muestras del imputado se respeten estos principios. De conformidad con lo anterior, el juez de control de garantías podrá autorizar su práctica o negarse a acceder a la solicitud del Fiscal, luego de examinar (i) la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (ii) las condiciones particulares de su práctica, a fin de determinar si la obtención de muestras solicitada es adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); si no existe un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y la medida no es desproporcionada (proporcionalidad), luego de ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos del imputado por la obtención de muestras corporales.

5.5. El procedimiento para el reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas previsto en el artículo 250 de la Ley 906 de 2004

5.5.1. El contenido y alcance de la norma

El artículo 250 bajo estudio, regula la figura del registro corporal, en los siguientes términos:

Artículo 250. Procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.

En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección.

El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud.

De lo anterior se observa que son elementos distintivos de esta figura los siguientes:

1. En cuanto al ámbito de aplicación, el procedimiento previsto en el artículo 250 de la Ley 906 de 2004 comprende las investigaciones relacionadas con la libertad sexual, con la integridad corporal y con cualquier otro delito donde resulte necesario el reconocimiento y examen físico de las víctimas, así como la extracción de muestras de fluidos corporales, semen, u otros análogos.
2. El artículo 250 bajo estudio emplea la expresión “*víctima*”, lo cual excluye que esta medida sea aplicada al imputado o a un tercero. Como la norma emplea expresiones tales como “*consentimiento de la víctima*”, y “*reconocimiento y exámenes físicos*”, en lugar de “*autopsia*” o “*necropsia*”, la medida recae sobre la persona viva.
3. La norma describe que la medida prevista en el artículo 250 bajo estudio comprende el “*reconocimiento y exámenes físicos, tales como extracciones de sangre, tomas de muestras de fluidos corporales, semen y otros análogos*”. De conformidad con esta descripción y teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, esta medida se puede realizar sobre el cuerpo desnudo de la víctima, sus orificios corporales, la exploración bajo la piel y la extracción de muestras corporales.
4. La norma señala que en estos casos, “*la policía judicial*”⁶² requerirá el auxilio de un perito forense para su práctica. La norma no señala ni quién la solicita, ni si se debe solicitar autorización judicial previa a su realización. No obstante, como ya se advirtió en el apartado 5.1., tales

⁶² *Ley 906 de 2004, Artículo 201. Órganos de policía judicial permanente.* Ejercen permanentemente las funciones de policía judicial los servidores investidos de esa función, pertenecientes al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, a la Policía Nacional y al Departamento Administrativo de Seguridad, por intermedio de sus dependencias especializadas. † Parágrafo. En los lugares del territorio nacional donde no hubiere miembros de policía judicial de la Policía Nacional, estas funciones las podrá ejercer la Policía Nacional. Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia. Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos: † 1. La Procuraduría General de la Nación. † 2. La Contraloría General de la República. † 3. Las autoridades de tránsito. † 4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control. † 5. Los directores nacional y regional del INPEC, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario. † 6. Los alcaldes. † 7. Los inspectores de policía. † Parágrafo. Los directores de estas entidades, en coordinación con el Fiscal General de la Nación, determinarán los servidores públicos de su dependencia que integrarán las unidades correspondientes. † Artículo 203. Órganos que ejercen transitoriamente funciones de policía judicial. Ejercen funciones de policía judicial, de manera transitoria, los entes públicos que, por resolución del Fiscal General de la Nación, hayan sido autorizados para ello. Estos deberán actuar conforme con las autorizaciones otorgadas y en los asuntos que hayan sido señalados en la respectiva resolución.

medidas implican una afectación de los derechos fundamentales y requieren, por lo tanto, autorización judicial previa.

No obstante lo anterior, la norma establece una excepción al procedimiento general definido en el apartado 5.1., porque pueden ser practicadas sin que hayan sido solicitadas por un fiscal y sin que hayan sido autorizadas previamente por un juez.

Según el artículo 205 de la Ley 906 de 2004,⁶³ la policía judicial debe “*realizar inmediatamente todos los actos urgentes*” de investigación tan pronto reciba denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, y, además, cuando sea necesario un examen médico legal de la víctima, acompañarla al centro médico respectivo. De los resultados de estas diligencias deberá presentar un informe ejecutivo dentro de las 36 horas siguientes al fiscal competente para que asuma la dirección y coordinación de la investigación. Por lo tanto, la posibilidad de que el reconocimiento y los exámenes físicos de la víctima previstos en el artículo 250 de la Ley 906 de 2004 puedan ser solicitados directamente por la policía judicial sin que medie la dirección de un fiscal, sólo se presenta en este evento excepcional de urgencia y necesidad imperiosa.

Debido a las implicaciones que tienen los delitos contra la libertad sexual o la integridad física para las víctimas, éstas tienen el deseo de borrar de su cuerpo las huellas dejadas por el delito. Es esta circunstancia, atinente a la importancia de respetar el deseo de la víctima, la que señala la urgencia y necesidad de proteger la integridad de la evidencia física que se encuentra en el cuerpo de la víctima, y la que justifica que sea la policía judicial y no el fiscal quien solicite esta medida. En todo caso, la posibilidad de que la “*policía judicial*” requiera “*el auxilio del perito forense*” para “*la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas*”, sólo puede realizarse cuando la víctima o su representante hayan dado su consentimiento para la práctica de la medida de manera libre e informada.

Como quiera que una vez el fiscal asuma la dirección de la investigación puede considerar que dentro del programa metodológico es necesaria la

⁶³ Ley 906 de 2004, Artículo 205. Actividad de policía judicial en la indagación e investigación. Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia. † Cuando deba practicarse examen médico-legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, este será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico-legal. † Sobre esos actos urgentes y sus resultados la policía judicial deberá presentar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación. † En cualquier caso, las autoridades de policía judicial harán un reporte de iniciación de su actividad para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control.

práctica de otros exámenes físicos y de reconocimiento de la víctima, en ese caso, dado que la incidencia de la medida en los derechos de la víctima sería media o alta, de conformidad con lo señalado en el apartado 5.1., su práctica debe siempre ser previamente autorizada por el juez de control de garantías.

En síntesis, de la descripción anterior se deduce lo siguiente. Este artículo se aplica en dos situaciones diversas. La primera es una situación de extrema urgencia, cuando la víctima entra en contacto directo con la policía judicial. La segunda ocurre cuando el fiscal se ha hecho cargo de la investigación y estima necesario que se lleve a cabo la medida prevista en este artículo.

En la primera hipótesis, la secuencia de este procedimiento excepcional sería la siguiente: 1) La víctima se presenta ante un funcionario de policía judicial, y en su cuerpo se encuentran elementos materiales y la evidencia física relacionados con el delito denunciado que hacen necesario el reconocimiento y exámenes físicos de ella por parte de un perito forense; 2) el funcionario de policía judicial que recibe la denuncia, solicita a la víctima o a su representante legal, si se trata de un menor de edad o de un incapaz, dar su consentimiento por escrito para la práctica de dichos exámenes, para lo cual le informará todo lo conducente a que dicho consentimiento sea libre e informado; 3) Si la víctima o su representante dan su consentimiento, el funcionario de policía judicial acompañará a la víctima ante el perito forense. 4) Si la víctima o su representante se niegan a otorgarlo, el funcionario de policía judicial les explicará la importancia de dichos exámenes para la investigación y las consecuencias probables de negarse a la realización de los mismos; 5) Si luego de esta explicación, la víctima otorga el consentimiento, el funcionario de policía judicial acompañará a la víctima ante el perito forense. No obstante, 6) si la víctima o su representante persisten en la negativa, la norma prevé que se acuda ante el juez de control de garantías para que éste autorice la práctica de las medidas y determine las condiciones bajo las cuales pueden ser realizadas. Según la disposición bajo estudio, si el juez de control de garantías autoriza la práctica de la medida, ésta podrá ser practicada a pesar de la oposición de la víctima.

Una situación similar puede suceder cuando la necesidad de la práctica de estas medidas no nazca en las circunstancias de urgencia descritas en el inciso primero de la norma, sino después de que el fiscal ha asumido la dirección de la investigación. Cuando la necesidad de exámenes físicos de la víctima la determina el fiscal que dirige y coordina el programa de investigación, dado que tales medidas implican afectación de los derechos de la víctima, éstas deben ser autorizadas previamente por el juez de control de garantías. Si el juez autoriza su práctica, el fiscal debe obtener el consentimiento escrito de la víctima, y si no lo obtiene, explicarle las consecuencias de su negativa. Según la disposición bajo estudio, si la

víctima persiste en su negativa, se acudirá por segunda vez ante el juez de control de garantías que autorizó su realización, para que en una audiencia de revisión de legalidad, fije los condicionamientos dentro de los cuales ésta debe efectuarse, a pesar de la oposición de la víctima.

La demandante señala que este procedimiento conduce a una segunda victimización. Alguno de los intervinientes señalan que esta circunstancia excepcional sólo debe ser permitida cuando se trate de víctimas menores de edad o incapaces, pues con frecuencia el agresor es el mismo representante legal de la víctima. Este asunto será examinado en detalle en la siguiente sección, al determinar si esta limitación de la dignidad y de la autonomía de la víctima es idónea, necesaria y proporcionada.

5. En cuanto al grado de incidencia de la realización de reconocimientos o exámenes médicos de la víctima sobre sus derechos, ésta puede ser media o grave, en razón, entre otras cosas, (i) del grado de invasión que conlleve la realización de las mismas, como por ejemplo cuando se trata de debe realizar el reconocimiento del cuerpo desnudo de la víctima u obtener fluidos tales como el semen, o de otros fluidos que se encuentran en los orificios corporales; (ii) de la existencia de algún riesgo de menoscabo para la salud; (iii) del consentimiento de la víctima o de su representante legal.

El grado de incidencia de la medida dependerá también, atendiendo a los fines de la investigación en cada caso, del tipo de reconocimiento o examen que sea necesario, del tipo de muestra que deba ser obtenido, del lugar del cuerpo que deba ser explorado, de la necesidad de emplear instrumental médico, y de la técnica que deba realizarse. Así, en principio es muy invasiva la inspección de los orificios anales, vaginales y la manipulación de los órganos sexuales, la obtención de muestras de fluidos que se encuentren en ellos y el reconocimiento del cuerpo desnudo de la víctima. Es menos invasivo, el reconocimiento de partes del cuerpo de la víctima normalmente expuestas a la vista de todos, o la obtención de muestras de saliva, pelos, o impresiones dentales.

6. En cuanto a los requisitos materiales, la norma bajo estudio exige que ésta sea “necesaria”, y que “no hubiere peligro de menoscabo” para la salud de la víctima. Si bien el artículo no exige que existan motivos razonablemente fundados para solicitar la medida, sino que se deja a criterio del fiscal, y en casos de urgencia, de la policía judicial, determinar la “necesidad” de su realización. Por lo tanto, si se trata de la hipótesis de urgencia que justifica que sea la policía judicial quien solicite tal medida, la necesidad debe surgir de la urgencia de proteger la integridad de la evidencia física que se encuentra en el cuerpo de la víctima y de la no existencia de otra medida menos invasiva.

Cuando es el fiscal, dentro del programa metodológico de la investigación, quien considera que es necesaria la práctica de tal medida, la exigencia de que la medida sea “necesaria”, lleva a que la solicitud que se haga al juez de control de garantías para que autorice su práctica deba ser motivada, a fin de que se evalúe esa necesidad, así como su idoneidad y proporcionalidad. Por lo tanto, la consideración sobre la necesidad de la medida debe estar fundada en elementos objetivos y racionales considerados dentro del programa metodológico de la investigación, que permitan al fiscal justificar la necesidad de las mismas, y al juez de control de garantías evaluar si se cumplen los requisitos formales y materiales para autorizar su práctica.

7. En cuanto a los requisitos formales, el inciso segundo del artículo 250 señala que la expresión de consentimiento de la víctima o de su representante legal, conste por escrito. La norma no indica qué forma debe tener la solicitud que haga el fiscal, cuando ha asumido la dirección de la investigación, o la policía judicial en casos de urgencia. No obstante, cualquiera que sea la forma en que se haga dicha solicitud, el derecho al debido proceso y la protección efectiva de los derechos de la víctima, exigen que la solicitud de la medida sea motivada, a fin de que pueda existir un control judicial por parte del juez de control de garantías sobre la necesidad de la medida, así como sobre su idoneidad y proporcionalidad.
8. Como regla general, la norma establece que para la práctica de esta medida siempre se obtenga el consentimiento escrito de la víctima, o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz. Si no lo prestare, se le explicará la importancia del mismo para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. Si a pesar de lo anterior, persevera en la negativa, se acudirá al juez de garantías para que fije “*los condicionamientos*” dentro de los cuales se efectuará dicho procedimiento. Es decir que el juez de control de garantías podrá restringir el alcance de la medida solicitada, señalar condiciones especiales para su realización, o autorizar una medida menos restrictiva.
9. En cuanto a las garantías, en caso de que la víctima persista en su negativa a la realización de reconocimientos o exámenes médicos, la disposición bajo estudio exige que se acuda a una audiencia de revisión de legalidad, para que el juez de control de garantías fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la medida. Por lo tanto, se trata de una garantía adicional que asegura que la realización de esta medida contra la voluntad de la víctima, no conducirá a una segunda victimización, y que sólo el juez de control de garantías podrá autorizar su práctica luego de que haga un examen estricto de la proporcionalidad de la medida, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la gravedad de los hechos investigados, el bien jurídico tutelado, el interés de protección de los derechos de las víctimas, el valor probatorio de los elementos materiales

probatorios y de la evidencia física recuperada, y la incidencia de la medida sobre los derechos de la víctima, para determinar si ésta es idónea, necesaria y proporcionada en el caso concreto.

10. Si bien la norma no expresa que en la práctica del reconocimiento, o de los exámenes físicos se deban observar todo tipo de consideraciones a la dignidad humana, ello no exime a los peritos forenses que participen en dichos exámenes de respetar la dignidad de las víctimas y de evitar su exposición innecesaria a situaciones humillantes. En consonancia con ello, sería acorde con la dignidad humana: (i) que no se someta innecesariamente a la víctima a la repetición de exámenes genitales o anales o que puedan resultar humillantes; (ii) prestar asistencia y orientación psicológica, espiritual o de otro tipo para que la víctima conozca sus derechos y entienda la importancia e incidencia del procedimiento; (iii) que se adopten medidas adecuadas para evitar a la víctima cualquier tipo de dolor o riesgos para su salud; (iv) permitir que en la práctica de dichos exámenes, si la víctima lo desea, esté acompañada por una persona cercana; (v) que se guarde la debida reserva de la identidad de la víctima.

Teniendo en cuenta estas características, pasa a examinar la Corte si la disposición acusada resulta violatoria de la Constitución.

5.5.2. La constitucionalidad del reconocimiento y de los exámenes físicos realizados a la víctima bajo las condiciones previstas en el artículo 250 de la Ley 906 de 2004

5.5.2.1. Según la accionante, el artículo 250 de la Ley 906 de 2004, vulnera varios derechos fundamentales de la víctima: (i) la dignidad humana (Art. 1, CP) y a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art.12, CP), porque se la somete a un procedimiento que prolonga la victimización; (ii) la intimidad (Art.15, CP), porque tal medida implica una inspección corporal de la víctima y la exposición de partes del cuerpo culturalmente ocultas a los ojos de los demás; (iii) la autonomía personal, porque se obliga a la víctima a someterse a este procedimiento aún contra su voluntad. Algunos de los intervinientes consideran que es adecuado no condicionar la práctica de este procedimiento al consentimiento de la víctima, por el riesgo de impunidad que ello tendría, especialmente en casos en los que el vínculo afectivo de la víctima con su agresor o el miedo de represalias futuras llevaría a la víctima a no dar su consentimiento. Por su parte la Procuraduría General de la Nación considera que al obligarse a la víctima de delitos sexuales a someterse contra su voluntad a este procedimiento, constituye una segunda victimización que desconoce su derecho a la dignidad, por lo cual solicita que se declare la inexecutable de la frase final del inciso segundo del artículo 250 de la Ley 906 de 2004, que dice: *“De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección.”*

5.5.2.2. Tal como se dispuso en la sección 3 de esta sentencia, la Corte aplicará el juicio de proporcionalidad en abstracto por lo que es preciso determinar la intensidad del mismo, para lo cual se seguirán los mismos criterios aplicados al juzgar las normas anteriores. En primer lugar, la potestad de configuración que tiene el legislador en materia penal, que en este caso se funda en una atribución constitucional general en materia de procedimiento penal, orientada a asegurar los medios materiales probatorios. En segundo lugar, el hecho de que la práctica de las medidas previstas en el artículo 250 de la Ley 906 de 2004, puede implicar la exposición de partes del cuerpo de la víctima normalmente ocultas a la vista de las personas, la revisión de las cavidades genitales y anales, y otros orificios corporales naturales, así como la obtención de muestras corporales. En tercer lugar, si bien el procedimiento descrito en el artículo 250 se refiere a un amplio espectro de exámenes que debe llevar a cabo el perito forense, en todo caso su realización implica una incidencia en el goce de los derechos a la intimidad, a la dignidad, a la autonomía personal y a la integridad física de la víctima. En cuarto lugar, puede llegar a darse la situación en que tal medida se realice sin el consentimiento de la víctima. Tales criterios señalan una incidencia alta en los derechos de la víctima. Por lo tanto, corresponde a la Corte aplicar un juicio de proporcionalidad estricto. Ello implica que los fines que justifican la práctica de estas medidas 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 de la víctima. 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 constitucionalmente posible autorizar su práctica por ser la medida adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto, y cuando no lo es.

5.5.2.3. Esta norma tiene por fines asegurar “*la investigación de los hechos que revistan las características de un delito*”, y “*la conservación de la prueba*”, así como “*proteger a las víctimas del delito*” y garantizar sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, en investigaciones relacionadas con delitos contra la libertad sexual y la integridad o con otros delitos en los que resulte necesaria la práctica de estas medidas. Se trata por lo tanto de fines legítimos y constitucionalmente importantes, e imperiosos, puesto que propenden por la garantía de derechos y principios esenciales del Estado, y a asegurar la convivencia pacífica, así como a proteger la vida, la libertad, y la autonomía de los residentes en Colombia. En concreto, estos fines se traducen en el objetivo de obtener dentro del programa de investigación muestras corporales y de otro tipo que se encuentren en el cuerpo de la víctima, evidencias físicas sin las cuales el esclarecimiento de los hechos, el establecimiento de la responsabilidad penal, la protección de los bienes jurídicos tutelados penalmente y la garantía de los derechos de las víctimas, se verían seriamente truncados.

5.5.2.4. En cuanto al medio escogido, cabe señalar que el reconocimiento y los exámenes físicos de la víctima, así como la obtención de muestras que se

encuentren en su cuerpo, según el delito investigado y las circunstancias del caso, puede ser un medio idóneo para obtener elementos materiales probatorios y evidencia física necesaria para la determinación de la responsabilidad penal, así como de las características y consecuencias del delito. Por ejemplo, la obtención de muestras de semen y sangre, puede ser un medio idóneo para determinar la responsabilidad en un delito contra la libertad sexual. También puede ser un medio idóneo para obtener evidencia física que sea necesario cotejar con la que se obtenga del imputado. Teniendo en cuenta que la norma expresamente autoriza este tipo de medidas para “*investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas,*” estas medidas no serían idóneas para investigaciones de delitos que no tengan estas características.

La realización de reconocimientos y exámenes físicos de las víctimas, así como la obtención de muestras corporales para la investigación de los delitos a que se refiere el artículo 250 de la Ley 906 de 2004, puede ser además una medida necesaria cuando no exista otro medio a través del cual sea posible recuperar evidencia física dejada por el imputado en el cuerpo de la víctima, que tenga una eficacia semejante y sea menos gravoso para los derechos de la víctima. Así, por ejemplo resulta necesario para la investigación de delitos contra la libertad sexual, la realización de una prueba de embarazo, como quiera que esta circunstancia, según las circunstancias de agravación punitiva, es necesaria para determinar la pena que se imponga al responsable. Por el contrario, la medida no resultaría necesaria, cuando ya existan otros medios probatorios a través de los cuales se consiga evidencia similar a la que se busca obtener mediante el examen de la víctima.

5.5.2.5. En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, la norma bajo estudio enfrenta el interés público en la investigación del delito, el bien jurídico tutelado y la protección de los derechos de las víctimas, con el interés de la víctima en no ser sometida a restricciones adicionales a sus derechos.

El examen de esa proporcionalidad en sentido estricto exige que se sopesen, por un lado, entre otros factores, (i) la gravedad del delito, (ii) la importancia del bien jurídico tutelado, (iii) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas y para el interés público en que investiguen los delitos y en la identificación de los responsables, el que se negara la realización de estas medidas; (iv) el valor probatorio de la evidencia material, a la luz del programa de investigación, de las muestras y evidencias físicas que se obtengan y, por el otro, (v) el grado de incidencia de la medida en los derechos de la víctima, así como, (vi) las condiciones especiales de la víctima, como su particular vulnerabilidad física o emocional.

En cuanto al grado de invasión del derecho a intimidad, la práctica de estas medidas implica la exposición del cuerpo desnudo de la víctima, o la realización de algún tipo de inspección corporal que comporta una incidencia

media o alta de este derecho, dependiendo del procedimiento empleado, de la parte del cuerpo sobre la que recae el procedimiento, y del tipo de muestra corporal o de evidencia material que se busque obtener mediante esta medida. Así, resulta altamente invasiva de la intimidad de la víctima, la obtención de muestras de fluidos que se encuentran en las cavidades anales, genitales, o vaginales. La incidencia en este derecho puede ser menor, cuando se trata de la obtención de impresiones dentales, de muestras de saliva, para cuya obtención no es necesario entrar en contacto con los órganos sexuales de la víctima.

Si bien la realización de exámenes físicos a la víctima y la obtención de muestras plantean un problema adicional relacionado con la protección del derecho a la intimidad, v.gr. el destino que pueden tener las muestras corporales tomadas a la víctima, dado que no existe cargo concreto sobre el punto, la Corte no hará ningún pronunciamiento al respecto.

En relación con el grado de invasión de la integridad corporal, el reconocimiento y la práctica de exámenes físicos de la víctima, así como la obtención de muestras corporales puede tener una incidencia alta sobre este derecho, especialmente si para su obtención es necesario el empleo de instrumental médico o anestesia. La norma exige que la medida no implique un riesgo de menoscabo de la salud de la víctima. Por ello, si la incidencia de la medida en la integridad física de la víctima es grande, mayor importancia deben tener los bienes jurídicos tutelados y mayor debe ser el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la práctica de la medida.

En cuanto a la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, realización de exámenes físicos a la víctima y la obtención de muestras corporales tiene una alta incidencia en este derecho si la medida causa dolores, si la medida no se realiza con las condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad exigidas en los tratados internacionales, y si no se toman las previsiones necesarias para reducir al mínimo posible el grado invasivo de la medida.

En cuanto a la limitación del derecho a la autonomía, la realización de exámenes físicos a las víctimas y la obtención de muestras corporales de la víctima que no supongan un riesgo de menoscabo de su salud, no la afectan cuando ésta da su consentimiento libre de cualquier coerción y con un conocimiento informado sobre las consecuencias del procedimiento y de la necesidad de la muestra dentro del programa de investigación. Sin embargo, si luego de explicarle la importancia del procedimiento, la víctima persiste en su negativa, la incidencia en su derecho es muy alta.

Forzar a una persona que ya ha sufrido una lesión o ultraje a ser sometida a este tipo de medidas, constituye una doble victimización que resulta contraria a la dignidad humana. El consentimiento de la víctima es determinante para

decidir si se pueden o no practicar los exámenes y reconocimientos conducentes a esclarecer los hechos. Dicho consentimiento debe ser otorgado desinhibidamente por la víctima o su representante legal, sin sometimiento a presiones ni a conminaciones para que sea efectivamente libre. Además, dicho consentimiento debe fundarse en la información completa, pertinente y clara sobre las condiciones en las cuales se practicarán las medidas, su utilidad para la investigación y las ventajas de que sean realizadas de manera pronta.

Para garantizar que dicho consentimiento se base en una apreciación cierta de la trascendencia de la medida, cuando la víctima o el representante legal se nieguen, la norma acusada establece que se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarla. De persistir la víctima en la negativa, la norma establece que se debe acudir al juez de control de garantías. No obstante, se señala en el artículo acusado que el propósito de la intervención del juez de garantías se circunscribe a fijar los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección de la víctima.

Encuentra la Corte que esta restricción a la autonomía de la víctima es inconstitucional, porque desvaloriza el consentimiento de la víctima y la expone a una doble victimización. Esta restricción, tal como ha sido establecida en la norma bajo estudio, parece excluir la posibilidad de que el juez niegue la práctica de la medida y conduce a que frente a la oposición de la víctima, al juez de control de garantías no le quede otra alternativa que fijar las condiciones para su práctica. Por lo anterior, la Corte declarará inexecutable la expresión “*para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección*”, contenida en el inciso segundo del artículo 250 de la Ley 906 de 2004.

Los exámenes practicados a la víctima para recuperar evidencia idónea que permite identificar al responsable del delito, generalmente deben ser efectuados de manera rápida. La oportunidad en estos casos es crucial. De tal manera que es en el interés de la víctima y de la preservación de sus derechos a la verdad y la justicia que tales exámenes son practicados con prontitud. Demorar su realización va en desmedro de los derechos de la víctima y en contra de los fines de la investigación. Por esta razón, la norma no exige acudir al juez de control de garantías, lo cual es razonable. Pero la norma no es clara en señalar que el consentimiento libre e informado de la víctima es indispensable como requisito previo a la práctica de los exámenes o reconocimientos. Indica que debe ser por escrito, pero no exige que antes de que presten dicho consentimiento es indispensable informarles a las víctimas sobre el valor y la trascendencia del mismo. Ello se ordena solo si la víctima no presta el consentimiento. Por lo tanto, es necesario condicionar la exequibilidad de la norma en el sentido de que la víctima o su representante legal debieron haber dado su consentimiento libre e informado para que la medida pueda ser practicada. Habrá situaciones de inconciencia de la víctima,

sobre las cuales no se pronuncia la Corte, y que se resuelven según las reglas vigentes.

Por la importancia que tiene el consentimiento de la víctima, la Corte también estima que cuando esta sea una persona adulta y los delitos investigados estén relacionados con la libertad sexual, la decisión de la víctima sobre si acepta o no los reconocimientos y los exámenes físicos constituye la última palabra al respecto. Así, el consentimiento informado y libre de la persona adulta víctima de delitos contra la libertad sexual es determinante y conclusivo.

Si bien el consentimiento de la víctima debe prevalecer, no desconoce la Corte que pueden presentarse delitos en los cuales abstenerse de hacer los reconocimientos y exámenes físicos de los lesionados pueda frustrar completamente una investigación y conducir a la impunidad frente a conductas gravemente lesivas. También puede ocurrir en el caso de víctimas menores de edad o incapaces, que sea el representante legal quien persista en la negativa, para evitar una posible investigación en su contra. En tales eventos, se deberá acudir al juez de control de garantías para presentarle las razones que justifican practicar la medida. Corresponde al juez ponderar las circunstancias concretas del caso y decidir si niega o autoriza la medida.

Una vez autorizada la medida por el juez, puede presentarse la situación en la cual, a pesar de la decisión judicial, la víctima insista en su negativa. A la víctima debe informársele que cabe esta posibilidad. Ante estas circunstancias su voluntad prevalecerá, así ello redunde en perjuicio de sus derechos a la verdad y a la justicia. Así habrá de declararse en la parte resolutive. No obstante, habrá casos en que la renuencia de la víctima no afecte exclusivamente sus derechos, sino también incida en los derechos de otras personas también víctimas del mismo delito o de delitos conexos, en el caso de delitos en serie o masivos. Además, algunos de los delitos contemplados por la norma acusada pueden tener connotaciones internacionales, por ser, por ejemplo, graves violaciones del derecho internacional humanitario o estar comprendidos dentro de la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional. De tal forma que no es constitucionalmente admisible establecer como regla absoluta la prevalencia de la voluntad de la víctima. Si bien esta es la regla general, cabe la excepción siguiente: en casos extremos, ante la insistencia de la víctima en negarse a la práctica del examen o reconocimiento, se podrá solicitar al juez de control de garantías que excepcionalmente ordene que se ejecute la medida. Sin embargo, las condiciones constitucionales en que esto puede llegar a suceder son exclusivamente aquellas en las cuales sería desproporcionado que se frustrara irremediabilmente la investigación de un delito de extrema gravedad por ser el examen o el reconocimiento el único medio de obtener evidencia física que sea determinante para decidir sobre la responsabilidad o la inocencia del procesado. Se trata de circunstancias excepcionales en las cuales el juez de control de garantías tiene una carga de argumentación muy exigente para demostrar que se reúnen estas condiciones extraordinarias. Por eso, advierte

la Corte que la autorización sólo puede concederse cuando el juez concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y la medida específica requerida es la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia. Lo anterior sin perjuicio de que en el caso de los delitos relacionados con la libertad sexual la víctima adulta tenga siempre la última palabra.

5.5.2.6. En los eventos en que la medida sea consentida por la víctima o autorizada por el juez, en todo caso la víctima no puede ser sometida a procedimientos que le impongan limitaciones excesivas e innecesarias a sus derechos. Los principios de necesidad y proporcionalidad deben ser aplicados en cada caso concreto, como se ha reiterado a lo largo de esta providencia, con más razón si la medida recae sobre la víctima, no sobre el imputado. Además, la intervención en el cuerpo de la víctima debe efectuarse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad, tal como lo establecen los parámetros que rigen este tipo de intervenciones, a la luz de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad. Solo de esta manera se asegura que las limitaciones que se impongan no sean desproporcionadas y la víctima no sea sometida a un procedimiento que la conduzca a una segunda victimización.

5.5.2.7. Por lo anterior, y dado que el artículo 250 bajo estudio prevé en abstracto varias hipótesis en las que el reconocimiento y la práctica de exámenes a la víctima es idónea, necesaria, y proporcionada, la Corte Constitucional declarará la exequibilidad del artículo 250 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que:

a) la víctima o su representante legal haya dado su consentimiento libre e informado para la práctica de la medida;

b) de perseverar la víctima en su negativa, el juez de control de garantías podrá autorizar o negar la medida, y la negativa de la víctima prevalecerá salvo cuando el juez, después de ponderar si la medida es idónea, necesaria y proporcionada en las circunstancias del caso, concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida sea la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia

c) no se podrá practicar la medida en persona adulta víctima de delitos relacionados con la libertad sexual sin su consentimiento informado y libre.

d) la práctica de reconocimiento y exámenes físicos para obtener muestras físicas, siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para la víctima, en los términos del apartado 5.5.2.6. de esta sentencia.

Corresponderá a los jueces de control de garantías, en cada caso concreto, velar porque en la práctica misma de las medidas previstas en el artículo 250 de la Ley 906 de 2004, se respeten estos principios. De conformidad con lo anterior, el juez de control de garantías podrá autorizar su práctica o negarse a acceder a la solicitud, luego de examinar (i) la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (ii) las condiciones particulares de su práctica, a fin de determinar si la obtención de muestras solicitada es adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); si no existe un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y la medida no es desproporcionada (proporcionalidad), luego de ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos de la víctima.

6. Resumen general de las conclusiones sobre la exequibilidad de los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, de la inexecuibilidad de algunos apartes y de los condicionamientos.

En conclusión, los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004 serán declarados exequibles bajo las siguientes condiciones:

1. Las medidas reguladas en los artículos 247, 248, 249 de la Ley 906 de 2004 implican una afectación media o alta en los derechos fundamentales, por lo cual su práctica siempre requiere autorización judicial previa por parte del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso. En lo que respecta al artículo 250 acusado, los exámenes y reconocimientos de las víctimas están supeditados al consentimiento de ellas, el cual prevalecerá, salvo en algunos casos extremos donde la decisión del juez de control de garantías demuestre que debe admitirse una excepción a esta regla.
2. Aun cuando las medidas previstas en los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, comportan afectación de los derechos fundamentales, dado que puede ser indispensable para los fines de la investigación penal realizar este tipo de medidas de intervención corporal, la Corte Constitucional encontró hipótesis en las que dichas medidas son idóneas, necesarias, y proporcionadas, y, por ello, declarará su exequibilidad. No obstante, algunos de los apartes de estas normas deben ser declarados inexecuibles y otros deben ser condicionados para asegurar su compatibilidad con la Carta y excluir interpretaciones incompatibles con ella que se traduzcan en aplicaciones prácticas lesivas de los derechos.
3. En cuanto al artículo 247 de la Ley 906 de 2004, dicha norma será declarada exequible en el entendido de que:

- a) la inspección corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;
 - b) cuando el imputado invoque circunstancias extraordinarias, no tenidas en cuenta al conferir la autorización judicial, para negarse a permitir la inspección corporal, se deberá acudir al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar, o la niegue.
 - c) la inspección corporal siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.2.2.5. de esta sentencia.
1. En relación con el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, la Corte declarará la inexecutable la expresión “*sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, y...*” contenida en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, y además hará los siguientes condicionamientos:
- a) salvo el registro incidental a la captura, el registro corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;
 - b) el juez de control de garantías también definirá las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar en el evento de que la persona sobre la cual recae el registro se niegue a permitir su práctica.
3. En cuanto al artículo 249 de la Ley 906, la Corte se inhibirá de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del parágrafo del artículo 249 de la Ley 906 de 2004, y además hará los siguientes condicionamientos
- c) la obtención de muestras requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;

- d) la obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.4.2.5 de esta sentencia.
4. En cuanto al artículo 250 de la Ley 906 de 2004, la Corte declarará inexecutable la expresión “*para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección*” contenida en el inciso segundo y, en relación con el resto del artículo 250, hará los siguientes condicionamientos:
- e) la víctima o su representante legal haya dado su consentimiento libre e informado para la práctica de la medida;
- f) de perseverar la víctima en su negativa, el juez de control de garantías podrá autorizar o negar la medida, y la negativa de la víctima prevalecerá salvo cuando el juez, después de ponderar si la medida es idónea, necesaria y proporcionada en las circunstancias del caso, concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida sea la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia
- g) no se podrá practicar la medida en persona adulta víctima de delitos relacionados con la libertad sexual sin su consentimiento informado y libre.
- h) la práctica de reconocimiento y exámenes físicos para obtener muestras físicas, siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para la víctima, en los términos del apartado 5.5.2.6. de esta sentencia.

IX. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- INHIBIRSE de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del parágrafo del artículo 249 de la Ley 906 de 2004.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, en relación con los cargos examinados, en el entendido de que:

- a) la inspección corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;
- b) cuando el imputado invoque circunstancias extraordinarias, no tenidas en cuenta al conferir la autorización judicial, para negarse a permitir la inspección corporal, se deberá acudir al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar, o la niegue.
- c) la inspección corporal siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.2.2.5. de esta sentencia.

Tercero.- Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “*sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, y...*” contenida en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, y declarar **EXEQUIBLE** el resto de esta disposición, por los cargos analizados, en el entendido de que:

- a) salvo el registro incidental a la captura, el registro corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;
- b) el juez de control de garantías también definirá las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar en el evento de que la persona sobre la cual recae el registro se niegue a permitir su práctica.

Cuarto.- Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 249 de la Ley 906 de 2004, por los cargos analizados, en el entendido de que:

- a) la obtención de muestras requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;
- b) la obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.4.2.5 de esta sentencia.

Quinto.- Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “*para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección*” y declarar **EXEQUIBLE** el artículo 250 de la Ley 906 de 2004, por los cargos analizados, en el entendido de que:

- a) la víctima o su representante legal haya dado su consentimiento libre e informado para la práctica de la medida;
- b) de perseverar la víctima en su negativa, el juez de control de garantías podrá autorizar o negar la medida, y la negativa de la víctima prevalecerá salvo cuando el juez, después de ponderar si la medida es idónea, necesaria y proporcionada en las circunstancias del caso, concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida se la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia
- c) no se podrá practicar la medida en persona adulta víctima de delitos relacionados con la libertad sexual sin su consentimiento informado y libre.
- d) la práctica de reconocimiento y exámenes físicos para obtener muestras físicas, siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para la víctima, en los términos del apartado 5.5.2.6. de esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado
AUSENTE CON EXCUSA

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO
Magistrado
CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
A LA SENTENCIA C-822 DE 2005.**

SENTENCIA INTERPRETATIVA O CONDICIONADA-Criterios para determinar la procedencia (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA INTERPRETATIVA O CONDICIONADA-Improcedente para introducir condicionamientos ya establecidos en la ley/**JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN MEDIDA CORPORAL**-Obligación de aplicarlo para autorizar la medida en cada caso concreto, se inmiscuye en la autonomía e independencia judicial (Salvamento parcial de voto)

En el caso decidido por la sentencia C-822 de 2005 no estaban presentes los criterios definidos jurisprudencialmente para proferir una sentencia interpretativa, pues no se trataba de enunciados normativos susceptibles de diversas interpretaciones, sino simplemente de disposiciones que a juicio de la mayoría estaban incompletas. Se condiciona la exequibilidad de los artículos 247, 248 y 249 a que la inspección corporal, el registro o la obtención de las muestras sea previamente autorizado por el juez, este requerimiento es a todas luces innecesario porque los artículos en cuestión se encuentran agrupados en un capítulo del Código de Procedimiento Penal titulado “Actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización”, adicionalmente este requisito es textualmente establecido en el artículo 246 de la ley 906 de 2004, el cual textualmente recita: “Las actividades que adelante la policía judicial (...) que implique afectación de derechos y garantías fundamentales, únicamente se podrán realizar con autorización previa proferida por el juez de control de garantía, a petición del fiscal correspondiente”. Resulta a todas luces infundado introducir, mediante una sentencia de constitucionalidad, un condicionamiento establecido claramente en la ley. Adicionalmente en el fallo se condiciona la autorización judicial de las medidas en comento a la realización de un juicio de proporcionalidad en cada caso concreto, y se introduce en la parte resolutive las distintas etapas del juicio de proporcionalidad (idoneidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que debe realizar el juez de control de garantías antes de autorizarlas. Si bien pueden resultar plausibles los afanes pretendidamente garantistas de este condicionamiento en todo caso la Corte Constitucional no puede cercenar la autonomía e independencia judiciales para obligar a los operadores jurídicos a realizar juicios de proporcionalidad en la aplicación de las disposiciones legales, máxime cuando el uso de este tipo de test es simplemente una herramienta argumentativa que puede ser reemplazada por otras de igual validez y eficacia por el operador judicial al momento de justificar sus decisiones.

Referencia: expediente D-5549

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, “*por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”.

Demandante: Diana Paola Pubiano Meza

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Con el acostumbrado respeto, el suscrito Magistrado disiente de la decisión adoptada en el proceso de la referencia. A mi juicio la postura mayoritaria le da un alcance indebido a la sentencias interpretativas el cual pervierte esta tipología de sentencias y desconoce los precedentes sentados por esta Corporación en la materia, específicamente en lo relacionado con los criterios para determinar cuando es procedente el condicionamiento de una disposición sometida a control.

Sobre este último tópico la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada los siguientes criterios⁶⁴:

i) Si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos pero todas ellas se adecuan a la Carta, debe la Corte limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada sin que pueda establecer, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de la disposición legal, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios.

ii) Si todas las interpretaciones de la disposición legal acusada desconocen la Constitución, entonces debe la Corte simplemente retirar la norma del ordenamiento jurídico. En este caso, el objeto de la sentencia sería la disposición, porque todos sus significados son inconstitucionales.⁶⁵

iii) Si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de

⁶⁴ Sobre el desarrollo de estas reglas, ver, entre otras, las sentencias C-496 de 1994, C-109 de 1995, C- 690 de 1996, C-488 de 2000, C-557 de 2001 y C-128 de 2002.

⁶⁵ Sentencia C-492 de 2000.

las cuáles algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento.⁶⁶

Es evidente, entonces, que en el caso decidido por la sentencia C-822 de 2005 no estaban presentes los criterios definidos jurisprudencialmente para proferir una sentencia interpretativa, pues no se trataba de enunciados normativos susceptibles de diversas interpretaciones, sino simplemente de disposiciones que a juicio de la mayoría estaban *incompletas* –sin que tampoco estuvieran presentes los requisitos para declarar una omisión legislativa relativa- y en esa medida se profirió una sentencia interpretativa para agregar contenidos normativos que llenaran los supuestos vacíos percibidos por el intérprete constitucional. De manera tal que la mayoría de los condicionamientos establecidos en la parte resolutive para declarar la exequibilidad de los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, resultan innecesarios por ser una simple reiteración de criterios hermenéuticos tradicionales, mientras otros son excesivos y cercenan la autonomía y la independencia de los jueces encargados de interpretar y aplicar dichas disposiciones.

Por ejemplo, se condiciona la exequibilidad de los artículos 247, 248 y 249 a que la inspección corporal, el registro o la obtención de las muestras sea previamente autorizado por el juez, este requerimiento es a todas luces innecesario porque los artículos en cuestión se encuentran agrupados en un capítulo del Código de Procedimiento Penal titulado “*Actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización*”, adicionalmente este requisito es textualmente establecido en el artículo 246 de la Ley 906 de 2004, el cual textualmente recita: “*Las actividades que adelante la policía judicial (...) que implique afectación de derechos y garantías fundamentales, únicamente se podrán realizar con autorización previa proferida por el juez de control de garantía, a petición del fiscal correspondiente*”. Resulta, entonces, a todas luces infundado introducir, mediante una sentencia de constitucionalidad, un condicionamiento establecido claramente en la ley.

Adicionalmente en el fallo se condiciona la autorización judicial de las medidas en comento a la realización de un juicio de proporcionalidad en cada caso concreto, y se introduce en la parte resolutive las distintas etapas del juicio de proporcionalidad (idoneidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que debe realizar el juez de control de garantías antes de autorizarlas. Este alarde de erudición se revela como una restricción -esta si desproporcionada- del juez constitucional de la actividad interpretativa de los operadores jurídicos. Si bien pueden resultar plausibles los afanes pretendidamente garantistas de este condicionamiento en todo caso la Corte Constitucional no puede cercenar la autonomía e independencia judiciales para obligar a los operadores jurídicos a realizar juicios de proporcionalidad en la aplicación de las disposiciones legales, máxime cuando el uso de este tipo de test es simplemente una herramienta

⁶⁶ Sentencia C-499 de 1998.

argumentativa que puede ser reemplazada por otras de igual validez y eficacia por el operador judicial al momento de justificar sus decisiones.

Similares críticas son extensibles al segundo de los condicionamientos propuestos según el cual si el imputado invoca una circunstancia excepcional para negarse a permitir la inspección corporal, el registro y la toma de muestras se debe acudir al juez de control de garantías para que este “defina las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar o la niegue”. En efecto, de esta manera nuevamente la Corte Constitucional se inmiscuye en la esfera de autonomía e independencia judicial garantizadas por la Constitución .

Finalmente, resulta innecesaria la exigencia que las medidas contempladas por las disposiciones acusadas se practique bajo condiciones de “*seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad*” pues tales exigencias se desprenden del conjunto de disposiciones rectoras del procedimiento penal contenidas en el citado estatuto y por supuesto del principio de dignidad humana consagrado en la Constitución Política.

Reitero entonces que un uso de las sentencias interpretativas como el prolijado en la sentencia de la cual me aparto desvirtúa la naturaleza de este tipo de decisiones y es un claro menoscabo de las potestades de los operadores judiciales para establecer el alcance de las disposiciones sometidas a su interpretación. De reiterarse esta práctica por parte de la Corte Constitucional se vaciaría de competencias a las restantes jurisdicciones cuyo papel quedaría reducido a una mera aplicación automática de las “interpretaciones” que ha hecho la Corte Constitucional del conjunto del ordenamiento jurídico.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado