

**LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA. ¿UN DEBER LEGAL QUE DELIMITA O
RESTRINGE EL CONTENIDO ESENCIAL DE UN DERECHO FUNDAMENTAL?**



EMILSE VANEGAS MEDINA

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
PREGRADO EN DERECHO
NEIVA, COLOMBIA
2015**

**LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA. ¿UN DEBER LEGAL QUE DELIMITA O
RESTRINGE EL CONTENIDO ESENCIAL DE UN DERECHO FUNDAMENTAL?**

EMILSE VANEGAS MEDINA

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
ABOGADA**

**Director
Dr. Germán Gómez Mánchola
Esp. En Derecho Procesal
Esp. En Derecho de las Telecomunicaciones
Magister en Derecho Administrativo**

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
PREGRADO EN DERECHO
NEIVA, COLOMBIA
2015**

Nota de aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Neiva 05, 03, 2015

Dedicatoria

***A mi Padre
A mi Madre
A mis hijos.***

A mi Padre, quien sin saberlo me hizo formarme mi propio criterio respecto a las diversas situaciones y vicisitudes de la vida, por su apoyo silencioso pero perseverante e inspirador. A mi padre que siempre estuvo muy orgulloso de mi y sé que desde el más allá sigue siendo igual y de él aprendí que una parte esencial para surgir en un mundo cada vez más competitivo es el estar capacitado académicamente en forma permanente, y junto a ello, otros valores de los muchos y variados que me lego en ese mismo nivel, fue el de la rectitud, honestidad y unión familiar. Por ahora considero, que escribir la posición jurídica que dejó plasmada en esta investigación obedece en el fondo a aquel espíritu académico luchador que cada día me él enseñó, y que siempre me dijo se lo transmitiera a mis hijos a pesar de la corta existencia de sus años que disfruto con ellos. Su ida prematura en relación con la permanencia amorosa que tuvo con sus nietos a un mundo más espiritual que terrenal, no fue en vano para no entender que sus enseñanzas son un legado inapreciable que le tendré que transmitir a ellos. Puedes estar seguro que esos valores jamás los olvidaré y dejaré de enseñar y practicar para con mis hijos y para conmigo misma. Por ello, estoy convencida que este escrito es una creación jurídica que la tomo como punto de partida en el campo de la literatura jurídica, y que de alguna forma, él es autor desde el más allá y sé que estará muy orgulloso de mi por esta meta alcanzada.

A mi madre, quien siempre creyó que todo cuanto mi corazón quería, sería alcanzado y con ese pensamiento me motivo a convertirme en abogada y no satisfecha me ayudo a conseguirlo y a hacer mi sueño realidad, con su compañía silenciosa en algunos momentos siempre ha sido mi apoyo en ese trasegar mancomunado, en donde aceptó y entendió que todos aquellos momentos en que me he separado de ella y de mi familia por este esfuerzo, siempre ha tenido una justificación muy grande para mi formación jurídica, pues ella también acepta que la única manera de formar y educar a nuestros hijos es con el ejemplo, de dedicación académica como lo hago en esta oportunidad. Ella, que a pesar de la soledad por la pérdida de nuestros seres queridos, siempre me ha dado una entrega estoica para terminar esta etapa en mi formación jurídica y académica, no tengo palabra más corta, profunda y sencilla, que decirle y afirmarle desde lo más profundo de mí ser, que gracias. Con ella y por ella he aprendido que todos los valores enseñados como el amor, respeto, entrega, humildad, honestidad, rectitud, entre muchos otros, constituyen la fortaleza de nuestra unión familiar.

A mis hijos Jorge Alirio y Juan José, que con sus pocos años de vida y experiencias inocentes, cada uno me ha enseñado y me ha permitido entender

que el amor por un hijo es la más grande y hermosa obra de la existencia y presencia de Dios en mi vida, en donde me convence que no hay otro sentimiento que pueda expresar la felicidad que significa compartir con ellos las pequeñas y grandes vivencias de su existencia y la dicha de ser madre. Entre las enseñanzas que quisiera dejarle es que entendieran que mis actuaciones siempre han sido guiadas bajo los principios y valores que me fueron transmitidos, enseñados y vivificados por mis padres, y que aspiro continúen en ellos como uno de los legados que como madre y padre que he sido para ellos pudiera dejarles, para afrontar las vicisitudes que en cada día de su existencia van a encontrar y a enfrentar.

Ati Jorge Alirio, en especial a ti hijo, quien mientras yo escalaba y avanzaba para alcanzar tan importante meta y reto propuesto en mi vida, guío y representó los destinos de nuestra empresa con rectitud y esmero, la cual forme para el futuro y sustento de ustedes mismos y por haber contribuido al cuidado de mi pequeño hijo Juan José haberlo apoyado a diario en sus pequeñas pero grandes tareas para él. Gracias hijos por apoyarme y entenderme toda vez que tuve que estar ausente de sus vidas para poder enfrentar este reto y así cumplir y llegar a la meta propuesta.

A ellos cuatro, dedico esta memoria en primer orden. Y de la misma manera les comunico que es un punto de partida que todos los días será objeto de mayor enriquecimiento jurídico y les aseguro que soy una convencida de su validez y crecimiento académico.

A mis hermanos Edgar, Janer, Enrique y especialmente a mi hermano Yoban quien sé, que desde el más allá me está apoyando y admirando por mi espíritu emprendedor y luchador así como lo hacía en esta vida terrenal, a mis sobrinos y a mis cuñadas quienes con su apoyo moral me impulsaron a seguir estudiando para lograr una formación que no desmerezca todas las vivencias, legados y sentimientos que como familia debemos seguir construyendo a pesar de las diferencias que tengamos como seres humanos y no desfallecer en esta labor. A toda mi familia en general que siempre me han admirado y respetado por mi espíritu emprendedor, también un agradecimiento muy especial.

A mis colaboradores. Sería un acto no noble de mi parte, dejar de mencionar que esta etapa de mi vida no se hubiera podido realizar sin el apoyo y respaldo de unas personas que laboran en mi Empresa, Adriana Patricia Epia Sánchez, Lina Piedad Solano y al grupo de instructores de la academia, quienes dirigieron y cuidaron del bienestar de la empresa con mucho profesionalismo, idoneidad, honestidad y de forma incondicional, dándome la oportunidad que yo pudiera crecer académicamente para luego poder aplicar estos conocimientos en mi actividad laboral y profesional en defensa de los intereses de nuestra empresa y de la sociedad en general.

A Rosita, la nana de mi pequeño Juan José, a quien también debo dedicarle este triunfo, porque más que la nana de mi hijo, ha sido una madre abnegada para él, dirigiendo sus estudios, sus tareas, atendiendo sus reuniones y todo cuanto tiene que ver con mi hogar, sirviéndonos con esmero y cariño hacia todo mi familia, sin escatimar esfuerzos mientras yo avanzaba para llegar a la meta.

Obviamente todo lo expresado quedaría corto e incompleto, sino menciono a los profesores de mi Alma Mater que me mostraron la mejor forma de entender e interpretar ahora el derecho, como es a través de los derechos fundamentales, y aquí viene el mayor reconocimiento a mi Director de Tesis, el Dr. Germán Gómez Mánchola, con quien además de haber tenido una relación académica previa conmigo acepto la postulación que eleve ante mi Universidad para que fuera mi Director de este trabajo, postulación que la comencé a tener en cuenta cuando en la condición de alumna en mi carrera de Derecho, estaba convencida, sin lugar a dudas que su sapiencia jurídica es toda una antorcha que alumbra el derecho colombiano, siempre lo identifique como un excelente profesional y docente del Derecho por sus conocimientos, calidad académica, idoneidad y formación en el tema de los derechos fundamentales, motivo que me impulso a postularlo como Director de este trabajo.

A ti, Dr. German, quien al aceptar dicha postulación y darme el honor de ser el Director de este trabajo de investigación, me hiciste entrar al mundo del Derecho Constitucional de una manera interesante, llevándome de la mano al tema de los Derechos Fundamentales y creando en mí un hito importante por esta Institución Jurídica, que me hace entender aquellas palabras que como docente recordaba a los alumnos, *“Solo la exigencia nos lleva a la Excelencia”*. Prometo no ser inferior a este pensamiento. Gracias por enseñar. Gracias por indicar un camino que siendo abogada es quizás el mejor medio para lograr una sociedad justa, pues es claro como diría un pensador: *“una sociedad podrá vivir mal, podrá vivir enferma, pero jamás podrá subsistir sin justicia.”*

A él, solo cabe reconocerle y agradecerle infinitamente sus enseñanzas, dedicación y paciencia que me tuvo para revisar mis escritos, explicarme, transmitirme sus conocimientos y prepararme para el desarrollo y presentación de esta investigación, ya que sus observaciones, críticas constructivas y apoyo, me dieron la fortaleza para ayudar a culminar y precisar mi posición con mucha propiedad que le presento a mi Universidad Cooperativa de Colombia, constituyendo para mí un orgullo el que haya dirigido este estudio para así obtener el grado de Abogada, postulación que se reafirmó cuando a la luz de los adelantos tecnológicos en la informática facilitaron el intercambio de ideas hasta lograr un acuerdo en este escrito.

A mi universidad, que con la figura del Dr. Luis Alfredo Ortiz como Rector, y el Dr. Aníbal Charry González como Decano de la Facultad de Derecho, cada día la lanza en el mundo del derecho colombiano, como una de las mejores, sino la

mejor del país. Como siempre lo manifesté en forma muy loable, sencillamente un agradecimiento por hacerme sentir orgullosa de ser Uceista (UCC) desde el pregrado hasta esta etapa de mi formación como abogado, pues soy una convencida que solo estando con los mejores, uno se hace mejor cada día y desde mi condición de Abogada Egresada estaré presta a transmitir mis conocimientos y enseñanzas a mis sucesores.

“A Dios, a ti señor, doy gracias por ser siempre la fuerza superior e infinita que me guía, me da la luz y la sabiduría para alcanzar todas mis metas propuestas”

CONTENIDO

	pág.
CONSIDERACIONES PRELIMINARES	11
1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	20
1.1 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO COMPARADO ...	20
1.1.1 Concepto y estructura..	20
1.1.2 El principio de proporcionalidad como técnica para interpretar y aplicar derechos fundamentales.....	32
1.2 LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	37
1.2.1 La delimitación y restricción de los derechos fundamentales.....	37
1.2.2 El contenido esencial y el principio de proporcionalidad como mecanismos para limitar los derechos fundamentales..	41
2. LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA EN MATERIA DE TRÁNSITO.....	46
2.1 LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA EN EL DERECHO NACIONAL Y EN EL DERECHO COMPARADO	47
2.1.1 La prueba de alcoholemia en el derecho nacional..	47
2.1.2 La prueba de alcoholemia en el derecho comparado.....	70
2.2 RAZONES POR LAS CUALES LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA VULNERA DERECHOS FUNDAMENTALES. NO LOS DELIMITA, NI LOS RESTRINGE.....	79
2.2.1 La prueba de alcoholemia como vulneradora del derecho a la no autoincriminación.....	79
2.2.2 La prueba de alcoholemia como vulneradora del derecho a la dignidad humana.....	84

2.2.3 La prueba de alcoholemia como vulneradora del derecho al debido proceso.....	85
2.2.4 La prueba de alcoholemia como técnica pericial de resultado incierto.....	87
3. CONCLUSIONES GENERALES.....	90
BIBLIOGRAFÍA.....	93

LISTA DE TABLAS

	pág.
Tabla 1. Comparativo Pruebas aplicación Ley Embriaguez.....	12
Tabla 2. Comparativo Pruebas por zonas.....	12
Tabla 3. Comparativo Pruebas Positivas por zonas	13
Tabla 4. Comparativo Vehículos y Motocicletas Inmovilizadas.....	13
Tabla 5. Comparativo Accidentalidad Embriaguez	14
Tabla 6. Boletín Aplicación Ley 1696 de 2013 de Embriaguez.....	15

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Esta investigación va destinada a presentar uno de los temas más relevantes del derecho constitucional, como es la gran discusión acerca de la presencia de los derechos fundamentales en el Estado Democrático Constitucional, y una disposición legal como es del artículo 5° de la Ley 1696 del 19 de diciembre de 2013, especialmente el parágrafo 3 de este mismo artículo que señala en forma escueta que *“Al conductor del vehículo automotor que pese a ser requerido por la autoridades de tránsito, con plenitud de garantías, no permita la realización de las pruebas físicas o clínicas ...,”* será objeto de una serie de sanciones¹ que en sí en determinado momento se podrán considerar desproporcionadas, por aquello que esta norma estaría infringiendo los contenidos esenciales o núcleos esenciales de algunos derechos fundamentales. Y ello es así, por cuanto existe *“Una notable paradoja de los derechos fundamentales, y es que, tratándose primariamente de barreras frente al legislador, su plena eficacia a menudo está necesitada de colaboración legislativa. (...). Así, los derechos fundamentales son, a la vez, límite frente a la Ley y objeto de regulación de los mismos.*

El cuadro se complica aún más si se tiene en cuenta que, para el constitucionalismo, la ley no es sólo una amenaza potencial para los derechos fundamentales sino también, de manera un tanto misteriosa, una garantía de los mismos, tal y como lo demuestra el instituto de las reservas de ley. En resumen, junto a una «vinculación negativa» de la ley a los derechos fundamentales, en virtud de la cual éstos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico, existe también una llamada «vinculación positiva» que impone al Legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales.»², en donde “... las intervenciones del legislador en materia de derechos fundamentales admiten dos clasificaciones diferentes.

Por un lado, junto a leyes que tienen por finalidad completar la regulación constitucional de cierto derecho fundamental – bien introduciendo elementos de organización y procedimientos necesarios para su plena efectividad, bien concretando aquellos aspectos del mismo que quedan indeterminados en el correspondiente enunciado constitucional-, hay otras leyes que no tienen en rigor esta finalidad, sino que simplemente rozan o entran en contacto con algún derecho fundamental.

Por otro lado, cualquiera que sea la finalidad de la intervención legislativa, el resultado de ésta con respecto al contenido del derecho podrá ser de ampliación o reducción. Pues bien, la primera clasificación es relevante a efectos de las

¹ Las sanciones son la cancelación de la licencia, multa de 1440 salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv) y la inmovilización del vehículo por 20 días hábiles.

²DÍEZ-PICAZO Luis María. Sistema de derechos fundamentales. Thomson Civitas, 2003.p. 95.

*distintas reservas de ley en materia de derechos fundamentales, esto es, para delimitar los ámbitos respectivos ...; la segunda clasificación, en cambio, es crucial para enfocar adecuadamente el problema de la delimitación y restricción de los derechos fundamentales.*³, y para nuestro caso en concreto lo que definiremos es si constitucionalmente es válido que a un ciudadano se le practique la prueba de alcoholemia en materia de tránsito en cualquier vía pública sin el respaldo técnico científico y por parte de un agente de tránsito, trayendo consigo una serie de sanciones desconociéndole a éste ciudadano su derecho a no incriminación, derecho de defensa entre otros derechos fundamentales.

Por ahora, el pulso popular hacia la medida legal ha ganado adeptos pues ello lo percibe uno cuando se considera que con esta disposición se ha disminuido la accidentalidad. Las estadísticas de la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional así lo indican, con la información suministrada que presentamos a continuación en esta oportunidad en este trabajo:

**BOLETIN APLICACIÓN LEY EMBRIAGUEZ 1696
DE LAS 12:00 HORAS DEL 19 DE DICIEMBRE 2013 A LAS 12:00 HORAS DEL
1 DE AGOSTO 2014
COMPARADO PERIODO ANTERIOR**

**Tabla 1. Comparativo Pruebas aplicación Ley Embriaguez
TOTAL NACIONAL**

	2012-2013	2013-2014	DIF	%
PRUEBAS REALIZADAS	1.215.396	1.410.200	194.804	16,0%
PRUEBAS POSITIVAS	41.263	14.749	-26.514	-64,3%

Tabla 2. Comparativo Pruebas por zonas

PRUEBAS REALIZADAS

UNIDAD	2012-2013	2013-2014	DIF	%
BOGOTA	91.497	105.411	13.914	15,2%
MEDELLIN	30.736	35.868	5.132	16,7%
BUCARAMANGA	34.332	41.257	6.925	20,2%
BARRANQUILLA	28.035	33.645	5.610	20,0%
OTRAS CIUDADES	1.031.913	1.194.019	162.106	15,7%
TOTAL NACIONAL	1.215.396	1.410.200	194.804	16,0%

³ Ob. Cit. Díez-Picazo, L. "Sistema", p. 97.

Tabla 3. Comparativo Pruebas Positivas por zonas
PRUEBAS POSITIVAS

UNIDAD	2012-2013	2013-2014	DIF	%
BOGOTA	7.786	2.465	-5.321	-68,3%
MEDELLIN	2.988	928	-2.060	-68,9%
BUCARAMANGA	968	590	-378	-39,0%
BARRANQUILLA	1.341	567	-774	-57,7%
OTRAS CIUDADES	28.180	10.199	-17.981	-63,8%
TOTAL NACIONAL	41.263	14.749	-26.514	-64,3%

Tabla 4. Comparativo Vehículos y Motocicletas Inmovilizadas

VEHICULOS Y MOTOCICLETAS INMOVILIZADOS POR EMBRIAGUEZ

VEHICULOS INMOVILIZADOS	DE LAS 12:00 HORAS DEL 19 DE DICIEMBRE 2012 A LAS 12:00 HORAS DEL 1 DE AGOSTO 2013	DE LAS 12:00 HORAS DEL 19 DE DICIEMBRE 2013 A LAS 12:00 HORAS DEL 1 DE AGOSTO 2014	DIF	%
VEHICULOS	20.595	4.952	-15.643	-76,0%
MOTOCICLETAS	20.668	9.797	-10.871	-52,6%
TOTAL	41.263	14.749	-26.514	-64,3%

Tabla 5. Comparativo Accidentalidad Embriaguez

ACCIDENTALIDAD EMBRIAGUEZ

DE LAS 12:00 HORAS DEL 19 DE DICIEMBRE 2013 A LAS 24:00 HORAS DEL 31 DE JULIO 2014

COMPARADO PERIODO ANTERIOR

EVENTOS	2012-2013	2013-2014	DIF	%
ACCIDENTES	1.181	975	-206	-17,4%
MUERTOS	302	236	-66	-21,9%
LESIONADOS	1.529	1.256	-273	-17,9%

Tabla 6.Boletín Aplicación Ley 1696 de 2013 de Embriaguez

BOLETIN APLICACION LEY 1696/13 EMBRIAGUEZ
 DE LAS 12:00 HORAS DEL 19 DE DICIEMBRE DE 2013 A LAS 12:00 HORAS DEL 01 DE AGOSTO DE 2014

		NACIONAL		
		DIA 01 DE 00:00 A 12:00 HORAS	ACUMULADO	
PRUEBAS	REALIZADAS	2.118	1.410.200	
	POSITIVAS	20	14749	
GRADO DE EMBRIAGUEZ	GRADO 0 (20 A 39 ml)	3	2642	18%
	GRADO 1 (40 a 99 ml)	4	5522	37%
	GRADO 2 (100 a 149 ml)	6	3500	24%
	GRADO 3 (150 ml)	7	3085	21%
	TOTAL	20	14749	100%
COMPARENDO POR SEXO	FEMENINO	0	579	4%
	MASCULINO	20	14170	96%
	TOTAL	20	14749	100%
PRUEBAS POSITIVAS	PARTICULAR	19	14377	97%
	PUBLICO	1	372	3%
	TOTAL	20	14749	100%
COMPARENDO TIPO DE VEHICULO	MOTOCICLETA	16	9797	66%
	VEHICULOS	4	4952	34%
	TOTAL	20	14749	100%

Tabla 7. (Continuación) Boletín Aplicación Ley 1696 de 2013 de Embriaguez

M. BOGOTA		M. MEDELLIN		M. BUCARAMANGA		M. BARRANQUILLA	
DIA 01 DE 00:00 A 12:00 HORAS	ACUMULADO	DIA 01 DE 00:00 A 12:00 HORAS	ACUMULADO	DIA 01 DE 00:00 A 12:00 HORAS	ACUMULADO	DIA 01 DE 00:00 A 12:00 HORAS	ACUMULADO
212	105.411	334	35.868	10	41.257	10	33.645
2	2.465	14	928	0	590	0	567
0	468	3	274	0	87	0	124
1	968	3	362	0	239	0	219
1	543	4	180	0	135	0	125
0	486	4	112	0	129	0	99
2	2.465	14	928	0	590	0	567
0	66	0	84	0	32	0	13
2	2399	14	844	0	558	0	554
2	2.465	14	928	0	590	0	567
2	2320	14	917	0	576	0	541
0	145	0	11	0	14	0	26
2	2.465	14	928	0	590	0	567
0	1265	13	601	0	449	0	384
2	1200	1	327	0	141	0	183
2	2465	14	928	0	590	0	567

Estas estadísticas arrojan un informe claro para la población colombiana que *“Más de un millón 200 mil pruebas de alcoholemia, 12.650 de ellas positivas, 739 accidentes, 188 muertos y 950 heridos es lo que ha ocurrido durante los primeros seis meses de aplicación de la ley 1696 que endureció las penas para los conductores ebrios. Una sola y sencilla recomendación bastaría para dar respuesta al titular de este artículo: “no consuma alcohol si vas a manejar”.*

Aunque con la nueva normativa hubo una importante disminución de conductores ebrios detenidos en flagrancia - se pasó de 32.471 pruebas positivas en 2013 – 2014, hay quienes todavía insisten en tomarse unos tragos y manejar.

A parte de las fuertes sanciones económicas, se atienen a la inmovilización del vehículo (una de las mayores preocupaciones de los implicados) y la suspensión de la licencia de conducción.

A la fecha, según el Registro Único Nacional de Tránsito (Runt), están suspendidas 78.216 licencias y retenidas, 7.461 licencias. La tolerancia cero con el alcohol ha puesto a los conductores ebrios contra la pared, y la dureza de la ley permite poco derecho al “pataleo”, “que fue solo una cerveza”, “que el alcoholímetro estaba dañado”, son las “justificaciones” que algunos conductores argumentan para evitar la suspensión de su licencia, pero no hay tal. No valen. Al menos eso dice la Dirección de Tránsito de la Policía Nacional.”⁴

Vista esa favorabilidad o impulso popular hacia esta disposición legal, Ley 1696 de 2013, desde el punto de vista jurídico debemos tomar partido entre la defensa o limitación de unos derechos fundamentales, y la aceptación de la ley en mención ajustada a la carta Política, y es por ello que debemos ir precisando algunos conceptos sobre instituciones varias del derecho, comenzando por las concepciones que existen de los derechos fundamentales, su estructura, sus límites, sus restricciones, su manera de interpretarlos para terminar luego con una confrontación directa entre aquellos derechos fundamentales y la disposición legal en conflicto. Para llegar a definir la controversia, también es necesario hacer referencia en algún momento al derecho comparado, pues este tema ha sido tratado en otros países, como España, Perú y Costa Rica, y en nuestro país es necesario acudir a la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa, así como a la posición del Ministerio Público para definir este asunto. Esta enramada jurídica debemos aterrizarla con la poca existencia de estadísticas oficiales que este fenómeno ha generado en la sociedad colombiana, según los datos existentes hasta el momento.

Así mismo, si la disposición legal objeto de crítica la vamos a confrontar con los derechos fundamentales atrás mencionados, es claro que debemos precisar que se entiende por su límite, hasta donde llegan sus restricciones, que debemos entender por el contenido esencial de los mismos, pues solo así se podrá determinar una posición jurídica razonada y razonable.

Y cuando hablamos del término razonable, es obligatorio hacer referencia del principio de proporcionalidad toda vez que si *prima facie* para el Estado es válido que el conductor de vehículo automotor en caso de negarse a realizar la prueba de alcoholemia se le impongan unas sanciones en la medida en que se protegen derechos a la salud pública, al orden público, a la seguridad humana entre otros, - entrara en conflictos con los otros derechos precitados que tiene el ciudadano, - tales como la no autoincriminación, la presunción de inocencia, el debido proceso,

⁴El Tiempo. Edición del 21 de julio de 2014. Sección vehículos & vivienda. p. 1.

dignidad humana, etc.-, que sólo serán dirimidos bajo la óptica del principio de proporcionalidad.

Una vez trabada esa “*litis*” entre esos derechos, no podemos perder el norte de lo que significa que nos encontramos desde la Carta Política de 1991 en un Estado Social de Derecho, en donde otros conocedores del tema mencionan que esa entrada lo que nos determinó fue situar a Colombia como un Estado Democrático Constitucional, en donde lo único cierto es que cualesquiera que sean esas ubicaciones conceptuales, estamos al frente del reconocimiento claro (i) de la supremacía de la Constitución y (ii) de la prevalencia de los derechos fundamentales.

Por ello mismo, “esta creación implica una modificación en el sistema de fuentes del derecho y en el equilibrio de los poderes del Estado. El sistema de fuentes del derecho se modifica porque se atribuye fuerza vinculante y el carácter de fuente del derecho a la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y se transforma el equilibrio de los poderes porque, por una parte, se acepta que la Corte Constitucional no puede concebirse únicamente como un legislador negativo, tal como lo pensó KELSEN en los años 20 del siglo pasado ⁽²⁾⁵, sino como un órgano activo, que colabora con el Legislativo y el Ejecutivo en la labor de producción de normas⁽³⁾⁶. Por otra parte, se eleva la Corte Constitucional a la cúspide del poder jurisdiccional y se establece la sujeción de los jueces ordinarios, incluidas las altas cortes, a la jurisprudencia de dicha Corte.”⁷

Visto así este contexto lo que me interesa por ahora señalar es que para crear y definir los derechos fundamentales que existan en un Estado de Derecho como el nuestro, será en primer lugar el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional los encargados de definir cuáles son los derechos fundamentales contemplados en la Constitución, o, que se desprenden de sus disposiciones en forma integral, e inclusive, que se encuentran en el bloque de constitucionalidad, cual es el contenido esencial de los mismos, y por ello, sus límites y sus restricciones. De esto se va a encargar esta investigación para llegar por último a fijar la posición jurídica de esta graduanda sobre este asunto, que lo dejaré para el final de la misma. Debo mencionar por ahora, que este estudio en su primera parte que presentare ante la universidad, trata sobre los derechos fundamentales, su concepto, su estructura, sus límites, sus restricciones, que se entiende por su contenido esencial y la relevancia del principio de proporcionalidad.

Pasaremos en su segunda parte a enfrentar la disposición legal con los derechos fundamentales presuntamente infringidos, haciendo un barrido por el derecho

⁵ (2) Cfr. Hans Kelsen. La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional), en ÍD. Escritos sobre la democracia y el socialismo. Madrid. Debate. 1988. p.109 y ss.

⁶ (3) Cfr. Markus González Belfuss. Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

⁷ Carlos Bernal Pulido. El derecho de los Derechos. editorial Universidad Externado de Colombia. 2005.p. 149.

comparado y la jurisprudencia nacional, para llegar a fijar el criterio jurídico que sustento en este asunto. En esta labor, en forma anticipada presento unas excusas diría que ciertas, que consisten en que en algunos temas a tratar acudo a la transcripción de textos largos, pero es que solo así se presenta en forma correcta la oposición a mi criterio jurídico que plasmo, y por lo mismo, mis argumentos a exponer en este escrito.

Con estos acápites que contempla mí escrito, el punto central de la misma es saber exponer a la comunidad académica que derechos fundamentales se le pueden vulnerar al ciudadano cuando la prueba de alcoholemia se le solicita practicarla en las condiciones arriba anotadas, y el conductor se niega a realizarla, pues nos encontramos entre el derecho fundamental de la no autoincriminación en primer lugar, unido al principio de la presunción de inocencia, para no hablar de otros derechos, que entran en conflictos con el derecho al Estado de cero tolerancia frente a la embriaguez en materia de tránsito, el derecho a la seguridad humana, conflictos que necesariamente se tendrá que definir aplicando el principio de proporcionalidad o técnica de la ponderación.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO COMPARADO

1.1.1 Concepto y estructura. Por no ser esta oportunidad la adecuada para profundizar sobre el tema de los derechos fundamentales, considero que haré una presentación necesaria, suficiente y precisa sobre el concepto y estructura de los derechos fundamentales, pues la proposición confronta una disposición legal como es la prueba de alcoholemia en materia de tránsito y la vulneración o no de los derechos fundamentales de aquellas personas que son sometidas a esa prueba técnica.

Siendo así la situación planteada, comenzaremos a presentar (i) un acercamiento sobre el concepto de los derechos fundamentales y (ii) como se estructuran estos derechos fundamentales, así:

1.1.1.1 Un acercamiento sobre el concepto de los derechos fundamentales. Para comenzar este tópico, no podemos desconocer lo que el jurista alemán Carl Schmitt nos enseñaba cuando indica que “solo los derechos humanos liberales del individuo” son derechos fundamentales en sentido propio. Por tanto, únicamente el individuo puede ser considerado titular de los derechos fundamentales, así como el Estado es el único destinatario de ellos y el objeto sólo puede consistir en abstenerse de intervenir en la esfera de libertad del individuo”⁸, posición que hoy debemos de alguna manera rechazar.

Pues esa definición es propia del Estado liberal clásico antiguo del siglo XX, en donde el papel del Estado para ese entonces no era otro que el resultado de una actividad abstencionista de dejar hacer, o de defensa simple de los derechos de las personas.

Hoy en día, para situarnos en el tema de un Estado Social de Derecho en donde el Estado Liberal se enfrenta a nuevas condiciones económicas, sociales, culturales y políticas que inicialmente agravan la desigualdad material de esas sociedades, le corresponde por consiguiente generar una reacción estatal en apoyo de una intervención efectiva, más activa económicamente hablando, que debe luchar por superar esa exclusión social para que cada persona pueda contar con unas mínimas condiciones de existencia para vivir bien, de acuerdo a sus deseos, con los elementos materiales que lo sitúan en la sociedad, sin humillaciones frente a terceros o causados por éstos.

⁸ Ob. Cit. R. Alexy. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. P. 24.

El Estado para ofrecerles esas condiciones debe llevar a cabo necesariamente unas acciones fácticas positivas para que esas personas puedan lograr esa libertad real y así eliminar toda desigualdad para llegar a una justicia social que nos sitúa en la presencia de las condiciones de existencia del Estado Social de Derecho⁹ que en Colombia fue adoptado en nuestra Carta Política desde 1991.

En el derecho comparado cuando se mencionan a los derechos fundamentales, quizás su primera invocación es la de remitirnos a una clasificación sujeta a la evolución histórica de los mismos, en donde se llaman derechos de primera generación a los derechos civiles que garantizan ámbitos de autonomía de las personas, que se encuentran a la par con los derechos políticos que garantizan la gestión democrática de esas mismas personas.

Más adelante encontramos los derechos sociales, económicos y culturales que a veces se les llama derechos de segunda generación, y los últimos derechos fundamentales de esta clasificación serían los denominados derechos colectivos que bien pueden hacerse llamar derechos de tercera generación¹⁰.

De igual forma encontramos otra clasificación que proviene de la estructura de estos derechos y es ahí donde nos encontramos con los denominados derechos de defensa, derechos de participación y por último derechos de prestación, y así podríamos seguir haciendo referencia a otras clasificaciones que por ahora insistiremos no hacen parte de esta investigación.

Para simplificar un acercamiento a su concepto, podemos señalar que son derechos que otorgan pretensiones de carácter individual, concretas, jurídicamente exigibles en especial frente al Estado, “...cuya falta de reconocimiento ocasiona un daño inminente e injustificado a la persona...”¹¹ sin que nos adentremos a justificar las razones por las cuales se deben considerar como derechos subjetivos sustentándolo bien en las teorías de los intereses de Jhering¹² o la de la voluntad de Windscheid¹³, podríamos situarnos en la última teoría, que es aquella teoría que más que derechos subjetivos constituyen una

⁹PISARELLO, G. Los derechos sociales y sus garantías. editorial Trotta. 2007, p. 19 - ss. GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. El estado Social. Thomson Civitas. p. 27 – ss. BALDASSARRE, Antonio. Los derechos sociales. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. No. 20. Universidad Externado de Colombia. p. 49 – ss. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. ob. Cit., p. 348 - ss.

¹⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sistema de derechos fundamentales. Thomson Civitas. 2003. p. 29, 36 - 38. PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. editorial Trotta. 2007. p. 19 – ss. GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. El estado Social..., Thomson Civitas.

¹¹ ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. editorial Legis. 2005. p. 46.

¹² Para este autor los derechos subjetivos son “intereses jurídicamente protegidos.” (R. v. Jhering. Geist des römischen Rechts. Parte 3, p. 339). Esta referencia se encuentra en R. Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales.”, p. 179.

¹³ Según este autor el derecho subjetivo es “un poder de voluntad o una dominación de voluntad conferida por el orden jurídico.” (B. Windscheid. Lehrbuch des Pandektenrechts, p. 156). Esta referencia se encuentra en R. Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales.”, p. 179.

posición jurídica, y por consiguiente son objeto de una exigibilidad judicial, al ser ésta una propiedad de las posiciones jurídicas¹⁴.

Así mismo, siempre debemos recordar que sus principales relevancias con efectos jurídico políticos son dos, la primera, aquella que nos dicen que cumplen una función protectora de las personas frente a los abusos o desvíos de los poderes públicos, ya que los derechos fundamentales salvaguardan o están dirigidos a proteger a las personas en sí mismas consideradas; y una segunda función, como es la de legitimación del mismo Estado, pues si éste no protege a sus habitantes es obvio que la democracia constitucional no existe y por consiguiente no hay concordia civil, y una situación de esta naturaleza lo que genera es la deslegitimación de ese Estado, dando lugar a lo que en el derecho internacional se denomina como la “intervención humanitaria” frente al país infractor, con el propósito de que se supere esa situación.

Por ahora digamos que esas consideraciones políticas nos llevan a señalar que a nivel internacional en vez de referirnos a derechos fundamentales se les denomina derechos humanos, y en el plano interno de un Estado esos derechos humanos se les llama derechos fundamentales. A nivel interno, lo que debemos indicar es que los derechos fundamentales son derechos constitucionales, cuyo origen nunca podrán ser infraconstitucionales¹⁵.

Ahora bien, por derechos fundamentales bien podemos remitirnos a lo expresado por el profesor alemán Robert Alexy cuando nos enseña que éstos “(...) *son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria*”¹⁶, en la medida en que le fijan límites al legislador, a pesar que ello puede generar un conflicto de grandes repercusiones entre el principio democrático –soportado en lo establecido por el Legislador en la Constitución- y los derechos fundamentales establecidos o interpretados por una Corte (tribunal o corporación) Constitucional que da origen a lo que se denomina como la paradoja de la democracia, en la medida que encontramos la eliminación democrática por parte de la misma democracia, toda vez que lo decidido por el legislador puede entrar en colisión con lo expresado por ese tribunal constitucional cuando de proteger a los derechos fundamentales se trata. En otras palabras, un órgano legitimado indirectamente por la democracia como es el Tribunal Constitucional (en Colombia Corte Constitucional) mantiene su posición de primacía en relación con lo decidido por un cuerpo elegido democráticamente como es el Legislador. Paradoja que debemos aceptar y

¹⁴ Al respecto ver Martin Borowski en “La estructura de los derechos fundamentales” del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Temas de Derecho Públicos No. 25, Universidad Externado de Colombia, 2003, p.43 a 47.

¹⁵Según Magdalena Correa Henao, “La limitación de los derechos fundamentales”, Temas de Derecho Públicos No. 71, Universidad Externado de Colombia, 2003, p.23 a 25, “Que sean derechos constitucionales no significa necesariamente que sólo sean fundamentales los derechos enunciados por la Constitución como tales, ni que todos los derechos que se incluyen en ella resulten ser fundamentales, ni que todos los derechos acuñados bajo rúbricas diferentes dejen de ser, por ese solo hecho, derechos fundamentales.”

¹⁶ Ob. Cit. R. Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales.”, p. 432.

entender, pues no es absurdo aceptar en este estudio que ese tribunal o corporación constitucional es un creador de derecho, donde su calidad de operador jurídico que otrora hacía cumplir las norma, ha sido superado por esta nueva realidad en el mundo jurídico contemporáneo.

Así mismo, podemos indicar que derecho fundamental lo podemos entender bajo una concepción formal¹⁷ en la medida que son aquellos que están contemplados o establecidos exclusivamente en la Constitución, o bien desde la concepción material¹⁸ que parte del reconocimiento de los derechos humanos que pasan a ser entronizados en la Constitución de cada país, o en últimas, en la concepción procedimental¹⁹ que se basa en la competencia que tiene el poder constituyente para indicar esos derechos como tales. De otra parte, derechos fundamentales son aquellos que *“... han sido llevados al derecho positivo con el propósito o la intención de darles una dimensión positiva a los derechos humanos. Por consiguiente, los derechos fundamentales deben representar derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo.”*²⁰, o también, podríamos decir que en el derecho alemán los derechos fundamentales son aquellos que *“... están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado.”*²¹

En el derecho español para el jurista Luís María Díez-Picazo *“Los derechos fundamentales encarnan, (...), los valores básicos de la democracia constitucional.”*²², o bien son aquellos que se reconocen a todas las personas por el solo hecho de ser personas, siendo secundario su regulación y su protección, en donde se puede llegar por dos vías para determinarlos, una, por la concepción formal²³ en donde lo relevante es el rango de la norma que reconoce el derecho fundamental que siempre estará al nivel de la Constitución o al menos en normas de rango supralegal y que por ello vincula inclusive al Legislador.

La segunda vía, es la concepción material²⁴ que se fundamenta en señalar que los derechos fundamentales son aquellos que son reconocidos a las personas por su

¹⁷ R. Alexy en su artículo “Los derechos fundamentales” que aparece en el libro Temas de Derecho Públicos No. 28, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 21 “... los derechos fundamentales son todos los derechos catalogados expresamente como tales por la propia Constitución.”, a su turno para M. Borowski en su libro “La estructura de los derechos fundamentales”, Temas de Derecho Públicos No. 25, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 34 estos derechos se dan cuando se presenta “... la pertenencia de un derecho a un determinado catálogo de derechos incluido en la Constitución.”

¹⁸ M. Borowski, en “La estructura de los derechos fundamentales” p. 36 “... los derechos fundamentales son aquellos que se han admitido en la Constitución con la intención de otorgarle carácter positivo a los derechos humanos.”

¹⁹ M. Borowski en su libro “La estructura de los derechos fundamentales” p. 30. La tipificación positiva de los derechos fundamentales es un asunto del poder constituyente.

²⁰ Ob. Cit. Alexy, R. “Los derechos fundamentales”, p. XX.

²¹ BVerfGE 7, 198 (204) mencionada por M. Borowski en “La estructura de los derechos fundamentales.”, p. 112; y por R. Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales.”, p. 432.

²² Ob. Cit. Díez-Picazo, Luis M. “Sistema de derechos fundamentales.”, p. 51,

²³ Ibídem, p. 33.

²⁴ Ibídem, p. 33.

misma condición, y por consiguiente son como derechos universales que dan como resultado en que frente a regímenes jurídicos diferentes, sus realidades no necesariamente son diferentes.

En fin, para hablar de derechos fundamentales no solamente encontramos a los derechos de defensa que son aquellos que están destinados a proteger a las personas de las intervenciones del Poder Público, o mejor, que están destinados a garantizar el status negativo de las mismas, siendo éstos muy propios de un Estado liberal clásico, sino que también encontramos ahora en un Estado Social de Derecho o un Estado Democrático Constitucional los denominados derechos fundamentales de participación que están destinados a realizar actos con relevancia pública²⁵, y los derechos de prestación (en sentido amplio) que están destinados a exigir un beneficio o prestación²⁶, donde éstos últimos a su vez se pueden clasificar en derechos fundamentales de protección²⁷, derechos fundamentales de organización y procedimiento²⁸, y los derechos fundamentales de prestación en sentido estricto o mejor llamados derechos sociales fundamentales²⁹. Nadie mejor que la doctrinante española Beatriz González Moreno³⁰ cuando nos dice que *“Los derechos fundamentales tienen un significado y un contenido singular en cada ordenamiento, distintos mecanismos de protección y garantía y un diverso grado de influencia sobre la actividad legislativa concreta. Estas variables, sin embargo, no merman su universal validez para crear y mantener las condiciones básicas para asegurar la dignidad humana y la vida en libertad. Pero eso no es posible si al mismo tiempo que asegura la libertad individual, no actúan también sobre la comunidad. El problema es en qué sentido”*.

1.1.1.2 Estructura de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales como derechos subjetivos que son, para determinar la estructura de estos necesariamente debemos buscar las tres partes que lo configuran como son el titular del derecho, el obligado y el objeto de estos derechos.

²⁵Ob. Cit. Díez-Picazo, Luis M. “Sistema de derechos fundamentales.”, p. 37.

²⁶ Ob. Cit. DIEZ-PICASO. Luis M., “Sistema...”, p. 38.

²⁷ Para R. Alexy en su libro “Teoría de los derechos fundamentales.”, p. 435, se definen como “...los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros.”, que en relación con la vida señala este autor sería la protección frente al homicidio, en relación con la salud verbigracia sería la protección contra el uso pacífico de la energía atómica.

²⁸ Para Borowski, M., en “La estructura de los derechos fundamentales”.,p. 146 “Lo característicos de los derechos fundamentales a organización y procedimiento es la idea del procedimiento. Los procedimientos son sistemas de reglas y/o principios para la producción de un resultado. El resultado se cataloga como positivo si es el producto de la observancia de todas las reglas y/o principios; en caso contrario, se cataloga como negativo.”

²⁹ M. Borowski, “La estructura de los derechos fundamentales”.,p. 145 nos indica que “Los derechos fundamentales sociales apuntan a proteger la libertad fáctica. La libertad jurídica puede perder todo su valor para el particular, si éste no dispone de los presupuestos fácticos para poder ejercerla.”

³⁰ Beatriz González Moreno. “El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales”, p. 19. Civitas ediciones. 2002.

- **El titular de un derecho fundamental**

Parece fácil obtener este primer elemento que estructura el derecho fundamental, y ello lo despejamos cuando desde un comienzo afirmamos que estos son derechos subjetivos, cuyos titulares son las personas en forma individual, algunos autores designan a los individuos, y otros enmarcan como sus titulares a los ciudadanos.

¿Qué pasa con los extranjeros y con las personas jurídicas, pueden ser titulares de un derecho fundamental? En relación con la titularidad de los derechos para los extranjeros, no necesitamos rebuscar mucho sobre la fuente normativa que permite la protección a esta clase de personas en relación con los derechos fundamentales, ya que fuera de remitirnos al artículo 100 de nuestra Carta Política que consagra iguales derechos tanto a los nacionales como a los extranjeros, tenemos a la Corte Constitucional que nos despeja esa situación cuando presenta una serie de sentencias de tutelas³¹ donde señala bien tal protección por disposiciones consagradas en la misma Carta Política, o basándose en tratados internacionales sobre derechos humanos que sobre la materia ha ratificado el Estado colombiano.

Para este caso podemos mencionar algunas sentencias en tal sentido como aquella que nos indica *“que (i) cualquier persona, sea colombiana o extranjera, puede instaurar una acción de tutela, por cuanto “Los sujetos de la protección no lo son por virtud del vínculo político que exista con el Estado colombiano sino por ser personas”³²; (ii) (...); (iii) en ningún caso el legislador está habilitado para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así aquellos se encuentren en condiciones de permanencia irregular en el país³³; (iv) (...); (v) (...); (vi) (...); (vii) la ley no puede restringir, en razón de la nacionalidad los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, dado que ellos son inherentes a la persona y tienen un carácter universal³⁴; (viii) (...); (ix) (...); (x) el derecho fundamental de asociación sindical se reconoce como derecho humano, universal, a todas las personas que tengan la condición de trabajadores para que puedan agruparse en organizaciones que representen los intereses que son comunes a todas ellas en el ámbito laboral, nada interesa, por consiguiente, el*

³¹ Entre otras, ver T-172 de 1993, T-380 de 1998, C-1259 de 2001, C-339 de 2002, C-395 de 2002, T-680 de 2002, C-523 de 2003, C-913 de 2003, C-1058 de 2003, C-70 de 2004, C-238 de 2006, C-179 de 1994, T-321 DE 1996, C-151 de 1997, C-768 de 1998, y C-834 de 2007.

³² Sentencia T-172 de 1993.

³³ Sentencia T-215 de 1996.

³⁴ Sentencia C-151 de 1997.

origen nacional de las personas para que puedan gozar del referido derecho, lo relevante es que se trate de trabajadores³⁵; (xi) en materia de derechos de los extranjeros en Colombia, no hay un derecho de origen constitucional a recibir un trato preferencial en el campo tributario, a no pagar un impuesto o a deducir de su cuantía determinado monto o porcentaje³⁶; (xii) (...); (xiii) (...); (xiv) (...); (xv) la reserva de titularidad de los derechos políticos para los nacionales tiene su fundamento en el hecho de que por razones de soberanía es necesario limitar su ejercicio, situación que está en concordancia con el artículo 9º de la Carta, que prescribe que las relaciones exteriores del Estado colombiano deben cimentarse en la soberanía nacional³⁷; (xvi) cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar si el objeto regulado permite realizar tales distinciones, la clase de derecho que se encuentre comprometido, el carácter objetivo y razonable de la medida, la no afectación de derechos fundamentales, la no violación de normas internacionales y las particularidades del caso concreto³⁸; y (xvii) el legislador no está impedido para instituir un determinado trato diferencial entre nacionales y extranjeros, si existen razones constitucionales legítimas que así lo justifiquen³⁹.⁴⁰

Y en cuanto a tratados internacionales suscritos por Colombia donde se protegen los derechos fundamentales por igual a nacionales como a extranjeros la misma Corporación hace referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y cuando de derechos económicos, sociales y culturales tenemos se cuenta con el Protocolo de San Salvador, el cual fue declarado exequible por la Corte en Sentencia C-251 de 1997, cuando en esa ocasión hizo referencia al derecho a la seguridad social.

También podemos remitirnos a la Convención de Derechos del Niño, a la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, aprobada mediante Ley 146 de 1994 y declarada exequible por la Corte en Sentencia C-106 de 1995, así como el “Acuerdo sobre seguridad social con Uruguay”, aprobado por Ley 826 de 2003 y declarado exequible mediante la Sentencia C-279 de 2004.

Reiteramos igualmente las consideraciones señaladas por la Corte Constitucional cuando nos indica que *“en jurisprudencia constante, la Corte ha sostenido que toda persona, incluyendo por tanto a los extranjeros que se encuentren en Colombia, tienen derecho a un mínimo vital, en tanto que manifestación de su dignidad humana, es decir, un derecho a recibir una atención mínima por parte del*

³⁵ Sentencia C-385 de 2000.

³⁶ Sentencia C-1259 de 2001.

³⁷ Sentencia C-523 de 2003.

³⁸ Sentencia C-913 de 2003.

³⁹ Sentencia C-70 de 2004.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-834 de 2007.

Estado en casos de extrema necesidad y urgencia, en aras a atender sus necesidades más elementales y primarias. De tal suerte que, al legislador le está vedado restringir el acceso de los extranjeros a esas prestaciones mínimas, en especial, en materia de salud, garantizadas en diversas cláusulas constitucionales y tratados internacionales sobre derechos humanos que vinculan al Estado colombiano.

Lo anterior no obsta, por supuesto, para que el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, y en cumplimiento de los instrumentos internacionales que incorporan un mandato de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, vaya ampliando la cobertura del sistema de protección social hacia los extranjeros. De igual manera, el ámbito de protección para este grupo poblacional se puede extender por vía de tratados internacionales bilaterales o multilaterales.”⁴¹

¿Y las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales? De entrada podemos afirmar por su misma lógica que las personas jurídicas por sus diferencias con las personas físicas no pueden ser objeto de la protección de todos los derechos fundamentales, pongamos como un ejemplo fácil de ello, el derecho político de elegir a un alcalde, y ello “Dadas las diferencias existentes entre las personas físicas y las personas jurídicas, resulta evidente que estas últimas no pueden ser sujeto de todos los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, lo cual no significa, en manera alguna, que pueda predicarse y ser aceptado que, conforme a la Carta, carecen por completo de derechos fundamentales.”⁴², toda vez que para esa corporación “Hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado social de derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados.

Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto.

“(…)“Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-834 de 2007.

⁴² Corte Constitucional, sentencia SU-1193 de 2000.

otros.”⁴³, aclarando también que hasta “*las personas jurídicas de derecho público pueden ser titulares de aquellos derechos fundamentales cuya naturaleza así lo admita y, por lo tanto, están constitucionalmente habilitadas para ejercitarlos y defenderlos a través de los recursos que, para tales efectos, ofrece el ordenamiento jurídico*”.⁴⁴

- **El obligado en un derecho fundamental**

Por estar al frente de una posición jurídica que tiene una persona, es obvio que ese derecho debe ser frente a alguien. En forma genérica se podría señalar que estamos frente a los derechos fundamentales de la persona –nacional o extranjera- contra todos, contra la sociedad, pero resulta que el Estado actúa en calidad de representante jurídico de la sociedad, lo que nos lleva a indicar que el obligado primario para lograr la realización de los derechos fundamentales es el *Estado*.

A su vez, las ramas del poder público, el legislador, el ejecutivo y la administración de justicia entran en dicha categoría como vinculados directamente a los derechos fundamentales por constituir las cabezas visibles de ese Estado. Sin lugar a duda, el mayor transgresor de los derechos fundamentales es la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Frente al Legislador se encuentra una de las mayores observaciones para que se pueda aceptar que una persona pueda exigir judicialmente acciones fácticas positivas a él, pero por ahora tan solo nos basta señalar que frente a un legislativo inoperante, con una gran ineptitud en su labor, ello no puede ser la excusa para no exigirle que lleve a cabo una labor de protección de los derechos sociales fundamentales.

En cuanto a la Rama Judicial, nadie puede discutir su vinculación directa a los derechos fundamentales como un derecho válido. Acordémonos que los despachos judiciales deciden conflictos entre las personas habitantes de ese territorio y el Estado, o entre los mismos individuos entre sí.

Ello significa entonces que los juzgados para dirimir esos conflictos no solo aplican normas plenamente establecidas en el ordenamiento jurídico, sino que también deben aplicar normas adscritas de derechos fundamentales, y que cuando en una decisión errónea o totalmente incompatible con las normas o disposiciones de los derechos fundamentales puede vulnerar éstos, es ahí, cuando esa decisión judicial puede ser atacada por vulnerar estos derechos para ser declarada nula por tal vulneración.

⁴³ Sentencia SU-182 de 1998.

⁴⁴ Sentencia C-360 de 1996.

¿Y los particulares? Si claro también, no hay duda alguna. Nada más imaginemos cuando los particulares prestan un servicio público, o cuando con su actuar se encuentra en una relación asimétrica que hace figurar a otro particular en una posición de subordinación o indefensión frente al primero, o cuando con su conducta afecta gravemente el interés público. Ahí en esos momentos se hace necesario acudir ante el Estado para solicitar que se restablezca ese derecho fundamental conculcado. Esa situación la encontramos con frecuencia cuando un particular ha vulnerado un derecho fundamental verbigracia el derecho fundamental de petición, que con frecuencia lo encontramos en todos los sectores de la economía⁴⁵.

Acordémonos que nuestra Corte Constitucional reconoció que la procedencia de la acción de tutela entre particulares es excepcional y lo permite *“cuando se trate de particulares encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”*, y en forma más concreta ello procede cuando prestan un servicio público ya que *“Cuando los entes particulares asumen el encargo, lo hacen dentro del marco jurídico trazado por la Constitución y por la ley y, aunque conservan su naturaleza privada, son responsables como lo serían las entidades del Estado, en lo que conciernen a la prestación del servicio. De allí su equiparación, en términos de derechos fundamentales, a la autoridad pública.”*⁴⁶

A nivel doctrinal este tema se conoce como la eficacia de los derechos fundamentales de las relaciones horizontales de los ciudadanos entre sí, en donde no se presenta la relación sujeto – Estado (o poder público), sino la relación de eficacia entre dos titulares de derechos fundamentales que operan en el ordenamiento jurídico privado, en donde el termino alemán que goza de mayor consenso para definir esas relaciones es el de *Drittwirkung*, donde operan dos tesis que le dan validez, una la teoría de la eficacia inmediata o directa, y la otra la teoría de la eficacia mediata o indirecta⁴⁷, en donde si bien es cierto no podemos profundizar sobre estas teorías que le dan sustento a esa figura jurídica por no ser este el espacio para ello, si podemos afirmar que en Colombia *“A diferencia de lo que ocurre en otras constituciones, la Carta colombiana deja zanjado de una vez y para siempre el tema de procedencia de las garantías constitucionales frente a vulneraciones de los derechos fundamentales por particulares,”*⁴⁸, y lo hace a través de la acción de tutela en la medida que un particular vulnera el derecho fundamental de otro particular, haciendo ello que en definitiva la garantía constitucional para proteger posiciones iusfundamentales tenga dos destinatarios,

⁴⁵ Ver entre otras las sentencias T-507 de 1993, T-172 de 1993, T-443 de 1992, T-134 de 1994, T-105, SU-166 del 12 de marzo de 1999 y SU-62 de 1999.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-533 de 1996. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁷ Sobre este tema ver Alexei Julio Estrada en *“La eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares.”*, editorial Universidad Externado de Colombia, 2000.

⁴⁸ Ob. Cit. Alexei Julio. P. 229.

*“la autoridad pública de forma general y el particular de forma excepcional.”*⁴⁹, en donde la acción de tutela contra los particulares procede cuando éste presta un servicio público, o la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo, también cuando se encuentra en un estado de subordinación y de indefensión, o se está al frente del *habeas data*.

Resulta interesante para este trabajo señalar que en criterio de la Corte Constitucional cuando el particular presta el servicio público, procede la acción de tutela por considerar que en este evento ese particular adquiere el carácter de autoridad⁵⁰, en donde si bien es cierto a esos fallos se les podrá hacer varias críticas razonables, lo único cierto para el profesor Alexei Julio es que de esa posición se desprenden dos reglas, como son: *“- El particular que presta un servicio público se equipara a la autoridad pública y por ende es destinatario de la acción de tutela en los mismos supuestos que lo es la autoridad pública, es decir, ante la violación de cualquier derecho fundamental. – No importa de qué servicio público se trate, cabe la acción de tutela en contra del particular encargado de su prestación.”*⁵¹

Con esto último, lo único cierto es que para este trabajo, sea que estemos frente a un particular o una persona jurídica de derecho público, o una empresa de servicios públicos mixta o privada siempre se deberá considerar que estamos al frente de una autoridad y por consiguiente se le podrá interponer una acción de tutela por vulnerar derechos fundamentales de un particular.

- **El objeto de un derecho fundamental**

El Estado para proteger y garantizar los derechos esta compelido a un actuar positivo, bien normativo o bien fáctico en términos generales. Otros autores agregan una conducta negativa o una abstención en su comportamiento. Y lo anterior es cierto en la medida en que siguiendo a Robert Alexy, este jurista nos señala que los derechos a prestaciones en sentido amplio se dividen en 3 grupos, los primeros son los derechos a protección, los segundo son los derechos a organización y procedimiento, y el último son los denominados derechos a prestaciones en sentido estricto⁵² que también se pueden denominar como derechos sociales, en donde lo que nos interesa, es propiamente la denominada acción jurídica positiva que se presenta cuando el Estado lleva a cabo una conducta única consistente en la creación de una norma destinada a proteger a las personas de los actos de terceros a través de las medidas establecidas en el ordenamiento jurídico en donde tenemos una relación de sujetos jurídicos iguales⁵³.

⁴⁹ Sentencia T-507 de 1993.

⁵⁰ Ver al respecto sentencia T-507 de 1993, T-529 de 1997 y T-107 de 1996.

⁵¹ Ob. Cit. Alexei Julio Estrada. P. 235 y 236.

⁵² Ob. Cit. R. Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales.”, p. 430.

⁵³ *Ibidem*. p. 435 - 436.

Si bien es cierto la anterior posición ha sido la “tradicional” en la doctrina, no podemos dejar de lado que en los últimos años nuestra Corte Constitucional ha venido fijando unos nuevos criterios para entender el objeto de los derechos fundamentales pero desde el punto de vista de las facetas que exhibe estos derechos, y para ello menciona “(...) *que todo derecho fundamental exhibe dos facetas.*”

*La primera, entendida como una faceta de abstención, la cual hace mención a la protección del contenido del derecho mismo, impidiendo que terceros los transgredan o vulneren con conductas que vayan en contravía de estos. La segunda, concebida como una faceta de acción, que determina los mecanismos idóneos para garantizar su goce efectivo, así como también estipula sobre quien recae la responsabilidad una vez estos sean quebrantados*⁵⁴.

*En efecto, la jurisprudencia constitucional,*⁵⁵ *de manera reiterada, ha sostenido la dimensión prestacional no solo de algunos derechos constitucionales específicos, como, por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales, sino también de derechos relacionados con la libertad, derechos civiles y políticos fundamentales.*

En Sentencia T-427 de 1992, la Corte consideró lo siguiente: “Los derechos prestacionales de rango constitucional tienen una estrecha relación con los derechos sociales, económicos y culturales del capítulo 2, título II de la Constitución, pero no se identifican con ellos. También los derechos de libertad — derechos civiles y políticos fundamentales— pueden contener un elemento prestacional. En términos generales, el carácter prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos y, en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o dar derivada del mismo texto constitucional.

(...). La mayoría de la doctrina iuspublicista ha identificado los derechos económicos, sociales y culturales por su peculiaridad de obligar al Estado a conferir prestaciones en favor de grupos y personas. Esta concepción haría coincidir integralmente estos derechos con los denominados derechos prestacionales. Sin embargo, su fin común de propugnar por la realización del valor de igualdad, no impide distinguir estas dos categorías de derechos. Los primeros dependen de las condiciones y disponibilidades materiales del país y normalmente requieren de desarrollo legal para ser exigibles; los segundos, en cambio, buscan garantizar ciertas condiciones mínimas para la población, sin las cuales acabaría siendo desconocido el principio de dignidad humana y solidaridad social, justificándose así su exigibilidad directa frente al Estado, si se verifican las

⁵⁴ Sentencia T- 792 de 2005.

⁵⁵ Sobre la dimensión prestacional de los derechos fundamentales ver entre otras las sentencias T-427 de 1992 M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, T-595 de 2002, T-680 de 2003, T-087 de 2005 M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

expresas condiciones establecidas en la Constitución” (resaltado fuera del texto).⁵⁶

Con lo antes expuesto, se observa que el objeto de los derechos, no solamente son en definitiva las acciones positivas que en un comienzo manifesté, sino que es necesario acudir también a las facetas prestacionales que contemplan esos derechos, de acuerdo a los contenidos normativos atrás mencionados. Dejamos así expuesto la estructura de los derechos fundamentales.

1.1.2 El principio de proporcionalidad como técnica para interpretar y aplicar derechos fundamentales

1.1.2.1 Consideraciones generales del principio de proporcionalidad.

Adentrándome en la investigación que propongo a la Universidad, sin querer decir que se agota el tema, lo que podemos ir exponiendo básicamente es que este tema nos presenta una disputa entre la prevalencia de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política verbigracia los derechos fundamentales de la dignidad humana, no autoincriminación, presunción de inocencia, debido proceso, y una disposición legal⁵⁷ que en criterio del Legislador va destinada a proteger los derechos de la sociedad para evitar que como consecuencia de un conductor ebrio se atente contra la seguridad ciudadana, la salubridad pública, el orden público y otros que consideramos vulnera aquellos, que solamente puede ser dirimido mediante la técnica de la ponderación, por cuanto somos conscientes que existe “Una notable paradoja de los derechos fundamentales es que, tratándose primariamente de barreras frente al legislador, su plena eficacia a menudo está necesitada de colaboración legislativa. Más en general, puede decirse que la mera presencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico trae inevitablemente consigo que muchas leyes incidan sobre ellos, regulando su ejercicio o restringiendo su contenido en determinados supuestos.

Así, los derechos fundamentales son, a la vez, límites frente a la ley y objeto de regulación de la misma. El cuadro se complica aún más si se tiene en cuenta que, para el constitucionalismo, la ley no es solo una amenaza potencial, para los derechos fundamentales sino también, de manera un tanto misteriosa, una garantía de los mismos, tal y como demuestra el instituto de las reservas de la ley.

⁵⁶Corte Constitucional, Sentencia T-133 de 2006. M. P.: Humberto Sierra Porto.

⁵⁷ Ley 1696 de 2013, que modifica el artículo 152 de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 1° de la Ley 1548 de 2012, que en su párrafo 3° indica lo siguiente: “ Al conductor del vehículo automotor que pese a ser requerido por las autoridades de tránsito, con plenitud de garantías, no permita la realización de las pruebas físicas o clínicas a que se refiere la presente ley o se dé a la fuga, se le cancelará la licencia, se le impondrá multa correspondiente a mil cuatrocientos cuarenta (1.440) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv) y procederá la inmovilización del vehículo por veinte (20) días hábiles.”

En resumen, junto a una «vinculación negativa» de la ley a los derechos fundamentales, en virtud de la cual éstos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico, existe también una llamada «vinculación positiva» que impone al legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales.

Todo este complejo entramado de relaciones es a veces gráficamente resumido con la fórmula “legislador de los derechos fundamentales”⁵⁸ Sabiendo ya que los derechos fundamentales son un derecho de defensa frente a las arbitrariedades del Estado, y en este caso en particular sería frente a las decisiones del Legislador, no es del caso entrar a opinar sobre las clases de normas jurídicas que debemos tener en cuenta en esta argumentación, pues “Según una decisión ya clásica, cuya elaboración más acabada se debe a Robert ALEXY, las normas jurídicas pueden por su estructura, presentarse como reglas o como principios. Las reglas responden a la idea tradicional de norma jurídica, como enunciado que consta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Por ejemplo, la norma “quien roba a otro debe ser condenado a prisión” tiene una estructura de regla.

Los principios en cambio, serían mandatos de optimización de un determinado valor o bien jurídico; es decir, son normas que ordenan que el valor o bien jurídico por ellas contemplados sea realizado en la mayor medida posible. Por ejemplo, la norma “las obligaciones contractuales deben cumplirse con arreglo a la buena fe” tiene una estructura de principio. Obsérvese que aquí ya no hay un supuesto de hecho en sentido técnico, pues no hay una definición mínimamente precisa de un tipo de situación en que pueden hallarse personas o cosas; y tampoco hay una consecuencia jurídica propiamente dicha, pues la norma no establece con claridad que debe hacerse. La técnica de aplicación de los principios es distinta de la técnica de aplicación de las reglas. Estas últimas se aplican según la conocida “técnica de la subsunción”, consistente en definir si un determinado caso real encaja o no dentro del supuesto de hecho.

En contra de lo que a veces se cree la subsunción dista de ser una operación automática, pues puede plantear problemas interpretativos de todo tipo. Así, por volver al ejemplo arriba mencionado, puede ocurrir que no sea claro a quién pertenece la cosa que se dice robada y, por tanto, si ha habido o no un auténtico robo. Ahora bien, una vez dilucidada la cuestión, la respuesta será inequívoca: si ha habido robo, deberá haber condena a prisión; y, si no la ha habido, deberá absolverse al acusado.

Dicho en términos más generales, tratándose de reglas, debe aplicarse la consecuencia jurídica si se da el supuesto de hecho y, por consiguiente, la operación aplicativa se plantea en términos de sí o no. Por el contrario, la

⁵⁸Ob. Cit. DIEZ-PICASO. Luis M., “Sistema...”, P. 95.

aplicación de los principios se realizara mediante la “técnica de ponderación”, que no se plantea en términos de sí o no, sino de más o menos. Se trata de optimizar el valor jurídico y, por ello, de darle la máxima efectividad posible habida cuenta de las circunstancias del caso.

Ello suscita dificultades, que se examinaran más adelante. Por el momento, basta señalar que, si hay un rango peculiar del razonamiento jurídico en materia de derechos fundamentales, es precisamente éste: dada la abundancia de normas con estructura de principios, la técnica de aplicación predominante no es la subsunción, como ocurre en casi todos los sectores del ordenamiento, sino la ponderación.”⁵⁹

Teniendo en claro entonces que vamos a entrar en una colisión entre principios y reglas que serán despejados en esta tesis con nuestra posición, es obvio que *“De acuerdo con lo anterior, las normas jurídicas que entran en colisión con otras normas del sistema, tienen una validez prima facie. Sin embargo, entre la doctrina no existe un consenso acerca del alcance de esta conclusión.*

De acuerdo con R. Dworkin, por ejemplo, la validez prima facie es una propiedad exclusiva de las normas jurídicas con carácter de principio, en su calidad de razones «a favor de argumentaciones encaminadas en cierto sentido», pero que no implican «necesariamente una decisión concreta». Por el contrario, las reglas, aplicables de la forma todo o nada, tienen siempre una validez definitiva.

Otros autores aceptan en cambio que tanto las reglas como los principios pueden tener una validez prima facie, validez que además reviste un mismo carácter en uno y otro caso. Según los autores que defienden esta segunda tesis toda norma jurídica – principio o regla – que entre en colisión con otra norma del sistema, ostenta una validez prima facie hasta que la colisión no sea resuelta.”⁶⁰, en donde sabemos de acuerdo al derecho comparado y a lo expuesto por nuestra Corte Constitucional, que la mejor forma para dilucidar esa colisión, es con el principio de proporcionalidad.

Este principio a su vez está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, lo que nos lleva a tener en claro que la aplicación de éstos subprincipios se debe llevar de una manera sucesiva y escalonada, pues si la norma no es idónea, debe ser declarada inconstitucional, si pasa este examen, la sometemos al análisis de necesidad, y si sale adelante, se somete al escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. Entremos ahora a hablar de cada subprincipio.

⁵⁹Ob. Cit.DIEZ-PICASO, Luis M., “Sistema...”, p. 40.

⁶⁰BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2005. p. 641-642.

1.1.2.2 Subprincipio de idoneidad. Para no elucubrar en forma innecesaria traigo conceptos precisos acerca de estos subprincipios dados por el doctrinante colombiano Carlos Bernal Pulido, que nos indica que “El subprincipio de idoneidad es conocido también con el nombre de subprincipio de adecuación. (...) Sobre el concepto del subprincipio de idoneidad.

De acuerdo con este subprincipio, toda intervención de los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

Según esta definición, el subprincipio de idoneidad impone dos exigencias a toda medida de intervención de los derechos fundamentales: en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo y, en segundo término, que sea idónea para favorecer su obtención.”⁶¹

1.1.2.3 Subprincipio de necesidad. En cuanto al subprincipio de necesidad “toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

(...) En todo caso, el subprincipio de necesidad implica la comparación entre la medida adoptada por el Legislador y otros medios alternativos. En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y, en segundo lugar, si afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor.

Si existe algún medio alternativo que llene estas dos exigencias, la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional. Expresado en otros términos, la norma y la posición iusfundamental prima facie, que constituye el objeto de la intervención legislativa, cobra una validez definitiva, si la norma que interviene en ellas no contiene la medida que menos afecte al derecho fundamental al que se adscriben, entre todas aquellas que ostentan por lo menos la misma idoneidad para fomentar el objetivo propuesto.”⁶²

No sobra recordar que el subprincipio de necesidad en el derecho comparado, básicamente en el derecho alemán y español se denomina también como el subprincipio de indispensabilidad, subprincipio del medio más benigno y por último como el subprincipio de la intervención más restringida posible.

⁶¹ Ob. Cit. Bernal Pulido, C. “El principio...”, p. 686.

⁶² Ob. Cit. Bernal Pulido, C. “El principio...”, p. 736-738.

1.1.2.4 Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente tenemos que “Conforme al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

Esta definición significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin.

Si el derecho fundamental adquiere prioridad en esta relación de precedencia, la norma iusfundamental adscrita prima facie a su ámbito normativo adquirirá a su vez una validez definitiva y la norma legal deberá ser declarada inconstitucional. Si por el contrario, la prioridad se atribuye al fin del legislador, la norma iusfundamental adscrita prima facie perderá todo tipo de validez y la norma legal deberá ser declarada conforme a la Constitución.

(...). Las normas legales que deben ser sometidas al examen de proporcionalidad en sentido estricto son aquellas que tengan el carácter de intervenciones legislativas en las normas o posiciones iusfundamentales adscritas prima facie, y que además hayan superado los exámenes de idoneidad y necesidad. Sin embargo, como enseguida observaremos, la norma legal no es el objeto normativo de la ponderación.

Los objetos normativos que se ponderan son, por una parte el derecho fundamental afectado y, por otra, el derecho fundamental o el principio constitucional de primer o de segundo grado que fundamenta la intervención legislativa (el objetivo mediato de la intervención legislativa).⁶³Al igual que al segundo subprincipiopluricitado, en el derecho alemán se conoce éste último con el nombre de ponderación, y con el juicio de adecuación.

Expuesto en grado sumo con una literalidad que no podíamos cortar por su precisión, acabamos de presentar la técnica de ponderación que llevaremos a efectuar en este escrito para fijar en definitiva mi posición acerca del objetivo planteado. Pasare a continuación a fijar los criterios que me enseñan cuando los derechos fundamentales deben ser limitados, ya que de esa menaraexpondré y luego de llevar a cabo esta labor, entrare de una manera directa a definir mi criterio y así concluir este trabajo.

⁶³ Ob. Cit. Bernal Pulido, C. “El principio...”, p. 759-761.

1.2 LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.2.1 La delimitación y restricción de los derechos fundamentales. Teniendo claro que para este estudio es relevante precisar que nos enfrentamos al tema de los derechos fundamentales, en donde unas de las condiciones mínimas para identificar a estos derechos son la *“Eficacia directa proveniente de su consagración constitucional, naturaleza de derecho subjetivo, regulación con reserva de ley y necesidad de preservar el contenido o núcleo esencial,”*⁶⁴, y bajo esas consideraciones suena paradójico que en materia de reserva legal de los derechos fundamentales exista una relación entre estos y la ley en forma tal, como sería su vinculación negativa y positiva⁶⁵ arriba mencionada en donde *“..., tanto en su vertiente de vinculación negativa (tope a la ley) como de vinculación positiva (promoción por la ley), las causas por las que la ley se ve abocada a ocuparse de los derechos fundamentales son, sustancialmente, de tres órdenes.*

En primer lugar, está la variedad de tipos de pretensiones inherentes a los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales no se configuran únicamente como derechos de defensa, que quedan satisfechos mediante una mera abstención por parte de los poderes públicos (libertad personal, libertad de expresión, intimidad). Hay también derechos fundamentales que otorgan pretensiones de participación (sufragio, acceso a las funciones públicas), de percepción de utilidades colectivas (tutela judicial efectiva) o de prestación en sentido propio (educación). La satisfacción de todas estas pretensiones comporta, en mayor o menor grado, una actuación positiva por parte de los poderes públicos.

A todo ello hay que añadir que algunos derechos (asistencia letrada al detenido, garantías de los reclusos, objeción de conciencia al servicio militar), aun presentándose primariamente como derechos de defensa, exigen también alguna de las mencionadas formas de colaboración pública. Obsérvese bien que cuanto se acaba de señalar excede del conocido debate acerca de si los textos constitucionales pueden y deben reconocer derechos a beneficios sociales individualizados (vivienda, sanidad, etc.). Se trata, más bien, de que la efectividad de muchos derechos fundamentales requiere lo que la doctrina constitucionalista alemana suele denominar un mínimo de “organización y procedimiento”; y aquí,

⁶⁴Ob. Cit. M. Correa Henao. La limitación de los derechos fundamentales.p. 30. Esta misma autora en este libro señala brevemente que se entiende por eficacia directa y es cuando nos indica que la eficacia directa puede ser entendida *“Como capacidad de obligar a los poderes públicos y en primer lugar al legislador.”*, que prevalecen sobre toda norma precedente y/o sobrevenida, que sirve como criterio hermenéutico para la creación o aplicación del derecho, y que pueden ser aplicados en forma directa si necesidad de desarrollo legal. A su turno debemos entender como derechos públicos subjetivos como aquellos *“que generan pretensiones individuales, concretas, jurídicamente exigibles en especial frente al Estado.”*, según lo dice en sus páginas 26 a 29.

⁶⁵Ver supra 2.

sin perjuicio de una ulterior intervención administrativa, el papel legislador resulta crucial.

En segundo lugar, hay que mencionar la relativa indeterminación de los enunciados constitucionales que proclaman los derechos fundamentales. Por poner solo algunos ejemplos, ¿cabe limitar el derecho a entrar y salir de España por cuales quiera motivos distintos de los “políticos e ideológicos”, que son los únicos expresamente excluidos (Art. 19 CE)?; ¿en qué consiste la “cláusula de conciencia” de los informadores, que habrá de ser regulada por la ley [(art. 20.1.d) CE]?; ¿Cuál es la “autoridad” a la que hay que comunicar previamente las reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público (art. 21.2 CE)?

Ciertamente, la respuesta a estas o similares preguntas vendrán a veces de la jurisprudencia y, en particular, de la del tribunal constitucional; pero el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico puede aconsejar que, en lugar de dejar enteramente su solución en manos de la casuística jurisprudencial, estas cuestiones sean abordadas de manera general por el legislador, sin mencionar el hecho de que en algunos supuestos la propia Constitución hace expresa remisión a la ley.

En tercer lugar se haya la fuerza expansiva de los derechos fundamentales. Esta fuerza expansiva deriva de que los derechos fundamentales encarnan los valores básicos sobre los que asientan el entero ordenamiento jurídico, de manera que todo el proceso de creación y aplicación del derecho ha de estar inspirado por ellos. He aquí una manifestación del conocido principio de interpretación conforme con la Constitución (art. 5 LOPJ); y probablemente la más importante, habida cuenta de que, a efectos de presidir la actividad de poderes públicos y operadores jurídicos, los derechos fundamentales representan la parte más sustancial del texto constitucional.

Pues bien, de todo ello se desprende que hay multitud de prevenciones legales que sin tener por objeto directo derecho fundamental alguno, indirectamente inciden sobre uno o varios de ellos. Por citar solo algunos ejemplos notorios: las leyes de reforma agraria afectan al derecho de propiedad; la previsión de video vigilancia en las calles no es indiferente desde el punto de vista de la intimidad; la regulación de la televisión tienen que ver con la libertad de expresión e información; las técnicas de reproducción asistida no son ajenas al derecho a la vida.

La conclusión es clara: cuanto más se amplía la cultura de los derechos, más se tiende, con razón o sin ella, a plantear muchas regulaciones legales conflictivas como problemas de derechos fundamentales.”⁶⁶

⁶⁶Ob. Cit.DIEZ-PICASO. Luis M., “Sistema...”, p. 95-97.

Y si lo anterior es correcto, cabría señalar quien puede limitar los derechos fundamentales, y en forma sencilla en primer lugar diremos que es la Constitución Nacional la que puede limitarlos, verbigracia cuando “*su delimitación o la fijación de los límites del derecho aparecen nítidas desde la norma constitucional*”^{[47].67}, o cuando se entran “*a imponer ciertas limitaciones a los atributos reconocidas por las normas constitucionales*”^{[48].68}(i), la misma ley los puede limitar (ii), el bloque de constitucionalidad (iii), los tratados internacionales (iv), los jueces “*(excepcionalmente a otras autoridades) para la aplicación de restricciones o supresiones individuales de los derechos reconocidos, de conformidad con la Constitución y la ley*”^{[49].69}(v), el juez constitucional en forma directa a través de la acción de tutela (vi), “*también las que consagran los valores superiores y los principios constitucionales que establecen las notas definitorias del Estado*”^{[52].70}(vii) por supuesto, el mismo Poder Constituyente (vii) el Poder Legislativo (viii) y cuando se reforma la Constitución bajo los parámetros de los artículo 377, o “*reformados ante el Congreso por el procedimiento previsto en el artículo 375, mediante referendo y el cumplimiento del artículo 378*”^{[61].71}

⁶⁷ Ob. Cit. M. Correa Henao. La limitación de los derechos fundamentales.”, p. 41. “[47] Esto se desprende de las proposiciones normativas del derecho a la vida y la prohibición de tratos crueles (arts. 15 CE y 11 y 12 CPC); la atribución en materia de libertad ideológica o de conciencia de que nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión, o creencias (arts. 16,2 CE y 18 CPC); el derecho a la libertad personal que concede el atributo de que la detención preventiva está sujeta a reglas como la puesta a disposición del juez competente, dentro de las 36 horas siguientes (art. 17,2 CE y 28, inciso 1, ° CPC); la garantía judicial como derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces en el ejercicio de sus derechos e i intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, que parece perfilar definitivamente la posición jurídica del sujeto del derecho o del interés (art. 24,1 CE y 129 CPC); el debido proceso para toda actuación judicial o administrativa (art. 29 inciso 1. ° CPC); la exclusión del derecho de asociación, de perseguir fines o de utilizar medios tipificados como delitos, o del carácter secreto o paramilitar (art. 22.5 CE); la reducción en términos subjetivos del derecho a ocupar cargos públicos de los colombianos con doble nacionalidad (art. 40.7 CPC).”

⁶⁸ Ob. Cit. M. Correa Henao, “La limitación de los derechos fundamentales.”, p. 41. “[48] En la Constitución española se señala por ejemplo que la libertad ideológica y religiosa no admite más que las limitaciones en sus manifestaciones dispuestas por la ley para el mantenimiento del orden público (art. 16.1). A su vez el derecho a sindicarse libremente podrá ser limitado o exceptuado por el legislador para las fuerzas o institutos armados (art. 28.1). En las libertades de expresión, comunicación, cátedra, se excluye cualquier tipo de restricción por censura previa, pero también se señala que su límite se haya en el respeto de los derechos fundamentales y en los preceptos de las leyes que desarrollen tales libertades (art. 20,2 y 4). La Constitución colombiana establece frente al derecho al libre desarrollo de la personalidad, el estar sujeto solo a las limitaciones que imponen los derechos de los otros y el orden jurídico (art. 16); la privación de la libertad personal está sujeta al debido proceso, conforme las formalidades y motivos establecidos previamente en la ley (art. 28 inc.1.°); las libertades para fijar domicilio y de circulación en el territorio nacional, tendrán las limitaciones que establece la ley (art. 24); sobre el derecho de reunión se consagra que solo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales pueda limitarse su ejercicio (art. 37); y el derecho de la doble instancia judicial tendrá solo las excepciones previstas en la ley (art. 31).”

⁶⁹ Ob. Cit. M. Correa Henao. La limitación de los derechos fundamentales.p. 42. “[49] La inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, la libre expresión y difusión del pensamiento a través de publicaciones, grabaciones u otros medios de información, solo pueden ser limitados o restringidos por resolución judicial (arts. 18.2 y 3, 20.5 ce, 15 inc. 3.°, 28 inc. 1.° CPC); el derecho a permanecer asociado y a ejercer la actividad objeto de la asociación solo pueden ser suspendidos por resolución judicial motivada (art.22.4 ce, 39 inc. 3.° CPC).

⁷⁰ Ob. Cit. M. Correa Henao. La limitación de los derechos fundamentales.p. 44. “[52] Arts. 1.1 y 10.1 CE y título I, en especial arts. 1, 2 y 5 CPC).

⁷¹ Ob. Cit. M. Correa Henao. La limitación de los derechos fundamentales.”, p. 47. “[61] La distinción procedimental para la reforma constitucional de los distintos derechos consagrados en la Constitución parece desvirtuarse, si por aplicación del artículo 376 la reforma opera por una Asamblea Constituyente, toda vez que no se establece en esta disposición ningún límite material o prescripción formal que así lo determine.

De cualquier manera y sin entrar a las concepciones de las diferentes teorías que tratan el tema de los límites – entiéndase delimitaciones o restricciones – de los derechos fundamentales como serían las teorías internas o externas⁷² que se mencionan en la doctrina, lo interesante es precisar el lenguaje de los términos a tratar en este escrito, y para ello *“En este contexto, en efecto, es habitual usar indiferentemente expresiones como «límites», «limitaciones», «restricciones», «delimitación», etc.*

Esta falta de precisión en el lenguaje puede inducir a confusión sobre quien ésta legitimando a imponer topes a quien; es decir, puede llevar a poner en un mismo plano la simple posibilidad de que, siempre que concurren ciertas condiciones, la ley límite los derechos fundamentales y la irrenunciable función constitucional de éstos últimos como barrera frente a la decisión legislativa por mayorías.

Pues bien, aquí se hablará de «delimitación» para designar a aquellas intervenciones tendientes a completar la indeterminación del texto constitucional, fijando hasta donde llega un derecho; y se hablará de «restricción» para designar cualesquiera medidas, de alcance general o particular, que reducen el ámbito de aplicación de un derecho.

Es importante subrayar que delimitación no es sinónimo de restricción con alcance general, ya que, como se dejó apuntado más arriba, es posible que se complete la indeterminación del texto constitucional ampliando su sentido primigenio. Por lo demás, aunque la referida opción terminológica es puramente convencional, presenta la doble ventaja de evitar probables confusiones – es más claro que hablar de «límites» y «limitaciones», respectivamente- y de cortar de raíz equívocos con la función primaria de los derechos fundamentales como tope o barrera frente al legislador, para la que también se suele hablar de «límites».

Una vez introducido algo de orden en el lenguaje, surge otra dificultad, derivada del hecho de que la frontera entre delimitación y restricción de los derechos fundamentales dista sin ser nítida. Para averiguar cuando hay restricción del contenido de un derecho, es preciso haber procedido antes a la delimitación del contenido de ese derecho, y la delimitación de los derechos fundamentales es a menudo una empresa ardua, sobre todo por la notable indeterminación de muchos de los enunciados constitucionales que declaran derechos.

Tómese como ejemplo la libertad de expresión: nadie duda que criticar, incluso con dureza verbal, a los políticos forma parte del contenido del derecho, del mismo modo que insultar sin más a otra persona no forma parte de aquel; pero la respuesta ya no es tan obvia cuando se trata de publicidad comercial, pornografía, expresión de odio, función privada de partidos políticos, etc. En otras palabras, los

⁷²CORREA HENAO, Magdalena. La limitación de los derechos fundamentales.p. 67-73.

derechos fundamentales suelen caracterizarse, según una conocida imagen por tener un núcleo de certeza y un halo de incertidumbre.

Queda, así, al descubierto el máximo interrogante que plantea la relación entre los derechos fundamentales y la ley, a saber: ¿Deben predicarse los derechos fundamentales únicamente de aquellos supuestos que entran dentro de su núcleo de certeza?”⁷³

Teniendo claro que los derechos fundamentales se pueden delimitar y restringir, seguidamente haré referencia a dos temas que en forma precisa jamás se podrán desconocer en este asunto.

En primer lugar el contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales son el “límite de los límites” de esta clase de derecho, y en segundo, ya en el caso concreto cuando estemos al frente de un conflicto entre derechos fundamentales alguno de ellos deberá ser delimitado y restringido, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad en la técnica de la ponderación.

1.2.2 El contenido esencial y el principio de proporcionalidad como mecanismos para limitar los derechos fundamentales. Quedamos atrás en un interrogante consistente en precisar si para delimitar los derechos fundamentales se debe tener en cuenta su contenido esencial. Apenas mencionamos que sí. En primera instancia se podría considerar que ello sería suficiente, es decir, que el contenido esencial de los derechos fundamentales per se, son suficientes, necesarios y mínimos para precisar sus límites, toda vez que como lo dije, “el límite de los límites de los derechos” es el contenido esencial, o el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

No en vano el Tribunal Constitucional colombiano ha señalado que *“esta Corte ha resaltado que los criterios de limitación de los derechos deben enmarcarse en todo caso dentro del respeto (i) del núcleo esencial del contenido del derecho, y (ii) del principio de proporcionalidad.”⁷⁴* Y ello es así, que *“Ante todo, conviene destacar que, aunque solo sea excepcionalmente, hay enunciados con alto grado de determinación, tales como, por seguir con el ejemplo de la libertad de expresión, la prohibición de toda censura previa (art. 20.2 CE) o la exclusiva competencia judicial para acordar el supuesto de publicaciones (art. 20.5 CE).*

En supuestos de esta clase, resulta razonablemente claro que es lo ordenado, autorizado o prohibido por la norma constitucional y también, por consiguiente, donde comienza y termina el contenido del derecho fundamental.

⁷³ Ob. Cit. DIEZ-PICASO. Luis M., “Sistema...”, p. 103-104.

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-528 del 7 de mayo de 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Dicho de otra manera, aquí cabe operar según la concepción estricta del contenido de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, ante la indeterminación en los enunciados, conviene tomar como punto de partida que toda situación potencialmente cubierta por el valor constitucionalmente proclamado merece prima facie estar efectivamente protegida como derecho fundamental. Ello quiere decir que, para dejar fuera del ámbito del derecho a una situación que está dentro del halo de incertidumbre, es preciso que haya razones que justifiquen dicha exclusión. (...)

En tercer lugar, la mencionada presunción a favor de la protección como derecho fundamental de toda situación cubierta por el correspondiente valor constitucionalmente proclamado implica que directamente de la Constitución se desprende ya un contenido, indeterminado pero determinable, de los derechos fundamentales. En ausencia de intervenciones legislativas, correspondería a los jueces y, en definitiva, al Tribunal Constitucional evaluar si hay razones que justifiquen la exclusión del ámbito del derecho que se trate. (...)

En cuarto lugar, otras veces es el legislador quien niega protección como derecho fundamental a una situación que prima facie forma parte de su contenido. Así, por ejemplo, el art. 510 CP tipifica como delito provocar a la discriminación o al odio contra un grupo por motivos racistas.

A diferencia de lo que ocurría con las resoluciones judiciales acerca de la libertad de expresión en el seno de las empresas ideológicas, aquí se trata de la introducción de una genuina norma general que delimita el contenido de la libertad de expresión. Hay que tener en cuenta, no obstante, que toda ley puede ser sometida a control de constitucionalidad.

De aquí que la delimitación del contenido de los derechos fundamentales rara vez sea solo obra del legislador, sino que normalmente surge de su interacción o diálogo con el Tribunal Constitucional.

Por último, resulta sumamente – y, en la práctica, muy poco frecuente – la restricción de derechos en casos concretos llevada a cabo directamente por la ley. Ello se debe a que choca con todas las dificultades propias de las llamadas «leyes de caso único»: que el legislador impida la aplicación de un derecho fundamental en un caso concreto, que es subsumible dentro del contenido de aquel una vez hecha la necesaria delimitación, tropezaría con obstáculos relativos a la igualdad ante la ley y, sobre todo, la tutela judicial efectiva.

De aquí que la restricción de derechos fundamentales en casos concretos se realice, más bien, mediante decisiones administrativas o jurisdiccionales.⁷⁵ El

⁷⁵Ob. Cit.DIEZ-PICASO. Luis M., "Sistema...", p. 105 y 106.

contenido esencial de un derecho fundamental lo que nos trae a relucir es que de alguna manera estábamos al frente de un derecho que era vago o en el peor de los escenarios ambiguo, de ahí que se necesite ser definido.

“Por ello hay que agregar que del grado de apertura de las normas constitucionales de derechos fundamentales (por ambigüedad, ambivalencia o el desplazamiento que de la definición jurídica del derecho o su restricción se hace a favor del legislador), se determinan posiciones jurídicas prima facie, esto es, derechos a algo, o libertades o competencias, garantizadas por el orden constitucional, pero cuyo alcance no está concluido o previsto de modo definitivo por la norma de la Constitución en la que se consagra el derecho, cuyo objeto y pretensión, cuyas obligaciones y obligados, requieren de precisión⁽⁵⁰⁾ 76”

Ese límite a los derechos que pretendo concretar se realiza a través del conocimiento de su contenido esencial, que en Colombia ha sido la Corte Constitucional la que lo ha definido⁷⁷.

Existe otra situación que en determinado momento también puede delimitar o restringir los derechos fundamentales, y es aquella cuando un derecho prima facie puede estar garantizado en su integridad, pero que cuando entra en conflicto con otros derechos de igual naturaleza e inclusive legal deben precisarse para lograr su protección, lo que conduciría a que también en esta oportunidad se limiten o se restrinjan, y para ello es un deber si se puede aceptar esta palabra, acudir al principio de proporcionalidad.

Y ello es así, por qué es cuando *“Corresponde entonces a los tribunales constitucionales establecer los contenidos jurídicos de las normas de la ley superior, tanto para fijar los límites al poder de regulación del legislador, como para determinar los ámbitos en los cuales este puede establecer restricciones a los derechos fundamentales.*

En este orden, debe valorar los contenidos políticos que tales disposiciones jurídicas admiten, en términos de reconocer la prerrogativa parlamentaria para acoger las opciones que el juego del pluralismo político admite en cuanto a la

⁷⁶ Ob. Cit. Correa Henao. “La limitación...”, p. 42 y 43. “50. En la Constitución colombiana se observa con claridad en el derecho a la paz (art. 22) en el ejercicio de las ocupaciones, artes y oficios que impliquen “riesgo social” (art. 26); en las libertades de enseñanza, investigación y cátedra (art. 27), en la libertad de asociación (art. 38). En la Constitución española en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen (art. 18.1) y en el derecho a la elección libre de residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19.1).”

⁷⁷ La Corte Constitucional comenzó a hacer referencia a este tema en sus sentencias T – 426, 490, 508, 609, 612 todas de 1992 y la sentencia C – 033, 059, 070 de 1993. Es preciso indicar que nuestra Corte hace más referencia a la denominación de “núcleo esencial” que a la de contenido esencial de los derechos. Por ahora diremos que para el profesor Luis María DIEZ-PICASO en su libro *Sistema de Derechos Fundamentales* tantas veces pluricitado, a página 107 “constituye el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así.”

realización jurídica de los derechos fundamentales, articulada con la realización, igualmente importante, de los demás bienes constitucionalmente protegidos.

PECES – BARBA lo ve de esta manera, al indicar que en la interpretación de las limitaciones, se habilita al Tribunal Constitucional para tener “la última palabra”, actividad en la que deberá tener en cuenta “las palabras de la ley, la realidad social, el contexto en el que se analiza el límite, el momento histórico y cultural, el talante con el que se plantea el ejercicio del derecho, los derechos que pueden sentirse afectados, los bienes constitucionales en juego”⁽²³¹⁾⁷⁸.

Por ello, la función de aplicación de la Constitución que cumple el juez constitucional, convierte a su jurisprudencia antes que en fuente de limitaciones a los derechos fundamentales en fuente de interpretación que garantiza que la ordenación jurídica del derecho sea conforme a la Constitución, esto es, se subsuma en los tipos normativos de las disposiciones constitucionales.

Es que a pesar de los temores que pudiera suscitar el poder los tribunales constitucionales en el nivel actual de desarrollo de la teoría jurídica y política, lo cierto es que su legitimidad en el Estado constitucional ha sido posible solo por la cuidadosa aplicación de su poder de interpretar la Constitución. Cuidadosa, en la medida en que sus pronunciamientos han procurado preservar la integridad de los poderes y competencias reconocidas a las autoridades del Estado. Buen ejemplo de tal recelo se encuentra en la forma en que ha dado aplicación a los principios de proporcionalidad y razonabilidad en el juzgamiento de las leyes.

Ello se observa por ejemplo en la mencionada sentencia STCII/1981, donde ya decía tempranamente el tribunal constitucional español: “La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas.

A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos”. A lo cual se puede agregar lo dicho no pocos años después en otro conocido pronunciamiento, la STC55/1996, cuando el mismo tribunal sentaba: “la posición constitucional del legislador (...) obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes. [Porque] el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que dentro del marco que esta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas”.⁷⁹

⁷⁸Ob. Cit. Correa Henao. “La limitación...”, p. 139. “(231) PECES – BARBA. Ob. Cit., p. 613.”

⁷⁹ Ob. Cit. Correa Henao. “La limitación...”, p. 138 a 140.

En cuanto al principio de proporcionalidad, quedo referido en el literal B., de éste capítulo primero, lo que no hace que sea necesario referirnos de nuevo a éste.

Lo que pretendo en este acápite es dejar en claro que cuando hablamos de delimitación, se debe entender como aquellas intervenciones destinadas a completar la indeterminación del texto constitucional, fijando hasta donde llega un derecho. Bajo ninguna consideración delimitación es sinónimo de restricción con alcance general. Igualmente que la delimitación del contenido de los derechos fundamentales no es solo obra del legislador, sino que surge del dialogo con el tribunal constitucional.

Restricción que a su turno, nos sirve para designar medidas de alcance general o particular, que reducen el ámbito de aplicabilidad de un derecho. Así mismo, para saber cuándo estamos al frente de una restricción, es necesario conocer su delimitación. Delimitación que es un poco difícil por la notable indeterminación de muchos enunciados constitucionales que declaran derechos.

Ahora sí podemos indicar que tenemos los conocimientos jurídicos conceptuales necesarios para definir la posición que trata el tema de este asunto, y que de ahora en adelante me dedicare a ello en forma concreta.

2. LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA EN MATERIA DE TRÁNSITO

La disposición que voy a controvertir en esta investigación es aquella consagrada en el artículo 5° parágrafo 3 de la Ley 1696 de 2013 que a la letra dice:

Artículo 5°. El artículo 152 de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 1° de la Ley 1548 de 2012, quedará así:

Artículo 152. Sanciones y grados de alcoholemia. Si hecha la prueba, se establece que el conductor se encuentra en alguno de los siguientes grados de alcoholemia, incurrirá en las sanciones respectivas, según el nivel de reincidencia correspondiente de conformidad con lo indicado a continuación para cada evento:

(...)

Parágrafo 3°. Al conductor del vehículo automotor que pese a ser requerido por las autoridades de tránsito, con plenitud de garantías, no permita la realización de las pruebas físicas o clínicas a que se refiere la presente ley o se dé a la fuga, se le cancelará la licencia, se le impondrá multa correspondiente a mil cuatrocientos cuarenta (1.440) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv) y procederá la inmovilización del vehículo por veinte (20) días hábiles.”

Disposición que nos indica que cuando al conductor se le practica la prueba de alcoholemia o se niega a realizarla, se le aplican una serie de sanciones que considero van a más allá de la delimitación o restricciones de los derechos fundamentales que un Estado debe amparar a todo ciudadano. Si bien es cierto en el argot popular a esta disposición se le atribuyen beneficios sociales por la disminución de la accidentalidad, disminución de víctimas mortales, de lesiones corporales y daños a las cosas, no quiero parecer ave de mal agüero – acudiendo a ese argot popular-, al iterar lo atrás dicho.

Aceptamos la intención del Legislador cuando discutió y aprobó la Ley 1696 de 2013, en la medida en que indicó que era “*necesario definir que el marco referente, es el paradigma de la **SEGURIDAD HUMANA**, con el fin del desarrollo sostenible y el antropocentrismo constitucional, en los que de manera puntual y especial se inserta el ordenamiento jurídico legal, que regula el tránsito y el tráfico automotor, desde la consideración de la actividad esencialmente riesgosa.*”⁸⁰, y justamente en aras de proteger esos derechos fundamentales que más adelante me referiré, es lo que me lleva a concluir que éstos son vulnerados. De ahí el grito

⁸⁰“INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL Proyecto de ley No. 07 de 2010 Senado, No. 114 de 2010 Senado (acumulados) “por la cual se modifica la ley 769 de 2002 y la ley 1383 de 2010 en temas de embriaguez y reincidencia, y se dictan otras disposiciones”. Bogotá D.C., 30 de noviembre de 2010, presentado por el Dr. Eugenio Prieto Soto. Senador de la Republica.

que lanzo a la comunidad jurídica advirtiendo de las consecuencias de mantener esa disposición vigente.

2.1 LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA EN EL DERECHO NACIONAL Y EN EL DERECHO COMPARADO

Sabiendo cual es la disposición legal que objetamos en esta oportunidad y por considerarla una afrenta a los derechos fundamentales de aquellas personas a quienes un Agente de Tránsito “las invita a hacerse una prueba de alcoholemia” por medio de un alcohosensor, la cual si se niega a realizarla será objeto de una serie de sanciones administrativas impuestas de una forma muy amigable consistentes en la inmovilización del vehículo, cancelación de la licencia de conducción, multa y el inicio de una orden de comparendo, bajo este escenario nos corresponde en primer lugar presentar aquellas posiciones que le dan respaldo a esta invitación legal, y luego ofrecer aquellas posiciones por las cuales las considero vulneradoras de derechos fundamentales. Así procedo a continuación.

2.1.1 La prueba de alcoholemia en el derecho nacional. Presentare una serie de apartes jurisprudenciales y de doctrina donde se soporta presuntamente la constitucionalidad de esta disposición legal.

Para comenzar el mismo Consejo de Estado en la acción de tutela, de la Sección Segunda, Subsección “B” del 16 de diciembre de 2011, C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez, avala un concepto jurídico del Ministerio del Transporte del 3 de mayo de 2010, donde expresó lo siguiente:

“(...) La alcoholemia se puede determinar de manera directa a través de la medición de etanol en la sangre por diversos métodos de laboratorio, preferiblemente por cromatografía de gases. La alcoholemia también se puede determinar de manera indirecta midiendo la cantidad de etanol en el aire espirado, para lo cual se podrá utilizar un equipo tipo alcohosensor que cuente con un dispositivo de registro.

Cualquiera que sea la metodología empleada para determinar la alcoholemia, debe demostrarse la aplicación de un sistema de aseguramiento de la calidad que incluya aspectos relacionados con la calibración del equipo; la idoneidad del personal que lo opera el método utilizado y los demás componentes de este sistema.”

Por último se aclara que la competencia para determinar aspectos sobre las equivalencias entre los diferentes métodos de medición y la idoneidad de las

pruebas la tiene el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a donde podrá dirigir sus consultas.”

Obsérvese pues como un Juez le da credibilidad a la prueba de alcoholemia a través de un alcohosensor. No obstante lo anterior, veo con agrado para fundamentar mi posición en esta tesis, que el mismo Ministerio de Transporte en su Concepto No. MT- 1350-2-28799 de 20 de junio de 2006, sobre la embriaguez, suspensión y cancelación licencia de tránsito, sostuvo:

“(...) 4. 11 y 16. Las autoridades de tránsito podrán contratar con clínicas u hospitales la práctica de pruebas que permitan determinar si el conductor se encuentra bajo los efectos del alcohol o de drogas o sustancias estupefacientes, alucinógenas o hipnóticas.

Visto lo anterior, tanto el Instituto de Medicina Legal como una clínica u hospital con el cual la autoridad de tránsito haya suscrito contrato puede efectuar el examen de embriaguez, en este caso lo efectuará un médico en su calidad de perito.

5. Solamente las secretarías de tránsito pueden contratar con hospitales o clínicas la práctica de pruebas para efectuar los exámenes de alcoholimetría de acuerdo con lo previsto en el párrafo 1 del artículo 3 y el inciso 2 del artículo 7 de la Ley 769 de 2002.”

Y digo que veo con agrado estas posiciones para fundamentar las razones a esgrimirse en estetrabajo, en la medida en que estos conceptos dan a entender que la prueba de alcoholemia por alcohosensor solo es lícita si se hace por medio de un médico perito, nunca a través de un Agente de Tránsito, pues ese procedimiento termina con la producción de una prueba ilícita, no idónea, nula de pleno derecho y vulneradora de derechos fundamentales.

Es tan cierto que la legislación en sana lógica constitucional no permite que un Agente de Tránsito pueda tomar la prueba de alcoholemia por medio de alcohosensores para un procedimiento administrativo, **que la misma Corte Constitucional declaró exequible ese procedimiento de manera excepcional para investigaciones penales, no para actuaciones administrativas.**

Ello es claro en su sentencia C-619 de 2011, cuando expreso:

De otro lado, no puede dejar de considerarse que la obtención de la información sobre el grado del grado de alcohol en la sangre (alcoholemia) de un ciudadano conductor, está específicamente regulada en el Código de Tránsito en el artículo 150, según el cual “las autoridades de tránsito podrán solicitar a todo conductor de vehículo automotor la práctica de examen de embriaguez (...)”. Lo que significa que el legislador ha otorgado una facultad excepcional a la autoridad de tránsito

en este asunto, que resulta de suma importancia en el contexto de la norma acusada, el cual como se ha dicho se refiere al procedimiento de determinación de la responsabilidad penal derivada de un accidente de tránsito.

El carácter excepcional de la facultad otorgada por el legislador a la autoridad de tránsito en la norma estudiada, se refiere al hecho de que forma parte de los procedimientos para determinar la responsabilidad penal, la regla general del artículo 246 del Código de Procedimiento Penal, según la cual las actividades que adelanta la policía judicial, en desarrollo del programa metodológico de la investigación “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”. Y, si la excepción a lo anterior en la misma legislación procedimental penal, la configura una serie de actuaciones taxativamente contenidas en los artículos 213 a 245 del Código de Procedimiento Penal, dentro de las cuales no se encuentra la obtención de la prueba de alcoholemia, ello querría decir que el Código de Tránsito en efecto se erige como otra excepción a la regla general mencionada.

Lo explicado implica que, si en el caso de los peatones el legislador no contempló semejante excepción, es decir, no exoneró de la orden previa del juez de garantías la actuación consistente en la obtención de la prueba de alcoholemia del peatón, sino sólo del conductor; no podría pretenderse que mediante una sentencia se equiparara dicha situación, a partir de la implantación de otra excepción que contemple una hipótesis en la que no se aplique la garantía y el control a las actuaciones que conforman una investigación penal y que pueden afectar derechos y garantías fundamentales, en el ejercicio de la recolección probatoria.

Lo último podría expresarse en el sentido de sostener, que la Corte no puede crear otra excepción a los controles claramente basados en normas constitucionales, que pretenden garantizar los derechos fundamentales en el contexto de la recolección de pruebas en desarrollo de una investigación penal. No puede por tanto el Juez de control de constitucionalidad, disponer que por regla general este tipo de pruebas suponen la orden previa de un juez de control de garantías, pero en el caso de la prueba de alcoholemia a peatones no, so pretexto de que en el caso de los conductores no es así.

No está de más, precisar que cuando analizamos la *ratio decidendi* de la sentencia C-619 precitada, la Corte la enfoca hacia la exequibilidad de la práctica de esta prueba para asuntos de responsabilidad penal de los conductores en estado presunto de embriaguez y no en materia administrativa sancionadora. El cambio “súbito” y vulnerador de derechos fundamentales lo encontramos con la Ley 1696 de 2013 en su artículo 5°, parágrafo 3, cuando el Legislador le otorga facultades a los Agentes de Tránsito para practicar la prueba de embriaguez a través de alcohosensores sin la participación de un médico perito, lo que da lugar a que la

Procuraduría General de la Nación en su concepto del 1 de abril de 2014⁸¹, expreso lo siguiente:

3.1 El derecho de defensa, la posibilidad de no hacer y el derecho a no auto incriminarse en relación con la práctica de la prueba de alcoholemia por parte de las autoridades administrativas. Si bien es cierto la posibilidad de no hacer, como estrategia defensiva, hace parte del derecho fundamental de defensa en los procesos sancionatorios, que integran plenamente la presunción de inocencia y la garantía de no autoincriminación, esta Vista Fiscal estima que los cargos esgrimidos no tienen vocación de prosperidad como quiera que se fundamentan en un alcance inadecuado de las garantías constitucionales precitadas.

La Constitución Política establece al interior del debido proceso una serie de prerrogativas fundamentales, como son el derecho de defensa, la presunción de inocencia y la garantía de no autoincriminación. En relación con la primera, ha dicho la Corte Constitucional que *“consiste en el poder de voluntad de controvertir las pretensiones, pruebas y argumentos de la contraparte o del Estado, según sea el caso, solicitar y allegar pruebas, formular e interponer recursos”*⁸². De otro lado, como un aspecto complementario, *la presunción de inocencia* conlleva a que:

*“corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (...) lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad”*⁸³.

Finalmente, en torno a la garantía de la no autoincriminación, la Corte Constitucional ha establecido que se trata de un derecho de guardar silencio para que la responsabilidad personal devenga principalmente del debate probatorio y no del dicho constreñido del investigado. Por ello, el Alto Tribunal ha precisado que:

⁸¹ Rendido para las “Demandas de inconstitucionalidad contra algunos apartes de los artículos 5 y 8 de la Ley 1696 de 2013 “Por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas”. Demandantes: Juan Sebastián Fajardo Vanegas (D-10081), Carlos Alberto Paz Russi y otro (D-10083), y Jaime Zamora Durán (D-10095). Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO. Expedientes D-10081, D-10083 y D-10095 (acumulados). Concepto 5752”

⁸² Corte Constitucional, Sentencia C-152 de 2004, MP. Jaime Araújo Rentería.

⁸³ Corte Constitucional, Sentencia C-289 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

“Si bien la garantía de la no incriminación implica un derecho al silencio y a utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa, no se extiende hasta las conductas fraudulentas u obstructivas, pues dicha garantía se orienta a evitar que la decisión adversa a la persona provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral, consagrándose en ese contexto un derecho a guardar silencio, del cual, a su vez, se deriva la consecuencia de que tal situación, esto es la negativa a declarar, en cuanto que se encuentra constitucionalmente amparada, no pueda tener repercusiones negativas en el ámbito del proceso, en cuanto no puede tomarse como indicio de responsabilidad”⁸⁴.

A partir de lo anterior, tanto el derecho de defensa, la presunción de inocencia y la garantía de no autoincriminación permiten al procesado adoptar conductas de abstención (no hacer), pero no de obstrucción (no dejar hacer). Esto puede evidenciarse en que el ordenamiento jurídico adopta como legítimas algunas conductas omisivas y otras no. Estas segundas impiden la búsqueda de la verdad material.

En los procesos sancionatorios el ordenamiento jurídico avala las conductas del proceso relacionadas con el no uso de las oportunidades procesales⁸⁵. La Corte Constitucional ha precisado que en tales procesos la posibilidad de guardar silencio materializa una garantía adicional para el procesado⁸⁶, y por ello resulta legítimo, por ejemplo, no formular una teoría del caso⁸⁷ o guardar silencio en indagatorias⁸⁸.

No obstante, cuando la conducta se confunde con el hecho de dificultar la obtención de la verdad material, ésta se sanciona y en ocasiones en forma drástica. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha señalado que pueden realizarse pruebas sumamente invasivas a la intimidad personal -tales como exámenes corporales, exámenes de fluidos o inspecciones corporales-, cuando estos resulten ser el único camino para hallar la verdad material, aun cuando resulten contrarios a la voluntad del investigado:

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

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-258 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸⁵ Debe resaltarse que en los procesos de naturaleza sancionatoria sí suele hacerlo. Por ejemplo, si no se asiste a un interrogatorio de parte o no se contesta la demanda laboral, se prevé en ambos casos la confesión de los hechos de la demanda.

⁸⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 2009, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸⁷ Cfr. *Ibidem*.

⁸⁸ Cfr. *Ibidem*.

*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*⁸⁹.

Igualmente, el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal contempla como causal de medida de aseguramiento la existencia de graves motivos para creer que el imputado obstruirá la justicia desplegando conductas tales como impedir el recaudo de pruebas o dificultar la actuación de los demás sujetos procesales. Así mismo, el artículo 454B del Código Penal tipifica como delito el ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio.

Si bien es cierto la Corte Constitucional ha señalado que el investigado no tiene deber de colaborar con la administración de justicia, cuando esto implique la posibilidad de autoincriminarse, ello no puede aplicar al deber de permitir el recaudo probatorio.

“(...) el sólo hecho de presentarse ante el funcionario competente, no desconoce las garantías constitucionales del investigado, pero el exigir que la presentación sea para prestar colaboración, que se repite, no es cualquier tipo de colaboración, sino la que el funcionario competente califique de necesaria para el esclarecimiento de los hechos, implica que en un momento dado se esté obligando al sindicado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, conducta prohibida por expreso mandato constitucional”⁹⁰ (subrayado por fuera del original).

En suma, en los procesos sancionatorios la facultad de no hacer es amplia, pero tiene su límite en las acciones u omisiones tendientes a impedir el hallazgo de la verdad material a través del recaudo probatorio; pues si bien la presunción de inocencia y la garantía de no autoincriminación relevan al acusado de la obligación jurídica de demostrar sus intereses absolutorios⁹¹, la posibilidad de no hacer sólo concede al enjuiciado la facultad de negarse a usar los medios procesales que el sistema ha dispuesto en su favor, pero no de entorpecer o retardar el recaudo legal de los medios convictivos necesarios, como quiera que el derecho de no hacer no se identifica con el de no dejar hacer a los demás sujetos procesales.

Por lo anterior, si la negativa a practicarse la prueba de alcoholemia requerida por las autoridades de tránsito implica que sea efectivamente una conducta de abstención procesal, resultaría ser un uso legítimo del derecho de defensa, la presunción de inocencia y la garantía de no autoincriminación, pero si se asimila a

⁸⁹ Si bien es cierto hay unas garantías de respeto a la dignidad de las personas a las que se les realizan los exámenes, ello no quiere decir que no puedan ordenarse y practicarse aún contra la voluntad del sujeto. Corte Constitucional, Sentencia C-822 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-776 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-289 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

una conducta obstructiva, en orden a no permitir el hallazgo de la verdad material a través de material probatorio idóneo, será una actuación que no está amparada por los derechos fundamentales referidos.

Cuando el ciudadano, requerido para practicarse la prueba de alcoholemia, se rehúsa a hacerlo, el objeto no es que su propio dicho le acarree una sanción, ni tampoco es quedar sin la posibilidad de controvertir la prueba que le solicitan, sino que implica el intento de impedir que la verdad material sea conocida al interior de un proceso administrativo sancionatorio. La práctica de la prueba no resulta ser un testimonio en contra propio, sino que implica la obtención de elementos físicos que se encuentran en el cuerpo del administrativamente requerido, los cuales serán objetivos independientemente a su dicho.

Así las cosas, en razón a que guardar silencio significa no hablar en contra propia, pero no puede extenderse al hecho de impedir el recaudo probatorio de material que se encuentra en el propio cuerpo, no hay razón para pensar que la renuencia a practicarse la prueba constituya una conducta amparada por la Constitución. Por ello, para el Ministerio Público resulta claro que la conducta de sustraerse a la práctica de la prueba de alcoholemia no se puede asimilar con la prerrogativa de no utilizar los medios procesales dispuestos ni con una opción legítima de guardar silencio, y en consecuencia es constitucional en relación a los cargos relativos con las facultades de no hacer, de guardar silencio o de no auto incriminarse.

3.2 La sanción prevista por omitir la práctica de la prueba de alcoholemia y la inexistencia de una contravención de tránsito sancionada. *El Ministerio Público estima que el cargo en cuestión tampoco tiene vocación de prosperidad, por cuanto la sanción en cuestión se impone no en razón a conducir bajo los efectos del alcohol, sino en atención a sustraerse al deber procesal relativo a la práctica de la prueba de alcoholemia, al interior del proceso administrativo sancionatorio de tránsito.*

Según la doctrina jurídica, en el diseño de los procesos el legislador está en la facultad de imponer deberes procesales, obligaciones procesales y cargas procesales. Los primeros son aquellas exigencias derivadas de las normas de derecho público que informan el procedimiento, en razón al ejercicio del derecho de acción, al derecho de defensa o al proceso en sí mismo. Los deberes resultan ser coercibles, su incumplimiento puede ser sancionado y tienen por fin salvaguardar un interés público, como lo es la dignidad de la justicia, o su recta administración. Las obligaciones procesales, en cambio, son aquellas cargas dinerarias derivadas del ejercicio de acción, y que se hacen efectivas a través de procesos ejecutivos. Finalmente, las cargas procesales son aquellos deberes que tiene la parte para obtener prosperidad a sus pretensiones, y que por lo mismo

resultan ser facultativas, derivándose que la única consecuencia que acarrea su omisión es la de sufrir consecuencias procesales adversas⁹².

Uno de los principales ejemplos de deberes procesales son aquellos que se derivan o se pueden inferir de las facultades correccionales del juez⁹³, y que están previstos en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. El artículo 60A de la Ley 270 de 1996 prevé:

“ARTÍCULO 60A. PODERES DEL JUEZ. «Artículo adicionado por el artículo 14 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:» Además de los casos previstos en los artículos anteriores, el Juez podrá sancionar con multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, a las partes del proceso, o a sus representantes o abogados, en los siguientes eventos:

(...) 3. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas o injustificadamente no suministren oportunamente la información o los documentos que estén en su poder y les fueren requeridos en inspección judicial, o mediante oficio.

4. Cuando injustificadamente no presten debida colaboración en la práctica de las pruebas y diligencias”.

Nótese que la misma Ley Estatutaria de Administración de Justicia ha previsto que la falta de colaboración con el correcto hallazgo de la verdad material puede implicar el incumplimiento de un deber procesal, que podría ser sancionado en forma directa más allá de lo que pueda derivarse como carga procesal. Como a pesar que por regla general el asunto probatorio hace parte de la esfera de las cargas procesales⁹⁴, no es contrario a la libertad de configuración legislativa determinar obligaciones especiales en torno a la consecución de la verdad material al interior de los procesos, resulta constitucional que el Legislador haya previsto como un deber procesal, prestar colaboración a la práctica de la prueba de alcoholemia.

Según los artículos 135 y 136 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, Ley 769 de 2002, el proceso contravencional de tránsito inicia desde el momento mismo de la detención de la marcha del vehículo, por orden de la autoridad de tránsito, continúa con la imposición de una orden de comparendo, prosigue con la posibilidad de aceptar la sanción o solicitar una audiencia para discutirla, y termina con la imposición de las sanciones o con la absolución del procesado. Como el inicio del procedimiento administrativo diseñado por el Legislador para investigar y sancionar las contravenciones de tránsito coincide con la detención misma del

⁹²Corte Constitucional, Sentencia C-203 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁹³Cfr. *Ibidem*.

⁹⁴Cfr. *Ibidem*.

vehículo automotor, las actuaciones desplegadas por la autoridad de tránsito desde ese mismo momento son procesales administrativas en estricto sentido, y su diseño normativo recae en la libertad de configuración propia que tiene el Congreso para dicha materia. Como el legislador puede establecer deberes procesales desde el momento mismo de la iniciación del proceso, es posible considerar que la falta de colaboración con el recaudo probatorio puede ser legítimamente sancionada.

Resulta importante precisar que en razón a la naturaleza procesal de la prueba de alcoholemia, ésta se encuentra sometida a contradicción, derecho que se puede ejercer a través de la audiencia prevista en el proceso de tránsito y que puede solicitarse por el presunto contraventor. En dicho procedimiento el inspector deberá valorar el medio recaudado con los demás elementos materiales probatorios que se alleguen, con el fin de comprobar la configuración o no de la contravención. En tal sentido, no puede pensarse que la prueba tomada por la autoridad administrativa resulte ser un medio ad probationemni mucho menos ad substantiamactuspara demostrar la embriaguez del conductor.

Finalmente, el Ministerio Público estima importante precisar que no es cierto que la sanción por sustraerse a la práctica de la prueba de alcoholemia viole el debido proceso, pues dicha multa siempre podrá contradecirse en la audiencia posterior, por cuanto el ciudadano únicamente faltaría a su deber procesal si, como dice la norma, es requerido con el respeto de todas las garantías a la práctica de la prueba. Por tanto, si el ciudadano advierte que no existen todas las garantías, se niega a practicarse la prueba y es multado como lo prevé la Ley, dicha sanción puede contradecirse en el marco del proceso administrativo que se inicia con la detención del vehículo.

En razón de todo lo anterior, el Jefe del Ministerio Público estima que el cargo enervado contra el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1696 de 2013, relativo a la presunta imposición de una sanción objetiva que no responde a una contravención, carece de prosperidad.

3.3 La competencia para el decreto y la práctica de la prueba de alcoholemia en los procesos sancionatorios administrativos. *Finalmente, en torno al parágrafo 3 del artículo 5 en estudio habrá de establecerse si es inconstitucional que la autoridad administrativa sea quien requiera a la práctica de la prueba y no un juez de control de garantías.*

El Ministerio Publico estima que el cargo no tiene vocación de prosperidad por cuanto la referida prueba no está enmarcada en un proceso penal, no pertenece a uno de los derechos que exige orden judicial expresa para su intervención por parte de las autoridades, resulta proporcional, y existe una habilitación legislativa expresa que concede la facultad administrativa de decretar la prueba al interior del procedimiento administrativo de tránsito.

Vista la Constitución Política de Colombia, pueden encontrarse diversos artículos que regulan la forma como las autoridades deben proceder para el recaudo probatorio, cuando éste pueda incidir en garantías fundamentales.

En primer lugar, el constituyente ha previsto ciertos derechos especiales que únicamente podrían ser invadidos, para el recaudo probatorio, en virtud de mandato expreso de autoridad judicial. Por ejemplo, el artículo 15 Superior prescribe que las comunicaciones sólo podrán ser interceptadas si existe tal habilitación judicial; igualmente el artículo 28 contempla que “nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Es decir, las comunicaciones, la libertad y el domicilio, hacen parte de un grupo de derechos fundamentales que no pueden ser invadidos por ninguna autoridad, salvo la existencia previa de orden judicial.

En segundo lugar, la Constitución regula la esfera del derecho sancionatorio penal, en el cual toda medida de recaudo probatorio que pueda afectar derechos fundamentales, inclusive distintos a los referidos anteriormente, requiere obligatoriamente la habilitación de un juez de control de garantías o su verificación posterior. Todo ello en razón a que los derechos fundamentales que afecta la acción penal del Estado son de especial relevancia constitucional.

Finalmente, el artículo 29 de la Constitución contiene un principio general según el cual resulta nula la prueba recaudada, por cualquier autoridad, cuando ésta transgreda la garantía del debido proceso. De lo anterior puede inferirse que en el recaudo probatorio in genere, por parte de autoridades distintas a las penales (que no tienen un juez de garantías) y en derechos diversos a los de libertad, las comunicaciones y el domicilio, deben fundarse en la proporcionalidad, de cara al respeto de los derechos fundamentales, y en casos de especiales intromisiones a derechos fundamentales, resulta importante la habilitación legislativa expresa.

Como la práctica de la prueba de alcoholemia no afecta los derechos fundamentales a la libertad, al domicilio o a las comunicaciones, y además no se circunscribe a la esfera penal, el Jefe del Ministerio Público estima que no es acertado aplicar análogamente la lógica del juez de control de garantías. Pero más allá de lo anterior, resulta relevante determinar si la prueba respeta el debido proceso en lo relativo a la proporcionalidad de su práctica.

Si bien es cierto el aire es un fluido y, por tanto, tomar una muestra del aliento de una persona implica la recepción de un fluido corporal, no se puede perder de vista que el requerimiento a practicarse la prueba de alcoholemia resulta ser proporcionado de cara a los bienes jurídicos que protege, como lo es verificar que

no se ponga en riesgo la seguridad pública a través del despliegue de una actividad peligrosa sin contar con la plenitud de las condiciones físicas.

Así, en primer lugar, la medida es proporcional por cuanto la embriaguez es una condición transitoria y que desaparece del cuerpo en forma relativamente rápida, motivo por el cual se hace necesario que dicha información requiere ser recaudada en forma pronta. En segundo lugar, la prueba no requiere de la intervención en partes habitualmente no expuestas al público o que impliquen una intromisión especial en la intimidad. En tercer lugar, el medio convictivo cuenta con el control de la legalidad posterior, al interior de la audiencia celebrada ante la autoridad de tránsito, o por vía de tutela, o en sede del control de la jurisdicción contenciosa administrativa.

De otro lado, el artículo 150 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, no demandado en el presente asunto, establece una habilitación expresa a las autoridades de tránsito para practicar la prueba de embriaguez. Tal situación conlleva a que dicha autoridad administrativa esté expresamente facultada para recaudar el material probatorio. Más aún, en la Sentencia C-619 de 2011, la Corte Constitucional había evaluado la constitucionalidad de un inciso del artículo 149 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, que precisaba:

“En todo caso en que produzca lesiones personales u homicidio en accidente de tránsito, la autoridad de tránsito deberá enviar a los conductores implicados a la práctica de la prueba de embriaguez, so pena de considerarse falta disciplinaria grave para el funcionario que no dé cumplimiento a esta norma”.

Al respecto, el Alto Tribunal manifestó que, inclusive para los procesos penales, la posibilidad que la autoridad de tránsito ordenara la práctica de la prueba resultaba ser una excepción legítima a la necesidad de juez de control de garantías. En otras palabras, si inclusive para los procesos penales la Corte Constitucional ha considerado que es válido que la prueba de alcoholemia sea requerida por el funcionario de tránsito, ad maiuslo será que aquella sea practicada en los procesos sancionatorios administrativos.

Así las cosas, como la prueba no afecta los derechos a la libertad, las comunicaciones ni el domicilio; y tampoco se está en el marco de un proceso penal, el legislador posee un amplio margen de configuración para establecer las pruebas que las autoridades administrativas podrían decretar en el marco de los procesos sancionatorios administrativos, más aún cuando estas resultan proporcionales a los bienes jurídicos tutelados por la legislación de tránsito terrestre.”

Queda visto entonces como el señor Procurador en su concepto avala por encontrarse ajustado a la Constitución Colombiana la norma que objeto a través de este estudio, sin entrar a precisar las razones por las cuales no comparto el

concepto del señor Procurador, esbozare agrandes rasgos las falencias en que incurre el Agente del Ministerio Público así:

- *Propugno por avalar toda conducta digna de abstención del conductor que se le invita u obliga a exhalar el alcohol sensor, en la medida en que no se le puede compeler a un comportamiento activo. En eso consiste el derecho a la no autoincriminación.*
- *El Sr. Procurador en su concepto siempre hace referencia a que las pruebas invasivas a la intimidad personal están permitidas cuando se está al frente de un Juez, y se acepta, es una conducta avalada constitucionalmente en la medida en que todo juez es un garante constitucional, pero en esta oportunidad no se puede afirmar lo mismo cuando se está frente a un Agente de Tránsito, pues este servidor público no es juez de la Republica. Ni siquiera por analogía se puede aceptar ese comportamiento policial.*
- *Pretender como lo hace el señor Procurador, que no realizar la prueba de embriaguez solicitada por un Agente de Tránsito no es guardar silencio sino “impedir el recaudo probatorio de material que se encuentra en el propio cuerpo”, que es una conducta legal que trae consigo las sanciones establecidas por la ley 1696 de 2013, es desconocer cómo se entiende el derecho a la no autoincriminación referenciada arriba, y que señalaré más adelante.*
- *Es errada la posición del señor Procurador cuando indica que a la luz de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, es válido imponer sanciones frente al incumplimiento de un deber procesal y que ello opera de manera directa e inmediata cuando se incumple un deber procesal ante un proceso administrativo sancionador en la medida en que esa transposición es permitida en el derecho colombiano.*
- *No es lógico para esta oportunidad, en la medida en que esas sanciones son permitidas cuando se está al frente del incumplimiento de un deber procesal válido, y aquí, ese deber no es válido por infringir el derecho a la no autoincriminación.*
- *Por último, la interpretación que efectúa el señor Procurador al considerar que la prueba de embriaguez practicada por el Agente de Tránsito es constitucional por cuanto no requiere la participación de un Juez de garantías, en la medida en que no afecta “los derechos a la libertad, las comunicaciones ni el domicilio,” es dejar de lado que justamente la nueva interpretación del principio de no autoincriminación que está soportado en la libertad plena del conductor de no colaborar con la actuación administrativa apoyado en la dignidad humana, y en el derecho de la no autoincriminación.*

A su turno, y cuando me encuentro elaborando este trabajo de investigación para obtener el grado de Abogada me encuentro con que la Corte Constitucional mediante sentencia C-633 del 3 de septiembre de 2014, declara *exequible* justamente el parágrafo 3° del artículo 5° de la Ley 1696 del 19 de diciembre de 2013 que para criterio de esta autora sigue siendo no ajustada a nuestra Carta Política por claras razones muy diferentes a las invocadas por la Corporación.

La Corte Constitucional para sustentar su decisión, la fundamenta en una nueva posición acerca (i) del derecho a no autoincriminación y la actitud de asumir comportamientos pasivos, y (ii) en fijar una posición haciendo referencia a la actividad peligrosa y a las relaciones de sujeción especial en que se encuentra el conductor en estado de embriaguez.

En lo referente a la **nueva** posición de la Corte Constitucional sobre el derecho de no autoincriminación y los comportamientos pasivos, ésta corporación expresa lo siguiente:

“4.4.4. El derecho a asumir comportamientos pasivos como estrategia de defensa, plantea el asunto relativo a su fundamento constitucional. En particular, la pregunta que surge es si además del artículo 29 de la Carta, la garantía de no autoincriminación prevista en la primera frase del artículo 33 ofrece sustento a tal derecho y, en caso de ser ello así, que tipo de relación existe entre uno y otro. El referido artículo prescribe que nadie podrá ser obligado a declarar en su contra lo que implica, según lo ha sostenido ampliamente la jurisprudencia constitucional, la facultad de callar o no callar, sin ningún tipo de apremio, respecto de hechos o circunstancias que podrían afectar al investigado o sindicado^{[53].95}

La Corte considera que el derecho a comportarse pasivamente en un proceso sancionatorio se encuentra protegido constitucionalmente por el derecho de defensa y, en cuanto se refiere a la decisión de no declarar, se encuentra protegido también por el artículo 33 de la Constitución. Sin embargo, la decisión de no declarar no es la única posibilidad de actuar pasivamente en el proceso en tanto la persona podría, entre otras cosas, abstenerse de presentar pruebas o alegatos.

En ese sentido, toda violación del derecho a la no autoincriminación (art. 33) constituye una violación del derecho a la actuación pasiva en el proceso

⁹⁵[53] Numerosos son los pronunciamientos en los que la Corte se ha ocupado de establecer el alcance de derecho a la no autoincriminación indicando el tipo de procesos a los que se aplica y la clase de comportamientos que se encuentran protegidos por el artículo 33 de la Constitución. En esa dirección se encuentran, entre otras, las sentencias C-067 de 1996, C-319 de 1996, C-403 de 1997, C-426 de 1997, C-621 de 1998, C-622 de 1998, C-422 de 2002, C-431 de 2004, C-102 de 2005, C-782 de 2005 y C-115 de 2008.

sancionatorio -amparada por el derecho de defensa (art. 29)^[54] 96. Sin embargo, no toda violación del derecho a asumir comportamientos pasivos constituye una violación de la garantía a la no autoincriminación, en tanto esta última únicamente protege al sujeto –mediante una norma con estructura de regla- ante cualquier intento de obligarlo a emitir una declaración o manifestación escrita u oral que puede incriminarlo. **Así las cosas, salvo que se trate de la imposición de una obligación de declarar, cualquier otra intervención en el derecho a comportarse pasivamente en un proceso sancionatorio, constituye una intervención en el derecho a la defensa cuya validez deberá evaluarse teniendo como punto de partida que se encuentra reconocido por una norma con estructura de principio.**

La Corte entiende que esta comprensión del derecho a la no autoincriminación es la que mejor se ajusta al texto de la Carta. En consecuencia, aunque en algún pronunciamiento se había sugerido que la posibilidad de ordenar registros o inspecciones corporales en el imputado afectaba el derecho a la no autoincriminación^[55] 97, es necesario reconocer que en esos casos no es directamente relevante la garantía del artículo 33. Esta se opone, de manera definitiva, a cualquier intento de obtener mediante la coacción una declaración incriminatoria. No se extiende, prima facie, a otro tipo de actividad probatoria.

4.4.5. De lo expuesto se extraen las siguientes premisas que orientarán el análisis de la constitucionalidad de las disposiciones acusadas. En primer lugar, (i) el derecho de defensa y el derecho a la no autoincriminación constituyen elementos fundamentales del derecho al debido proceso reconocido por el artículo 29 de la Constitución. En segundo lugar, (ii) el derecho defensa protege todos los comportamientos, activos y pasivos que asuma la persona investigada o sometida a un proceso sancionatorio. En esa dirección y no existiendo un deber específico de contribuir a desvirtuar la propia inocencia, la persona se encuentra habilitada para guardar silencio o no hacerlo, para actuar o no actuar en el curso del proceso, para presentar o no presentar pruebas, para impugnar o no las decisiones. En tercer lugar, (iii) **el derecho a la no autoincriminación protegido por la regla prevista en el artículo 33 de la Carta prohíbe que las autoridades obliguen a las personas a emitir declaraciones o manifestaciones que puedan incriminarlas. De ello se sigue que el desconocimiento del derecho a la autoincriminación constituye simultáneamente una violación del derecho de defensa. Sin embargo, no toda restricción legislativa del derecho a actuar pasivamente en el proceso se encuentra prohibida por la garantía de no autoincriminación.**”(Negrilla fuera de texto)

⁹⁶[54] El artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone en el numeral 3 que durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.” En un sentido similar se encuentra el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁹⁷[55] Sentencia C-822 de 2005.

En forma más concreta, la Corte Constitucional en su sentencia C-633 de 2014, se expresa para declarar ajustado a la Carta Política la solicitud – o exigencia respetuosa- del Agente de Tránsito al conductor para que realice la prueba con un alcohosensor, en la medida en que,

“El punto de partida de esta conclusión se edifica en las siguientes dos premisas. En primer lugar, (i) es ampliamente reconocido por la jurisprudencia colombiana, que la actividad de conducción es una actividad peligrosa que justifica una intervención acentuada e intensa por parte de las autoridades con el propósito de controlar los riesgos que a ella se anudan y, en segundo lugar, (ii) como consecuencia de lo anterior existe una relación de especial sujeción entre los conductores y las autoridades de tránsito que permiten la imposición de obligaciones especiales, tal como es reconocido desde el artículo 1º del Código Nacional de Tránsito, en el que se establece que aunque todo colombiano tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, *“está sujeto a la intervención y reglamentación de las autoridades para garantía de la seguridad y comodidad de los habitantes, especialmente de los peatones y de los discapacitados físicos y mentales, para la preservación de un ambiente sano y la protección del uso común del espacio público”*.

De acuerdo con ello, reprochar administrativamente el incumplimiento de la orden dada por una autoridad a quien le ha sido atribuida la competencia para impartirla resulta, en principio, plenamente compatible con la Constitución. En esa dirección, el deber de respeto de las decisiones adoptadas por las autoridades en ejercicio del poder público, es una condición necesaria para la existencia del Estado de Derecho. Las personas, en tanto titulares de derechos, tienen la obligación de asumir ese tipo de responsabilidades.

(...) 4.5.3. Cumplir el requerimiento hecho por las autoridades de tránsito para la realización de las pruebas físicas o clínicas orientadas a determinar la presencia de alcohol en el cuerpo de un conductor, persigue una finalidad constitucional de alto valor en tanto las autoridades pueden controlar los riesgos asociados a la conducción y, en particular, a la intensificación de los mismos cuando ello se hace bajo los efectos del alcohol. Por consiguiente, fijar sanciones en caso de incumplimiento de la obligación de realizarse las pruebas físicas o clínicas, tiene como objetivo obstaculizar la afectación de diferentes intereses constitucionales, entre ellos la vida y la integridad personal, mediante el control de una fuente de riesgo. Este tipo de medidas, cuando son establecidas han sido denominadas por algún sector de la dogmática como infracciones *obstáculo*, en tanto tienen por finalidad suprimir un supuesto fáctico que de actualizarse generaría una amenaza de bienes jurídicos importantes. Tal tipo de regulación, aunque pueda dar lugar a otros debates constitucionales no planteados en esta oportunidad, es compatible con la Carta, siempre y cuando sean necesarios para proteger intereses de especial valía constitucional.

(...) Considerando que la medida tiene como finalidad controlar una fuente de riesgo para intereses constitucionales con un alto valor constitucional como la vida y la integridad personal, empleando una estrategia que genera incentivos suficientes para admitir la realización de la prueba, se concluye que no es caprichosa y además es efectivamente conducente. Cuando las personas adoptan la decisión de conducir vehículos automotores aceptan integrarse a una relación de especial sujeción respecto de las autoridades de tránsito, que las habilita para prevenir y sancionar los comportamientos que afectan o agravan la seguridad del tránsito. Los conductores, entonces, deben asumir que las autoridades de tránsito intervengan en cualquier momento, dentro de los límites fijados en la ley, para asegurar que el ejercicio de esta actividad peligrosa se desarrolle en condiciones adecuadas. En esa dirección, imponer el deber de practicarse los exámenes físicos y clínicos, bajo la amenaza de una sanción, constituye un instrumento valioso. Se trata, reitera la Corte, de una consecuencia derivada de la decisión de emprender el ejercicio de una actividad peligrosa en la que la prevención constituye uno de los ejes cardinales.”

Para esta autora, y aceptando que la Corte Constitucional declaró exequible justamente la disposición que estoy controvirtiendo en este escrito, me mantengo en mi posición argumentativa, y señalo las falencias de la corporación para tomar su decisión, como son las siguientes:

- La misma Corte Constitucional en su sentencia C-633 de 2014, hace referencia a su sentencia C-621 de 1998, que en relación con el derecho a la no autoincriminación comenta lo siguiente:

“Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. **Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor.** Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, **le es permitido callar.** Más aún, la Constitución **le asegura que no puede ser obligado a hablar** si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados.” (Subrayas no hacen parte del texto original)

Es decir, la Corte en el año 1998 aceptaba sin gracia de discusión que el derecho de no autoincriminación permitía que la persona que gozaba de la presunción de inocencia, y en aras de su derecho de defensa pudiera adoptar comportamientos

diferentes a los de solamente declarar en materia de protección del derecho a no autoincriminación, toda vez que *“reviste una amplitud mayor, pues esta no restringe la vigencia del mismo a determinados asuntos, por lo que cabe su exigencia en todos sus ámbitos de la actuación de las personas, ya que se orienta a proteger a las personas, frente a la actividad sancionatoria del Estado.”*⁹⁸, en otras palabras, le es permitido un hacer o dejar de hacer, decir o dejar de decir; situación que también encontramos soporte en el derecho de Costa Rica que en aras de ser garantista el Tribunal Constitucional *“Al respecto, esta Sala ha indicado: “...Debe entonces quedar claro que cuando al encartado se le pida o exija hacer algo -es decir una conducta activa entonces se convierte en sujeto de prueba y puede negarse a realizarlo, dado que la Constitución Política garantiza el derecho a no incriminarse a sí mismo.”*⁹⁹

He aquí la gran diferencia de criterio argumentativo entre lo expresado por nuestra Corte Constitucional y la suscrita. Para mi concepto, la Corte baja el tinte garantista que se le debe ofrecer a cualquier presunto responsable de una sanción, y desconoce esa concepción del derecho a no autoincriminación, la Corte cercena sin causa justificada los límites del derecho de no autoincriminación.

De otra parte, si bien es cierto la Corte Constitucional en varias sentencias¹⁰⁰ ha dicho que el derecho de no autoincriminación sola hace referencia a la garantía de no declarar contra sí mismo o sus familiares por parte de la persona objeto de una posible sanción.

Considero que las diferencias con la Corte, no se definen por la cantidad de sentencias en una u otra posición, sino que se debe acudir a un principio que de mayores garantías en protección del derecho fundamental de no autoincriminación, y esa diferencia la dirime **el principio pro homine** que nos da la respuesta.

La Corte Constitucional en su Sentencia T-284 de 2006 dijo lo siguiente:

El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, **estar siempre a favor del hombre**.

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2011.

⁹⁹ Ver infra 121.

¹⁰⁰ Ver sentencias C-422 de 2002, C-431 de 2004, C-102 de 2005, C-228 de 2003, C-024 de 1994, T-1031 de 2001, C-782 de 2005, C-776 de 2001.

Esta Corporación en varias oportunidades⁽⁴⁶⁾¹⁰¹ se ha pronunciado sobre la aplicabilidad de este principio en materia de interpretación de los derechos fundamentales y los derechos humanos. Así por ejemplo en la Sentencia C-1056 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se señaló:

***“De otra parte es necesario tener en cuenta además que de acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽⁴⁷⁾¹⁰², siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanos⁽⁴⁸⁾¹⁰³ conocida también como principio pro homine, que tanto la jurisprudencia de la Comisión Interamericana⁽⁴⁹⁾¹⁰⁴ como de la Corte Constitucional ha aplicado en repetidas ocasiones⁽⁵⁰⁾¹⁰⁵.*”**

La Corte Constitucional ha hecho referencia en efecto a dicha cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos en relación con la interpretación de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y su aplicación frente a los mandatos constitucionales y ha señalado que frente a aquellos prevalecen las normas contenidas en la Constitución cuando ellas ofrecen mayores garantías de protección de los derechos de las personas.

Así por ejemplo en la Sentencia C-251 de 1997 en la que la Corte hizo la revisión constitucional del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo

¹⁰¹[46] Ver por ejemplo las Sentencias C-551 de 2003, C-817 y C-1056 de 2004, C-148 de 2005 y C-187 de 2006.

¹⁰²[47] “Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

¹⁰³[48] Así, por ejemplo, el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala lo siguiente: “Artículo 5: 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

¹⁰⁴[49] Cuando la Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio pro homine en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo” Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, nº 5, párrafo 46.

¹⁰⁵[50] Ver, entre otras, las sentencias C-408 de 1996 y C-251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-251/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett y Clara Inés Vargas Hernández. S.V. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.

de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, y de la Ley aprobatoria No. 319 del 20 de septiembre de 1996, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo, se señaló lo siguiente:

“14- El artículo 4º consagra una regla hermenéutica que es de fundamental importancia, pues señala que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. Esta regla, cuya constitucionalidad y carácter vinculante en el ordenamiento colombiano ya ha sido reconocida por esta Corte en relación con otros convenios de derechos humanos⁽⁵¹⁾¹⁰⁶, muestra además que el objeto del presente Protocolo no es disminuir sino aumentar las protecciones brindadas a los derechos económicos, sociales y culturales.

15- En ese mismo orden de ideas, la Corte coincide con algunos de los intervinientes que señalan que, en virtud de la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, el artículo 5º no puede ser entendido como una norma que autoriza restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, si en otros instrumentos internacionales, o en la propia Constitución, tales derechos no tienen restricciones. Por ello, esta Corporación considera que este artículo está consagrando garantías suplementarias en relación con la eventual limitación de los derechos previstos en el Protocolo, puesto que señala que ésta sólo podrá efectuarse por normas legales, que tengan una finalidad particular, como es preservar el bienestar general dentro una sociedad democrática, y siempre y cuando se respete el contenido esencial de esos derechos. En tal entendido, la Corte considera que estas normas son exequibles.”⁽⁵²⁾¹⁰⁷

En este orden de ideas, los jueces deben propender por la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos, pues se trata de garantizar que, en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas en materia sancionatoria o anulatoria se lleve a cabo sin acudir a criterios extensivos o analógicos, y tome en cuenta el principio de legalidad, y en últimas, de acuerdo con los criterios "pro-homine", derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano.

¹⁰⁶[51] Ver, por ejemplo, la sentencia C-408/96, fundamento jurídico No 14.

¹⁰⁷[52] Sentencia C- 251/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Queda pues enteramente claro que con la sentencia C-633 de 2014, la Corte Constitucional opta por una posición más restrictiva del derecho fundamental de no autoincriminación, posición que va en contravía del mismo Bloque de Constitucionalidad que la Corte prohija en forma permanente, pues de acuerdo con la sentencia acabada de referenciar, en mi criterio es claro que siempre se debe tomar partida por aquella posición que de más garantías al inculpado, debe apartarse de la restricción de los derechos fundamentales, que bajado a mi caso significa, que entre proteger el derecho a no autoincriminación entendido solamente como el derecho a no declarar en contra de sí mismo, y de su familia, y aquella que reviste mayor amplitud en la interpretación del derecho de no autoincriminación como es también *el derecho de hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir* todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico garantiza y ha establecido en su favor, se debe acoger esta última posición. Por esta razón, avalo que la línea correcta de interpretación es la considerada por el Tribunal Constitucional de Costa Rica y el aparte de la sentencia C-621 de 1998 que hice referencia inmediatamente atrás.

- Con extrañeza encuentro que la Corte Constitucional para darle visos de constitucionalidad a una actividad netamente administrativa, como es la posibilidad que un Agente de Tránsito le solicite – o mejor exija- a una persona que lleve a cabo una prueba de alcoholemia a través de alcohosensor, tenga que acudir a una figura jurídica netamente civil como es la actividad peligrosa, y para un caso no contemplado en esta materia, no me parece adecuado su interpretación en esta oportunidad. Esa interpretación esta fuera de lugar.

Y ello lo señalo por qué esa figura hace su presencia únicamente cuando se está al frente de ***un daño cierto***, no cuando se pretende compeler a una persona que realice una prueba con un alcohosensor, pues es claro que en ese momento no hay un daño creado por ese conductor, si acaso un daño eventual. Aquí nos encontramos en un plano diferente, en una relación entre una autoridad pública que le imparte una orden a un particular, y éste la cumple o se excusa de ella. No hay daño alguno.

Es que la actividad peligrosa bajo los lineamientos de la teoría del riesgo, o responsabilidad objetiva, o mejor bajo *“otros títulos de imputación no subjetivos”*⁽¹²⁾¹⁰⁸, es clara en indicar que su finalidad es la de obtener la reparación de los perjuicios causados por el daño generado por esa actividad peligrosa, para nada más se aplica esta teoría.

¹⁰⁸[12] “el paradigma clásico de la responsabilidad civil era un modelo monocéntrico, que no admitía otro factor de imputación que la culpa. La alteración radical del modelo, fruto de la evolución desde un sistema de raigambre penal (preventivo – punitivo) hacia otro basado en la exclusiva función resarcitoria de la indemnización, ha obligado a reconocer el juego de otros títulos de imputación distintos de la culpa (riesgo creado, sacrificio especial e incumplimiento). Medina Alcoz, Luis, “La responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causal: ¿Problema de daño, de causa o de la prueba?”, en Revista de Responsabilidad Civil y del Estado, 2012, N° 30, febrero, p. 150.

La Corte Suprema de Justicia es la primera en nuestro país en aplicar esta teoría en su sentencia del 18 de mayo de 1938¹⁰⁹, “a los daños causados por una locomotora de ferrocarril, aplicando el artículo 2356 del Código Civil y presume la culpa del causante del daño. Con la revolución industrial, en el normal desarrollo de las actividades se generaron nuevos riesgos para las personas; por ejemplo: la utilización de diferentes tipos de máquinas y de productos peligrosos, el transporte masivo, el desarrollo de las nuevas fuentes de energía, la producción en masa y los horarios de trabajo excesivos.

Ante esta situación, la teoría de las actividades peligrosas surge como fomento de aquellas hipótesis en que se ha causado un daño proveniente de un riesgo que ha generado una persona para desarrollar una actividad haciendo asumir riesgos innecesarios a sus conciudadanos y en caso de materializarse, es justo que la persona que se beneficie debe indemnizar⁽²³⁾¹¹⁰.

“En este nuevo contexto, se observó que algunas personas desarrollaban actividades peligrosas⁽¹³⁾¹¹¹ de las cuales se beneficiaban, al tiempo que ponían en riesgo a particulares que no obtenían ninguna ventaja y a los que, en ocasiones, se les causaban lesiones patrimoniales. Para tales casos, se creyó conveniente trasladar las cargas a quienes obtenían un provecho real por el ejercicio de la actividad⁽¹⁴⁾¹¹².

(...)Surge entonces la teoría del riesgo, gracias a las ideas civilistas de Saleilles, Josserand y Rippert a finales del siglo XIX, quienes sin tener en cuenta la idea de la culpa, consideraron que quien obtiene beneficios por una actividad asume los daños que produzca⁽¹⁶⁾¹¹³. En 1987, la Corte de Casación francesa reconoció la responsabilidad por el hecho de las cosas y en 1898 se consagró legislativamente la responsabilidad civil objetiva por accidente de trabajo⁽¹⁷⁾¹¹⁴”

¹⁰⁹Arenas Mendoza, Hugo Andrés, El régimen de responsabilidad objetiva, editorial Temis. P. 72. 2014.

¹¹⁰[23] Arenas Mendoza, Hugo Andrés, El régimen de responsabilidad objetiva, op. Cit., pp. 75-113

¹¹¹[13] TAMAYO JARAMILLO, Javier óp. Cit“Para nosotros, peligrosa es toda actividad que, una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por si solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos”... 2011, p. 935

¹¹²[14] RAMOS ACEVEDO, Jairo, óp. Cit.“Debe decirse que la misma persona que corre con las expectativas de provecho cargue con los riesgos de pérdidas. Ubiemolumnetum, ibionus. (Allí donde está el provecho, allí deben estar las cargas). He aquí el postulado básico de la teoría de los riesgos, llamada también de responsabilidad objetiva, porque pretende superar la intervención de opiniones subjetivas a cerca de lo que es o no reprochable moralmente, y, en su lugar, aspira colocarse en el terreno positivo de las estadísticas de los costos de producción”p. 13

¹¹³[16] “La teoría del riesgo no es propia del derecho administrativo, sino que debe su origen a la doctrina civilista (Saleilles, Josserand y Rippert) que desde finales del siglo XIX ha defendido una nueva justificación de la responsabilidad civil que prescinde de la necesidad de la culpa para su configuración, con base en el aforismo Ubiemolumnetum, ibionus, según el cual, quien quiera que obtenga beneficios de una actividad generadora de riesgos, asume las cargas que de estos se deriven. Serrano Escobar, Luis Guillermo, Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2011, pp. 250-251

¹¹⁴[17] “En 1897, Saleilles y Josserand iniciaron el despegue definitivo de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas del artículo 1384 del Código Civil Francés. La explosión de una caldera llevo a la Corte de Casación francesa a consagrar, por primera vez, la

Como se observa en la teoría del riesgo, o la de la responsabilidad objetiva que incluye las actividades peligrosas, impone una condición sine qua non para el evento que ese riesgo cause un daño y para que se responda por los perjuicios causados, y en la disposición demandada y declarada executable por la Corte Constitucional no se está al frente de un riesgo que genere un daño, - un asunto netamente casuístico desde el punto de vista civil-, sino que estamos al frente de la solicitud – por no decir orden – dada por un Agente de Tránsito a un conductor para que se practica una prueba de alcoholemia a través de un alcohosensor, es decir, un tema relacionado con autoridad pública, no un tema de tinte civil.

- La Corte Constitucional avala la norma que objeto como contrario a la Carta política, por qué en su opinión la orden que da el Agente de Tránsito al conductor para que se practica la prueba de alcoholemia con un alcohosensor se encuentra dentro de una clara relación de especial sujeción en donde todo particular está compelido a cumplir por ser un deber constitucional de cumplir con la ley, pues esa orden cumple una finalidad establecida en la Ley 769 de 2002 consistente en “*garantizar la seguridad y comodidad de los habitantes, especialmente de los peatones y de los discapacitados físicos y mentales, para la preservación de un ambiente sano y la protección del uso común del espacio público.*”, premisa que en primera instancia es idónea desde el punto de vista constitucional. Pero me pregunto: ¿Esa actuación del Agente de Tránsito es la más idónea para cumplir ese fin constitucional? ¿Acaso la orden del Agente de Tránsito no es la más restrictiva de los derechos fundamentales del conductor que se le exige practicar una prueba con un alcohosensor? ¿Es legítimo que el conductor solo quede compelido a un actuar, como es cumplir esa orden?, ¿o es constitucional que el conductor se puede negar a cumplir esa orden por considerar que se le vulneran algunos derechos fundamentales que le garantiza el Estado?

Soy de la partida que el conductor se puede negar a practicarse la prueba con el alcohosensor por lo expuesto anteriormente, y de la misma manera por qué la relación de sujeción especial en criterio del profesor español Lorenzo Cotino¹¹⁵ nos indica que son “*las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación*”⁽¹⁴⁾¹¹⁶, en donde estas “*relaciones de especial*

teoría de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas contemplada en el artículo 1384 del Código Civil. Más tarde, en 1898, se consagra legalmente la responsabilidad civil objetiva por accidentes de trabajo”. Tamayo Jaramillo, Javier, óp. Cit., 2011, p. 820.

¹¹⁵http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,27/

¹¹⁶[14] Cfr. LOPEZ BENITEZ, Mariano, Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, Civitas, Madrid, 1994, p. 161 – 162.

sujeción ha dejado de ser aquel útil instrumento que justificaba con la relativa facilidad las limitaciones a los derechos y libertades, por lo cual, parece que ya no interesa empleo en algunos ámbitos específicos.

La evolución del Tribunal Supremo ha sido lenta. Al margen de las relaciones de sujeción especial, cabe señalar que hasta finales de la década de los años ochenta la jurisprudencia de este órgano tendía a hacer prevalente el interés público sobre otros intereses, incluidos los derechos fundamentales⁽⁷⁸⁾¹¹⁷. Solo desde el 1989 comenzó a hacerse valer el verdadero peso que tienen los derechos y libertades en un estado constitucional. En ese año se encuentran resoluciones donde ya se habla, en primer lugar de “equilibrio” entre unos y otros intereses y, poco después, se afirma ya la “posición preferente” de los derechos fundamentales⁽⁷⁹⁾¹¹⁸.”

Con lo traído del derecho español, lo que quiero significar es que la imposición de una relación de sujeción especial, siempre debe quedar limitada frente a los derechos fundamentales, y no como anteriormente se sostenía, que aquella limitaba o restringía siempre los derechos fundamentales. Lo que pido es un acomodamiento a la posición actual del derecho comparado en este materia.

Acomodamiento que nuestra Corte Constitucional no es ajeno, tan solo pido que para este caso en concreto mantenga esa protección hacia el derecho fundamental y no hacia la relación de sujeción especial. La Corte en su sentencia T-825 de 2009, dijo lo siguiente:

“A pesar de ello, cuando una persona es condenada a una pena privativa de la libertad, sufre una restricción sobre algunos de sus derechos fundamentales. Así, el derecho a la libertad personal y la libertad de locomoción se suspenden⁽⁵⁾¹¹⁹; otros derechos enfrentan limitaciones derivadas de la naturaleza de la pena privativa de la libertad, como sucede con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, el derecho de reunión y la especial protección a la familia. Finalmente, existen derechos que son intangibles en el marco de la pena privativa de la libertad pues, como ha precisado esta Corporación, es ilegítima cualquier restricción innecesaria a derechos constitucionales, así que derechos como la vida, la integridad personal, la salud, el derecho de petición y el debido proceso no se encuentran sujetos a ningún límite o restricción⁽⁶⁾¹²⁰.”

¹¹⁷ [78] En este sentido, GARCIA MACHO, p. 208.

¹¹⁸ [79] Así, respectivamente, en sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo y sentencia de 1 de junio de 1989, citadas por el autor referido.

¹¹⁹[5] Puede suceder lo mismo con algunos derechos políticos, como el de ocupar cargos públicos, dependiendo de la condena impuesta por el juez.

¹²⁰[6] Al respecto, ver la sentencia T-596 de 1992: “Según esto, si bien es cierto que la condición de prisionero determina una drástica limitación de los derechos fundamentales, dicha limitación debe ser la mínima necesaria para lograr el fin propuesto. Toda limitación adicional debe ser entendida como un exceso y, por lo tanto, como una violación de tales derechos. La órbita de los derechos del preso cuya limitación resulta innecesaria, es tan digna de respeto y su protección constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias. Los derechos no limitados del sindicado o del condenado, son derechos

(...)Por otra parte, en íntima relación con el problema que ocupa a la Sala, la Corte ha enfatizado en que el derecho fundamental al debido proceso no es susceptible de suspensión, ni restricción alguna, en el ámbito de la ejecución de una condena penal. Como lo expresó la Corporación en la sentencia T-705 de 1996, el respeto por este derecho fundamental *“no se queda en las puertas de la cárcel”*.

En pocas palabras, me mantengo en que la disposición declarada exequible por la Corte Constitucional, no se ajusta a la Carta Política porque en referencia con el tema de la relación de sujeción especial no es aplicable esta figura como lo interpreta la Corporación, por la sencilla razón que vulnera derechos fundamentales del conductor, tales como el derecho al debido proceso, la no autoincriminación, la dignidad humana entre otros, y para ello me soporto en todo lo manifestado hasta el momento, y en lo que más adelante expresare para llegar a una conclusión integral en el sentido que la norma objeto en esta oportunidad es a todas luces contraria a la Constitución Nacional.

2.1.2 La prueba de alcoholemia en el derecho comparado. Para hacer un análisis del derecho comparado sobre el tema que nos ocupa en esta investigación, entramos pues a plantear dos situaciones en particular, una donde la persona acepta voluntariamente que se le practique la prueba de alcoholemia a través del alcohosensor por un Agente de Tránsito, y otra cuando la persona se niega a que se le practique esta misma prueba a través de este procedimiento por parte del Agente de Tránsito. He ahí el dilema en pocas palabras que confluye este asunto.

En el primer caso no hay discusión, es constitucional y es legal puesto que esta persona permite voluntariamente que se le realice la práctica de la prueba de embriaguez y por consiguiente esa persona no sufre vulneración de sus derechos fundamentales.

Para la segunda situación, cuando es el Agente de Tránsito el que practica la prueba con alcohosensor y la persona se niega a realizarla, en el derecho comparado podría decirse que mayoritariamente a esa persona no se le vulnera derecho fundamental alguno, y más bien está obligado a practicarse ese procedimiento, aunque encontramos algunas excepciones relevantes.

en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado su protección.” Además, la Corte se ha referido específicamente a la obligación del Estado de velar por la eficacia del derecho a la salud (T-522 de 1992, T-388 de 1993), el mínimo vital T-714 de 1996, el derecho de petición T-705 de 1996, T-436 de 2006, T-571 de 2008, y el debido proceso (T-966 de 2000, T-1670 de 2000), entre otros.

En Costa Rica¹²¹, se avala constitucionalmente que el Agente de Tránsito lleve a cabo ese procedimiento, pues allí *“En cuanto a las pruebas de alcoholemia practicadas al encartado, no existe ninguna exigencia constitucional de advertir al imputado su derecho de oponerse a la prueba o de brindarle asistencia letrada en ese momento, no se trata de un derivado del derecho de abstenerse de declarar, cuya advertencia sí se establece como vinculante por la Constitución Política y la ley procesal penal.*

Poresa razón, la Sala estima como válida la utilización del cuerpo como objeto de prueba, sin necesidad de hacer las advertencias y garantías previstas en la Constitución y la ley para otros casos, pues se considera que el derecho de no inculparse no se extiende a esos límites, y se trata además, de pruebas no lesivas de la dignidad o salud del examinado.

Este tipo de pruebas, no son fines en sí mismas, y están sujetas al principio de contradicción ante la autoridad competente, de tal forma que es ante ésta que, con asistencia letrada, se establece el contradictorio con ejercicio pleno del derecho de defensa y sus derivados.

Lo anterior implica que la prueba de alcoholemia, como prueba técnico científica, queda sometida al sistema de valoración similar al del resto de las pruebas que puedan allegarse al expediente en relación con el hecho acusado, esto es, al de sana crítica racional. (Si cita voto de la Sala Constitucional n° 2000-06966 de las 14:48 horas del 9 de 2001.”

No obstante lo anterior, esta misma Corporación Constitucional Costarricense; *“Indica la Sala que cuando al encartado se le pida o exija hacer algo -es decir una conducta activa- entonces se convierte sujeto de prueba y puede negarse a realizarlo, dado que la Constitución Política garantiza el derecho a no inculparse a sí mismo. Sin embargo, cuando el imputado es objeto de prueba –es decir cuando no implica un hacer de su parte- sino que es examinado por otros, su consentimiento no es necesario, siendo los límites legales fijados conforme a la utilidad, proporcionalidad y seguridad de la prueba efectuada, debiendo ser recabada por personal idóneo y sin poner en peligro la vida o integridad física del sospechoso (Se reitera voto n° 2001-01132, de las 9:25 horas del 23 de noviembre de 2001).”,* y ello en la medida en que *“Al contarse, con el consentimiento de la endilgada en someterse voluntariamente a la prueba del alcohómetro, no cabe la posibilidad de alegar que la prueba es espuria por no advertirse su derecho a realizar alternativamente un examen de sangre, pues la alcoholemia como tal, no implica un procedimiento ilícito o inconstitucional y por ende su realización no atenta de ninguna manera contra los derechos de la imputada.*

¹²¹ Las sentencias que se hacen referencia del Estado de Costa Rica fueron extraídas de la siguiente dirección electrónica: http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/boletines_jurisp/bol-2008/157-2008.pdf

Distinto sería el caso, de que la persona se niegue a realizar tal procedimiento, en cuyo caso, la autoridad policial se encuentra totalmente vedada para compeler a la persona a realizar la acción de soplar el mecanismo sensor correspondiente, siendo lo procedente el traslado a un Centro Hospitalario para realizar la extracción de sangre y ponderar el porcentaje de alcohol que se encuentre concentrada en la misma.

Al respecto, esta Sala ha indicado: "...Debe entonces quedar claro que cuando al encartado se le pida o exija hacer algo -es decir una conducta activa entonces se convierte en sujeto de prueba y puede negarse a realizarlo, dado que la Constitución Política garantiza el derecho a no inculparse a sí mismo.

Pero cuando el imputado es objeto de prueba -es decir cuando no implica un hacer de su parte- sino que es examinado por otros, su consentimiento no es necesario, siendo los límites legales fijados conforme a la utilidad, proporcionalidad y seguridad de la prueba efectuada, debiendo ser recabada por personal idóneo y sin poner en peligro la vida o integridad física del sospechoso..."

(Ver voto: 2001-01132, de las 9:25 horas del 23 de noviembre de 2001)." (VOTO:

2008-0282. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Expediente: Único 04-202194-305-PE. San José, a las nueve horas veinticinco minutos del siete de abril de dos mil ocho. Intervienen en la decisión del recurso los magistrados José Manuel Arroyo G., Jesús Alberto Ramírez Q., Magda Pereira V., Carlos Chinchilla S., Lilliam García. No. Int. 1603-3/3-06."

Queda claro que en Costa Rica, efectuarse la prueba de alcoholemia a través de alcohol sensor con la autorización de la persona y en forma voluntaria, es válida constitucionalmente, pero desde el mismo momento en que la persona se niega a realizarse la prueba de embriaguez, el Agente de Tránsito se debe abstener de llevarla a cabo, y en forma inmediata debe trasladar a esa persona para la prueba de sangre a un centro hospitalario, toda vez que desde ese mismo momento de la negativa a practicarse esa prueba con alcohol sensor, lo hace en la medida en que le pide o exige algo, que lo convierte en sujeto de prueba y por ende puede negarse a realizarlo, "dado que la Constitución Política garantiza el derecho a no inculparse a sí mismo.", lo que nos lleva a señalar que esta misma razón de derecho se debe aplicar en Colombia, más aún, cuando en nuestro país frente a ese negativa se le endilga unas sanciones administrativas totalmente nulas y desproporcionadas¹²², es decir, cuando se está al frente de un persona que es considerado sujeto de prueba – entiéndase cuando se le pide o exige hacer algo, como es realizar por sí mismo elactode expirar-, el Agente de Tránsito en Costa Rica se debe abstener de continuar con este procedimiento, lo que traído a nuestro país conllevaría que no puede practicar dicha prueba.

¹²² Ver parágrafo 3 del art. 5° de la Ley 1696 de 2013.

Entiéndase que cuando estamos al frente de una persona como objeto de prueba – *“cuando no implica un hacer de su parte- sino que es examinado por otros, su consentimiento no es necesario, siendo los límites legales fijados conforme a la utilidad, proporcionalidad y seguridad de la prueba efectuada, debiendo ser recabada por personal idóneo y sin poner en peligro la vida o integridad física del sospechoso...”* -, no puede haber oposición de esa persona, caso en el cual en nuestro país, tampoco el Agente de Tránsito puede continuar con este procedimiento por las razones que más adelante señalare.

En el Perú, al consultar la Tesis para obtener el título de Post-Grado en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2002, por parte de Fanny Soledad Quispe Farfán, denominada *“El Derecho a la No Incriminación y su aplicación en el Perú.”*, se tiene claro que *“En estos procesos se ha cuestionado públicamente el silencio de algunos de los investigados o su renuencia a colaborar con las investigaciones.*

Silencio que si bien puede ser éticamente reprochable por la naturaleza de la acusación, es jurídicamente permitido.”, y en esa medida se ha tratado de alguna manera en desconocer el derecho a la no incriminación, dando a entender que *“la no incriminación entendida como el derecho del procesado de introducir en el proceso la información que él considera conveniente, se ha visto poco desarrollado en nuestro país y su expresión mínima, cual es no ser coaccionado a declarar, se ha reducido a la prohibición de violencia física, es decir de la tortura, olvidándose sus alcances en los que se conoce como la coacción moral y el derecho al silencio.”*, y ello debido a que en el fondo se encuentra el *“debate sobre la calidad del inculpado como objeto del proceso y su posterior reconocimiento como sujeto,”* reduciendo la no incriminación tan *“solo a evitar que se produzcan declaraciones bajo algún tipo de coacción física o moral y no se entienden su real contenido.”*

Comenta esta autora que en su país, el derecho a declarar y a la no incriminación es reducido en su aplicación, pero a pesar de esto existe consenso que no se puede utilizar la violencia física o moral contra la persona para obligarlo a declarar, ella insiste en que el derecho a la no incriminación no contempla *“en su amplitud el derecho al silencio y el derecho que tiene el procesado de introducir al proceso solo aquello que considere conveniente.”*, lo que parecería deducirse en presentar un interrogante para el interés de esta argumentación.

La pregunta es: *“¿Existe el deber de someterse a una intervención corporal o el deber de proporcionar documentos u otros que puedan auto incriminar?”*[La Dra. Fanny Soledad Quispe responde, así:] *Algunos sostienen que dichas intervenciones atentan contra el derecho a no incriminarse del inculpado, ya que se exige una determinada conducta de su parte que lo va perjudicar. Sin embargo entendiendo como declaración “el ingreso de información a través de una manifestación oral o escrita”, el concepto de declaración se restringe.*

Se ha establecido que al no exigirse una conducta activa de parte del inculpado, no podemos hablar de una vulneración de su derecho a la no incriminación.”, posición ésta última que difiere con respecto a Costa Rica, pues este país centroamericano es preciso en señalar que cuando nos encontramos a una persona como sujeto del proceso se le permite negarse a la prueba de alcoholemia o embriaguez, es decir, que existe una posición más firme en materia de protección de las personas y sus derechos fundamentales, son más garantista, y menos inquisitivo en materia de posiciones sancionadoras por el hecho de negarse a practicar la prueba antes mencionada.

En el Perú, se podría decir que se entra a la discusión acerca del inculpado como objeto y sujeto de prueba, en donde el jurista peruano Albín Eser¹²³, al menos nos arroja una serie de posiciones que nos hacen pensar que llegará un momento en que *“El inculpado, luego de ser por muchos lustros objeto de prueba, se convierte con el surgimiento de los movimientos liberales en sujeto del proceso, “un participante provisto de derechos independientes, que toma parte en el proceso, es decir, en un sujeto activo del proceso. Este papel de sujeto no se le puede discutir hoy en día, pues la “dignidad humana” garantizada en la Constitución (...) es intangible respecto del inculpado y porque esa dignidad prohíbe degradar a un individuo a un objeto involuntario”^{9 (124)}. (...)El reconocimiento del imputado como sujeto del proceso obliga, como correlato de su dignidad, afirmar que “obligar a una persona a que contribuya a su propia condena es degradante y contraria a la dignidad humana”¹⁰⁽¹²⁵⁾.Modernamente, en la Inglaterra del siglo XVII, encontramos el derecho “a no suministrar pruebas contra sí mismo” instituido frente a los procedimientos inquisitivos.*

Uno de sus más arduos defensores fue Sir Edward Cooke. (...). De este modo el derecho a no suministrar pruebas contra uno mismo fue recogido en la Declaración de Derechos de Virginia de 1774, los famosos Bill of Rights.³³⁽¹²⁶⁾”, lo que nos permitiría sostener que en el Perú en determinado momento una persona se podrá negar a practicarse una prueba de alcoholemia en la medida en que como sujeto del proceso y dentro del ámbito del derecho de defensa, y la no incriminación en respaldo de su dignidad se podrá negar a este procedimiento con base en que esta persona tiene el derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo, así se indique que esta persona tiene dentro del procedimiento policivo administrativo o penal, las oportunidades para controvertir las pruebas. Primero la dignidad humana, el debido proceso, la presunción de inocencia, la defensa y la no incriminación como derechos fundamentales, que la actividad probatoria del Estado.

¹²³http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/quispe_ff/cap1.htm

¹²⁴9. ESER, Albin. Temas de Derecho penal y procesal penal. Ob. cit., p. 21.

¹²⁵10 ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Ob. cit., p. 186.

¹²⁶ 33 Cfr. BUTELER, Patricio. "El derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo". En: Jurisprudencia Argentina, 1967, Vol. VI. Además de HENDLER, Edmundo. Derecho Penal y Procesal Penal de los EE.UU., p. 175.

En otras latitudes de nuestra orbe, encontramos que esos procedimientos como la alcoholemia al menos a través del alcohol sensor, hace que *“Dichas intervenciones son aceptadas por algunas legislaciones aun en contra de la voluntad del inculcado. En este punto el desarrollo actual de la doctrina ha tenido que aceptar que la realización de este tipo de medios de pruebas, conlleva a una revisión del reconocimiento del imputado como sujeto del proceso siempre y se acepta que en estos casos cumple un papel de “objeto de indagación”.*

El Tribunal Europeo reconoce actualmente que estas intervenciones corporales no atentan ni contra la presunción de inocencia ni contra la garantía de no incriminación, ya que al mismo tiempo que este medio de prueba puede ser desfavorable para el imputado también puede serle favorable. Las intervenciones corporales como el llamado “registro personal” o “cacheo” por el cual una persona es intervenida a fin de descubrir el objeto del delito o los instrumentos utilizados para su comisión se encuentran excluidas de este derecho a la no incriminación por cuanto considera, como dijimos, al cuerpo humano como objeto pasivo.

Esto no justifica que pueda hacerse un uso irracional de este tipo de intervenciones que generalmente realiza la policía, sino que debe estar justificada por el presupuesto de la existencia de un delito, pues de otro modo se estaría violentando el derecho a la intimidad de las personas. (76)¹²⁷ Los reconocimientos médicos sin duda constituyen actos periciales. La negativa de la persona a someterse a uno de estos actos, luego de que el juzgador ha ordenado su realización mermando la necesidad, proporcionalidad y el que no afecte la salud de la persona, se encontrara sujeta a efectos jurídicos como el inicio de un proceso por el delito de desobediencia a la autoridad (art.368 CP) y probablemente generara un indicio. En Estados Unidos la jurisprudencia ha establecido que las tomas de muestra de orina, sangre u otros oficios que se lleven a cabo aun en contra de la voluntad de la persona son válidas. (77)¹²⁸.”¹²⁹

Por último esta jurista peruana, haciendo referencia al derecho comparado nos indica que *“En España, las intervenciones corporales como los test alcoholométricos se encuentran permitidos dentro de los que se conoce como “diligencia policial de prevención” regulado por el art. 284 de la LECRIM constituyendo un acto de investigación. Se sostiene que el deber del sindicado a someterse a dicho test, deriva de un deber administrativo nacido de una norma administrativa. Se acepta además su inclusión dentro del artículo 363 de la*

¹²⁷(76) DIAZ CABIALE, Jose Antonio. “cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre etc.)” en: Medidas Restrictivas DE Derechos Fundamentales. Consejo General del Poder Judicial Madrid, 1968, p. 80-84. Comenta además que en la legislación italiana se encuentra prohibida la inspección personal por la policía judicial, al no ser una medida de naturaleza provisional y que esta solo puede hacerse a través del Ministerio Publico (art. 245 CPP).

¹²⁸(77) ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El principio del Proceso Debido. Barcelona, Bosch, 1995. P. nota 81.

¹²⁹Fanny Soledad Quispe Farfán. Tesis de post-grado. “El Derecho a la no incriminación y su aplicación en el Perú. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2002.

LECRIM, equiparándolos a los análisis químicos permitidos para la investigación judicial.

Fue en 1985 que el Tribunal Constitucional Español en la STC 252/1984 definió claramente a la prueba de alcoholemia como una pericia técnica, donde no hay declaraciones autoinculpadoras. Señala la STC 103/1985 “El deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especialidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17,3 y 24,2 CE”.

Meses después en la sentencia 107/1985 el Tribunal añadía que la realización de una prueba de alcoholemia “no exorbita, en sí, las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad de tránsito (...).

En estos términos, la verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometiendo al que, pueda verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizado por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito”.

Se afirmaba además rotundamente que la determinación del grado de alcohol en la sangre a través del correspondiente test de alcoholemia no es contraria a las garantías constitucionales (STC 195/1987 f.j. 2º). El ATC 61/1983 agregaba que “sin perjuicio, naturalmente, del derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a tal prueba y de soportar las consecuencias que del rechazo se pueden derivar” (f.j. 2º). Posteriormente, en 1988, el desarrollo de esta doctrina estableció que la Constitución de 1978 garantiza la intimidad personal y por ende la intimidad corporal frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo se quiera imponer contra la voluntad de la persona, “cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de comunidad”.

Sin embargo señala además que en primer lugar “no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones, que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan, o por los instrumentos mediante las que se realizan no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona; y en segundo lugar que la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos ante exigencias públicas, tal afectación de la intimidad es posible solo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de

la dignidad y constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno”. (78)¹³⁰

La Sentencia del Tribunal Constitucional Español núm. 161/1997 del 02 de octubre de 1997 que desestima una demanda de inconstitucionalidad del art. 380C.P., que tipifica la desobediencia al sometimiento a las pruebas de alcoholemia, señala, “que tal garantía no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia de la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas.

La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la “identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia”.

Señala que la ejecución de estas diligencias “podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de esta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes (STC 37/1989, f.j. 8º).

Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución.

En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio”.

Se estableció además que las pruebas para comprobar si un sujeto conducía un vehículo bajo la influencia del alcohol o las drogas no constituía un rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. “Las pruebas de detención discutidas, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino

¹³⁰(78) GONZALEZ CUELLAR, Antonio, José HERNANDEZ GUYANO, José María PAZ RUBIO, Luis RODRIGUEZ RAMOS. Ley de Enjuiciamiento Criminal y ley del Jurado: Madrid, Colex, 1999, p. 243.

simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera solo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de auto incriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente, en el sentido antes dicho, su propia imputación penal o administrativa.

Se ha fundamentado este deber de someterse a dichas prueba alcoholométricas en la legitimidad en estos tipos de actuaciones de los poderes públicos que tienen una función de supervisión de las actividades peligrosas lícitas que se desarrollen en el marco de riesgo permitido por el ordenamiento. El ciudadano, como contrapartida de la propia permisión de ese riesgo circulatorio, tiene el correlativo deber de soportar estas actuaciones de indagación y control, y de colaborar con su práctica, dentro de las garantías esenciales. El objetivo es comprobar si las personas si los conductores cumplen las normas para garantizar la seguridad del tráfico. Visto de este modo, este acto no puede suponer una autoincriminación en relación con un delito contra la seguridad en el tráfico, por lo ya expuesto, sino que su inobservancia es sujeto de sanción penal.

Este criterio asumido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S. 17 diciembre 1996, caso Saunders contra el Reino Unido, parágrafo 69) y la Comisión Europea de Derechos Humanos (asuntos 968/61 y 8.239/1978). El desarrollo jurisprudencial europeo ha resuelto que en el caso de intervenciones corporales debe existir una reserva jurisdiccional, salvo en los casos de test alcoholométricos donde la prontitud que exige su práctica justifica su intervención por personal policial.”

Puedo afirmar entonces, que en España prácticamente se considera que la prueba de alcoholemia a través del alcohosensorno es violatoria de derecho fundamental alguno, verbigracia, no es contrario al derecho de la dignidad humana, al de la presunción de inocencia, la no incriminación y debido proceso entre otros, en ese país consideran que la práctica de este procedimiento es prueba indiciaria de resultado incierto, soportada al menos en aquellas consideraciones que indican que es legítimo por cuanto queda en cabeza de los poderes públicos la función de supervisar las actividades peligrosas lícitas, en Colombia llámese *la seguridad humana*, en la medida en que un conductor embriagado conduciendo en esas condiciones debe ser alegado de poner en riesgos a las demás personas que van o no en su vehículo. Como se dijo anteriormente, aceptamos que ese deber del Estado tiene raigambre constitucional, pero no con la “libertad” de vulnerar los derechos fundamentales de esos conductores que se les somete a estas pruebas con alcohosensores.

Reconociendo el prestigio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no podemos aceptar como lo señala la sentencia antes mencionada, por ser inaudito que se pueda vulnerar derechos fundamentales de los conductores cuando se les

práctica la prueba de embriaguez con alcohosensores, por qué *“la prontitud que exige su práctica justifica su intervención por personal policial.”*

Así las cosas, a continuación expondré las diferentes razones por las cuales considero que la práctica de la prueba de embriaguez a través del mecanismo del alcohosensor llevada a cabo por un Agente de Tránsito en Colombia no solo limita derechos fundamentales, sino que los vulnera.

2.2 RAZONES POR LAS CUALES LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA VULNERA DERECHOS FUNDAMENTALES. NO LOS DELIMITA, NI LOS RESTRINGE

A continuación voy a precisar y comentar varias razones que me llevan a concluir que en Colombia un Agente de Tránsito no puede constitucionalmente realizar la práctica de la prueba de alcoholemia ni siquiera por medio de un alcohosensor, y bajo esta consideración menos le es permitido restringir o limitar los derechos fundamentales del conductor que se considera en estado de embriaguez.

El Agente de Tránsito que practica la prueba precitada vulnera al menos los derechos fundamentales de la no autoincriminación en algunas de sus expresiones, así como la dignidad humana, el debido proceso, y el derecho de la defensa. Por ahora bien, para fijar esta posición paso a explicar lo siguiente (A) como se vulnera el derecho a la no autoincriminación, (B) dignidad humana, (C) violación al debido proceso, y (D) por estar al frente de una técnica pericial con resultado incierto.

2.2.1 La prueba de alcoholemia como vulneradora del derecho a la no autoincriminación. Tengamos claro que para fijar esta posición nos apoyamos en el derecho de Costa Rica, que como ya se dijo, al efectuarse la prueba de alcoholemia a través de alcohosensor la persona que se somete a la misma no se le puede considerar como sujeto de prueba, ya que en ese momento no se le puede pedir o exigir que haga algo, pues en ese momento esa persona se puede negar a realizarla, *“dado que la Constitución Política [costarricense] garantiza el derecho a no incriminarse a sí mismo.”*, en la medida en que se le exige realizar por sí mismo el acto de exhalar, es decir, una conducta activa.

Situación diferente cuando ese conductor accede libre y voluntariamente a esa prueba, o cuando se le toma como objeto de prueba – *“cuando no implica un hacer de su parte- sino que es examinado por otros, su consentimiento no es necesario, siendo los límites legales fijados conforme a la utilidad, proporcionalidad y seguridad de la prueba efectuada, debiendo ser recabada por personal idóneo y sin poner en peligro la vida o integridad física del sospechoso...”* -, o cuando nos situamos en la prueba por extracción de sangre, caso en el cual lo

debe llevar a cabo un médico o microbiólogo, pero eso sí, nunca el Agente de Tránsito puede continuar con este procedimiento. Sencillo, no es la persona experta para ello.

Y es que esa no colaboración por parte del presunto conductor embriagado, la entendemos como una *“Una de las grandes manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia [como] es el derecho del ciudadano, en virtud de esa presunción, de no colaborar con su propia condena o más precisamente a decidir si desea voluntariamente introducir alguna información al proceso. Esta posibilidad de optar libremente no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a declarar. La presunción de inocencia que presupone un desplazamiento de la carga de la prueba hacia quien acusa, impide que se pueda hacer recaer en el inculpado la obligación de declarar o de aportar elementos de prueba que lo lleven a su propia incriminación.*

Puede decidirse entonces que el derecho fundamental de presunción de inocencia junto al derecho de defensa, son los que dan origen al derecho a la no incriminación. No está de más remarcar que el fundamento de todos estos derechos se basa en la dignidad de la persona y su ubicación en un Estado Constitucional, todo lo cual caracteriza a los sistemas procesales garantistas.

(...)La no incriminación es una modalidad de autodefensa pasiva, es decir “la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”⁽¹⁾¹³¹. La prohibición de cualquier acto que perturbe o vicie esa voluntad de declarar o de no hacerlo y las salvaguardas necesarias para cautelar esta libertad es lo que se conoce como la garantía y/o derecho a la no incriminación.⁽²⁾¹³²¹³³

Lo que quiero resaltar por ahora es que el derecho a la no autoincriminación, no es solo el derecho que tiene una persona a no ser obligado a declarar contra sí mismo, es más que eso, *“El derecho a la no incriminación requiere de una libertad sin condicionantes de ningún tipo. Precisemos que la libertad no solo se encuentra condicionada por la coacción física o moral.”¹³⁴*, y dentro de esa libertad está la de no actuar en forma activa cuando se le “invita” a exhalar el alcohosensor que le entrega el Agente de Tránsito.

¹³¹(1) Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 197/1995, f. j. 6°.

¹³² (2) Debemos señalar que la distinción entre garantía y derecho es una distinción que nos ayuda a la construcción teórica, sin embargo en el caso de derechos subjetivos estos conceptos no son excluyentes entre sí. (Véase PEREZ FREYRE, Antonio La garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Madrid, Trotta, p. 130.

¹³³ Ob. Cit. Quispe Farfán. Fanny. “El Derecho a la no incriminación y su aplicación en el Perú. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2002.

¹³⁴ Ob. Cit. Quispe Farfan. Fany. “El Derecho a la no incriminación y su aplicación en el Perú. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2002.

Insisto, y vuelvo aquí al derecho costarricense que “Como bien es sabido, al imputado no se le puede tener como sujeto de prueba – pues esto infringiría los artículos 40 de la Constitución Política y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos – sino solo como objeto de prueba, es decir el sujeto visto desde la dimensión objetiva en la que se considera que su cuerpo puede ser fuente de datos que faciliten la investigación. Así, el sujeto no debe realizar ninguna actividad (comportamiento activo) para producir la prueba, sino que deberá mantener una conducta pasiva, es decir no ejecutando acción alguna.

La teoría del imputado como objeto de prueba permite la injerencia del estado de libertad e integridad física del sospechoso, tomando siempre en consideración que la prueba que se obtenga al imputado a través de procedimientos degradantes será ilícita. A este respecto el artículo 88 del CPP permite lo siguiente: “Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para contestar circunstancias importantes para descubrir la verdad. Con esta finalidad y por orden del tribunal, serán admisibles intervenciones corporales, las cuales se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin el consentimiento del imputado, siempre que esas medidas no afecten su salud o integridad física, ni se contrapongan seriamente a sus creencias.

Tomas de muestras de sangre, corte de uñas o cabello, toma de fotografías y huellas dactilares, grabación de la voz, constatación de tatuajes y deformaciones, alteraciones o defectos, palpaciones corporales y, en general, las que no provoquen ningún perjuicio para la salud o integridad física, según la experiencia común, ni degraden a la persona, podrán ser ordenadas directamente por el ministerio público, durante el procedimiento preparatorio, siempre que las realice un perito y no las considere riesgosas. En caso contrario, se requerirá la autorización del tribunal, que resolverá previa consulta a un perito si es necesario. Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad”.⁽¹⁷⁶⁾¹³⁵ Debe resaltarse la importancia de respetar la dignidad de la persona en estas situaciones, entendiéndose esta como el límite a las intervenciones corporales.

En consulta facultativa realizada por el tribunal de Casación Penal de Santa Cruz a la Sala Constitucional, se cuestiona el alcance de dichas intervenciones corporales, pues a criterio de este tribunal, lo que las hace más polémicas es que permiten incluso sin el consentimiento de la persona, y utilizando, en ocasiones, la coacción directa, siempre, claro está, teniendo como límite intrínseco, que no se puede lesionar su dignidad, ni constituir una forma de tratamiento cruel o degradante y tampoco se puede poner en riesgo su salud o integridad física, considera así mismo este tribunal, que en el caso de la prueba de alcohosensor,

¹³⁵ (176) Código Procesal Penal de la República de Costa Rica, artículo 88.

para que sea realizada de forma efectiva, la persona debe exhalar con fuerza, conscientemente y además a voluntad, una bocanada de aire, debiendo entonces el acusado, realizar una conducta.

En este sentido es en el que se cuestiona el Tribunal si es legítimo que el Estado lo obligue a ello, tendiendo a su disponibilidad otros mecanismos más seguros eficientes como la prueba de sangre, y para la cual no se requiere colaboración alguna del evaluado; todo esto con el fin de no comprometer el derecho de abstención que protege a toda persona sospechosa de un hecho ilícito, no es solo por su relación con el delito de conducción temeraria, sancionado en el artículo 254 del Código Penal, sino además, por las consecuencias previstas en los numerales 117 y 128 del Código penal, cuando se agravan las consecuencias penales por la presencia del alcohol en el autor de los delitos de homicidio culposo o lesiones culposas.

“Cabe cuestionarse si es razonable y proporcional que, en aras de tutelar la seguridad del tráfico vehicular y la vida e integridad de las personas que participan del tráfico rodado, si en virtud de ello resulta admisible coaccionar a una persona a realizar la prueba del alcohosensor.”⁽¹⁷⁷⁾¹³⁶

La Sala Constitucional ha señalado que las pruebas no implican ningún tipo de colaboración del imputado y que no pongan en peligro su salud, pueden realizarse aún sin su consentimiento pues la injerencia que representan en la integridad es mínima, siempre y cuando como se ha dicho antes, resulten relevantes y útiles a los fines del proceso.⁽¹⁷⁸⁾¹³⁷

Este mismo voto de la Sala ha aclarado que las intervenciones deben ser realizadas por un médico de acuerdo con las reglas de la práctica médica. En la medición de aliento la Sala no ve problema siempre que se haga por medios y personas idóneas. En el caso particular de las alcoholemias, la extracción de sangre debe ser realizada por un microbiólogo.¹³⁸

Como puede observarse, en el derecho comparado existen potísimas razones para señalar situándonos en nuestro país, que bajo ninguna circunstancia amparado en el derecho a la no autoincriminación un Agente de Tránsito puede situar a un ciudadano a exhalar a través de un alcohosensor con el fin de obtener la prueba para determinar el grado de embriaguez. No tiene amparo constitucional. Y menos podemos pensar que nuestras leyes le permiten a un Agente de Tránsito delimitar o restringir este derecho fundamental. Este servidor público no es autoridad judicial, pues como lo dije anteriormente, la garantía de los

¹³⁶ (177) Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz, sentencia número 2010-200 de las ocho horas del 7 de septiembre del 2010.

¹³⁷ (178) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto número 1428-96 de las 15 horas 36 minutos del 27 de marzo de 1996.

¹³⁸ Adriana Herrero Fernández y Mariana Morillo Villalobos. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2011, p.. 217 a 220.

derechos fundamentales al final está radicada en el juez de garantías constitucionales.

Estoy segura que inclusive en Colombia, la Corte Constitucional da apoyo a nuestro argumento y que mejor que acudir a la sentencia C-258 de 2011, cuando haciendo referencia al derecho a la no autoincriminación consagrado en el artículo 33 de nuestra Carta Política, y más concretamente al silencio voluntario que nos indica que “dentro del proceso penal, el silencio voluntario del individuo se constituye en un derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso¹³⁹. En efecto, en la Sentencia C-621 de 1998, la Corte puntualizó que “[c]on base en la garantía constitucional sobre **no autoincriminación**, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso.”

Agregó la Corporación que “[a]nte la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia.

“Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados.”, que para este escrito traigo a colación ese comportamiento lícito consistente en hacer o dejar de hacer, entiéndase no exhalar para el alcohosensor, pues de ahí se podría desprender una consecuencia negativa como la establecida por la Ley 1696 de 2013, en su artículo 5° parágrafo 3 que hoy controvierto.

Acuérdese que rechazamos toda actitud que sitúe a la persona como sujeto de prueba como lo quiere precisar la disposición antes mencionada. Con lo expresado, no quiero significar que la persona llamada a exhalar a través del alcohosensor obstruya la “justicia” impartida por el Agente de Tránsito al negarse a realizarlo. No. En ningún momento prohijamos esa conducta.

¹³⁹ Cfr. C-776 de 2001

Lo que quiero insistir es en lo dicho por la misma Corte Constitucional en su sentencia C-258 de 2011, cuando indica que *“En la Sentencia C-228 de 2003, la Corte expresó que no puede ser objeto de reproche constitucional el hecho de que el sindicado, en ejercicio del derecho de defensa, alegue que él no fue el autor del hecho punible que se investiga y se pretende sancionar, pero agregó, que “[e]so es distinto a obstaculizar la recta administración de justicia con conductas encaminadas a que se abandone la investigación sobre el sindicado, mediante imputaciones falsas a otras personas, o a la realización de otras maniobras por el imputado para que se desvíe la investigación, pues en tales casos ya no se trata del ejercicio del derecho de defensa, sino de obstaculizar la acción del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional, razón ésta por la cual se encuentra ajustado a la Constitución que esa circunstancia constituya causal de agravación punitiva.”*

De este modo, la garantía de la no incriminación implica un derecho al silencio, a utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa, pero no se extiende hasta las conductas fraudulentas u obstructivas. La garantía se orienta a evitar que la decisión adversa a la persona provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral. En ese contexto se consagró un derecho a guardar silencio, del cual, a su vez, se deriva la consecuencia de que tal situación, esto es la negativa a declarar, en cuanto que se encuentra constitucionalmente amparada, no puede tener repercusiones negativas en el ámbito del proceso, en cuanto no puede tomarse como indicio de responsabilidad. Esa garantía se encuentra ampliamente difundida en el derecho comparado y ha sido incorporada a los tratados internacionales sobre derechos humanos.”

Queda claro entonces que el derecho de no autoincriminación no queda sujeto únicamente a no declarar contra sí mismo, o contra sus familiares, es un derecho más amplio, es toda conducta que lleve implícito a la persona a hacer o no hacer algo, pues en ese momento, exigirle un comportamiento activo, es violentar este derecho fundamental, cuyo núcleo esencial es el derecho de defensa.

2.2.2 La prueba de alcoholemia como vulneradora del derecho a la dignidad humana. No haré una presentación de lo que se debe entender como derecho a la dignidad humana, no es este el espacio para ello. Lo que quiero dejar en claro es la intención de considerar a la persona como parte en el proceso, no como un instrumento de prueba. Pues considerarlo así, es desconocer su integridad, en la medida en que *“El reconocimiento del imputado como sujeto del proceso obliga, como correlato de su dignidad, afirmar que “obligar a una persona a que contribuya a su propia condena es degradante y contraria a la dignidad humana.”⁽¹⁰⁾”¹⁴⁰*

¹⁴⁰(10) ZAMORA PIERCE, Jesús. “Garantías y Proceso Penal”. Editorial Porrúa S.A., 2000, p. 186.

Lo que propugno es apoyarme en la tesis de la peruana Fanny Soledad Quispe que la mencionamos en este escrito, cuando dice “El Derecho a la No Incriminación y su Aplicación en el Perú”, nos indica que *“La historia de las garantías procesales es la historia por la defensa de la persona humana, más precisamente de su dignidad. El fin que se procura con la garantía de no incriminación es el respeto a la libertad de conciencia y a la dignidad de la persona humana. “El derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo representa así el medio institucional para limitar los avances del poder en los fueros de la persona individual....”*⁽²⁴⁾¹⁴¹

(...)La facultad legítima de permanecer en silencio, si es que así lo estima conveniente el imputado, no es sino una manera de decir: soy inocente, prueben ustedes lo contrario. Afirmación que no debe producir ninguna sorpresa, es la ley que manda presumir esa inocencia. Se reconoce al ciudadano este derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable “precisamente en salvaguarda de la inocencia que el propio texto constitucional le presume” ^{(26).}¹⁴²

Tengo claro que la dignidad humana para esta oportunidad que traigo e incluyo es aquella que a una persona no se le puede considerar una conducta lícita en la que la misma persona, en forma no voluntaria aporta las pruebas que lo incriminan en cualquier procedimiento del derecho punitivo.

Ello es tan cierto que ya desde el siglo XVII en Inglaterra el *derecho “a no suministrar pruebas contra sí mismo” fue instituido frente a los procedimientos inquisitivos. Uno de sus más arduos defensores fue Sir Edward Cooke. De este modo el derecho a no suministrar pruebas contra uno mismo fue recogido en la Declaración de derechos de Virginia de 1774, los famosos Bill of Righths.* ⁽³³⁾¹⁴³, razones coruscantes que me llevan a señalar que cuando un Agente de Tránsito “invita” a un conductor a que practique la prueba de embriaguez a través de un alcohosensor, y esta persona da muestra de algún grado de embriaguez, o se niega a la misma, se hace “acrededor” a unas sanciones administrativas desproporcionadas, sabiendo en nuestro derecho que este servidor público no es funcionario judicial protector de garantías constitucionales, situación que desencadena justamente en la vulneración de la dignidad humana de esa persona.

2.2.3 La prueba de alcoholemia como vulneradora del derecho al debido proceso. Para entrar hablar del debido proceso empezare por formular los siguientes interrogantes:

¹⁴¹(24) BUTELER, Patricio. “El derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo”. En: jurisprudencia Argentina. 1967, Vol. VI.

¹⁴² (26) MONTON REDONDO, Alberto, Derecho jurisdiccional. Vol. III El Proceso Penal Ob. Cit. p. 198.

¹⁴³(33) Cfr. BUTELER, Patricio. “El derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo”. En: jurisprudencia Argentina. 1967, Vol. VI. Además de HEDLER, Edmundo. Derecho Penal y Procesal Penal de los EE.UU., p. 175.

¿Es un Agente de Tránsito un funcionario judicial protector de las garantías constitucionales?

¿Es un Agente de Tránsito una persona idónea con la calidad de perito o auxiliar de la justicia en materia de toma y valoración de la prueba de embriaguez?

Las respuestas a esos interrogantes no puede ser otra que NO. Siendo así las cosas, y si en el derecho comparado se tiene la prueba de embriaguez como técnica pericial de resultado incierto, no resulta obvio señalar que a la luz de nuestra Carta Política cuando un servidor público interviene en la práctica de una prueba sin la idoneidad requerida, es lo que hace inferir que toda esa actuación es irregular, por no decir arbitraria. Y es arbitraria con funestas consecuencias en la medida en que vulnera derechos fundamentales.

Para dar más claridad al respecto, analizado el parágrafo 3 del artículo 5 de la ley 1696 de del 19 de diciembre de 2013, puedo decir, que de ahí se desprenden básicamente cuatro situaciones fácticas frente al conductor que conduce en presunto estado de ebriedad y se le solicita la prueba de alcoholemia a través del alcohosensor, como sería cuando (i) el Agente de Tránsito le pide al conductor que sople el alcohosensor, y el conductor acepta y colabora en la realización de la práctica de expeler, es decir, actúa libre y voluntariamente ante la solicitud de la autoridad de tránsito, (ii) el Agente de Tránsito le solicita al conductor que sople el alcohosensor, y el conductor se niega a hacerlo, observamos acá una actitud activa de negarse a practicar la exhalación requerida, (iii) el Agente de Tránsito obliga al conductor que sople el alcohosensor, y el conductor se ve compelido a hacerlo, y (iv) el Agente de Tránsito le solicita al conductor practicar la prueba de alcoholemia con el alcohosensor y el conductor se da a la fuga.

Para esta investigación, básicamente analizare solo dos de las anteriores situaciones: (i) cuando el Agente de Tránsito le pide al conductor que sople el alcohosensor, y el conductor se niega a hacerlo, y (ii) cuando el Agente de Tránsito obliga al conductor que sople el alcohosensor, y el conductor se ve constreñido a hacerlo, las otras dos no me son de interés para este caso por las mismas circunstancias en que se presentan. Partiendo de estas dos situaciones puedo decir que se viola el derecho a la no autoincriminación específicamente porque el Agente de Tránsito no actúa en estas situaciones como Policía Judicial a pesar de serlo de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal en su artículo 202; y no actúa en ese momento en tal calidad por cuatro razones al menos: (i) porque el parágrafo 3 del artículo 5 de la ley 1696 de 2013, está enmarcado en la ley en mención en las medidas administrativas y no en las medidas penales cuando de probar el grado de alcoholemia se trata, lo que indica que esa actuación está dentro de una actuación administrativa, (ii) porque analizado el parágrafo 3 del artículo 5 de la ley 1696 de 2013, hasta ahí, en ese momento el conductor en presunto estado de embriaguez, no ha cometido ningún delito, no está dentro de un obrar delictual, caso en el cual surgiría las calidades

de funcionario de policía judicial, (iii) porque en Colombia no existe el delito “conducir embriagado”, y (iv) por qué de acuerdo a la Ley 1696 de 2013, el artículo 2°, hace referencia a las medidas de carácter penal en un caso específico, el punible de homicidio culposo consagrado en el artículo 110 del Código Penal, y solo en la medida que es catalogado como un agravante punitivo, caso que no se aplica para el objetivo de este estudio, como se ha explicado en líneas anteriores.

Así las cosas y teniendo en cuenta que este Agente de Tránsito le exige al conductor en presunto estado de embriaguez un comportamiento activo, es ese el motivo por el cual puedo decir que este procedimiento es vulnerador de los derechos fundamentales de la dignidad humana y la no autoincriminación, y por éste último de igual manera del derecho de la presunción de inocencia y el derecho a la defensa por qué justamente estos dos dan origen al derecho a la no autoincriminación, y siendo así, por vulnerar derechos fundamentales se puede afirmar que esta prueba además de ser débil, es ilícita y nula de pleno derecho, bajo el entendido que “[e]s **nula de pleno derecho**, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (...). [y ello es así, en la medida en que], Se entiende por **prueba ilícita** la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, **la no autoincriminación**, la solidaridad íntima [4 Constitución Política, artículo 33.

*Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.]; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género la especie de la prueba así obtenida. La prueba ilícita deber indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales. En cada caso, de conformidad con la Carta y las leyes, deberá determinarse si excepcionalmente subsiste alguna de las pruebas derivadas de una prueba ilícita, o si corren la misma suerte que ésta” (...)*¹⁴⁴.

2.2.4 La prueba de alcoholemia como técnica pericial de resultado incierto.

Retomando el derecho español, la jurisprudencia de ese país – independientemente si estamos de acuerdo que esa prueba es o no auto incriminadora, advirtiendo desde ya que en España no se le considera como tal nos indica que “Estas pruebas “no constituyen actuaciones encaminadas a

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia de la Sala de Casación Penal del 2 de marzo de 2005, radicación 18.103, reiterada en sentencia del 1 de julio de 2009, radicación 31.073 de la misma Sala de Casación Penal de esa Corporación, y por último en la sentencia del 12 de diciembre de 2011, del Tribunal Superior de Neiva, Sala Segunda de Decisión Penal, radicación 2010-01262-01, M.P.: Javier Iván Chávarro Rojas.

obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera solo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de auto incriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente, en el sentido antes dicho, su propia imputación penal o administrativa, ya que (...) con ello quien se ve sometido a esas pruebas «no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad»⁽³⁰⁾¹⁴⁵.

Una opinión contraria la encontramos en uno de los votos particulares a la misma sentencia, que señala que “obligar a una persona, bajo la amenaza de incurrir en un delito castigado con pena privativa de la libertad, a someterse a las correspondientes pruebas de alcoholemia o de detección de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que pueden llegar a la extracción de sangre para su posterior análisis clínico, representa en la práctica imponer al acusado (cfr, la relación del art. 382 con 379 del C.P) la carga de colaborar con la acusación para el descubrimiento de la verdad en términos incompatibles con la libertad del ejercicio del derecho de defensa”⁽³¹⁾¹⁴⁶¹⁴⁷, es lo que me lleva a señalar que si en nuestro país se le da credibilidad constitucional a la conducta del Agente de Tránsito cuando “invita” al conductor a exhalar al alcohosensor al final nos encontramos con una prueba que no es idónea, no es eficaz, es dudosa, es incierta, según el derecho español, sería gravoso que además de ello, se le impute unas sanciones desproporcionadas a ese conductor, pues en pocas palabras, fuera de estar al frente de una prueba que no da certeza, se le hace desprender consecuencias punitivas en el derecho administrativo no ponderadas si la fuente de esas sanciones es una prueba baladí.

Aquí no hago referencia a una prueba nula de pleno derecho, ni a una prueba ilícita. Aquí acepto al menos que la prueba es ilegal, en la medida en que **“Lapueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales**, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 Superior. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba.” (...)”¹⁴⁸ *(negrillas y subrayado para destacar)*.”¹⁴⁹ Bajo esta consideración no es constitucional atribuirle tal grado de autoridad a ese Agente de Tránsito para

¹⁴⁵(30) STC 161/1997, de 2 de octubre, f.j.7.

¹⁴⁶(31)Voto particular del magistrado don Enrique Ruiz Vadillo (al que se adhiere el magistrado don Fernando Garcia-Mon y GonzalezRegueral) a la STC 191/1997, de 2 de octubre, 2.

¹⁴⁷ F. Javier Díaz Revorio. *La Prueba de Alcoholemia y sus Consecuencias en los Ámbitos Administrativos – sancionador y Penal: Análisis desde la Perspectiva Constitucional*. Universidad de Castilla – La Mancha. Toledo.

¹⁴⁸Colombia. CorteSupremade Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 02MAR2005 (Rad. 18.103). En: Sentencia del 01JUL2009, Rad. 31.073, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

¹⁴⁹Ibidem.

imponer esas sanciones. Desborda su propia competencia y por consiguiente es vulneradora de los derechos fundamentales pluricitados.

Considero suficiente todo lo expuesto para fijar mi posición de una manera clara para señalar que la toma de la prueba de alcoholemia a través de un alcohosensor por parte de un Agente de Tránsito es verdaderamente una conducta vulneradora de derechos fundamentales que no puede existir en el ordenamiento jurídico colombiano, dado que la Constitución Política garantiza esos derechos a toda persona.

3. CONCLUSIONES GENERALES

Lo que presento en este trabajo es el resultado con modestia de la aplicación de aquella máxima expresión de San Agustín cuando dijo *"Inquiriendo dico, non affirmando"*¹⁵⁰, pues reconozco que este trabajo es presentado luego de una investigación al respecto para presentarla y no de una simple afirmación sin sustento.

Con lo expresado en este escrito, mi pretensión es presentar un trabajo de investigación que sirva de punto de partida para ser discutida por los operadores jurídicos en especial para el poder judicial para que entre a reconocer estos derechos fundamentales que invoco, y para ello es relevante que nuestros jueces constitucionales dejen a un lado las autorestricciones que se entrarían a fijar a raíz del fallo de la Corte Constitucional que por estos días declaró exequible las normas del Código Nacional de Tránsito que hoy objeto por contrariar derechos fundamentales de los conductores en donde un Agente de Tránsito les hará una prueba de alcoholemia por medio de un alcohosensor.

Seamos osados, es una oportunidad para separarnos de lo expresado por el Tribunal Constitucional a través de unos argumentos serios, nuevos y respetuosos de esas personas, que en criterio de este Juez Constitucional se deben mantener por el simple hecho de que esos conductores participan en actividades peligrosas, como si ello fuera suficiente para que se les cercenen sus derechos fundamentales. Es una oportunidad valiosa para ajustarnos a nuestra Carta Política, bajo otra concepción con unos argumentos muy relevantes.

Si bien es cierto y como lo dije al comienzo, acepto que la medida de la Ley 1696 de 2013 es sana porque busca disminuir la accidentalidad, evitar que hayan menos desgracias humanas y pérdidas materiales, como lo afirman las estadísticas de la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional, pero la persona que se va a someter a realizar la prueba de embriaguez no puede cargar con la negligencia, la ineficiencia de recursos y con la inexistencia de garantías constitucionales por parte del Estado al no mantener en cada punto donde se realizan los controles de tránsito y recolección de estas pruebas el debido equipamiento y los profesionales expertos de la salud para realizar estos procedimientos con el debido protocolo que garanticen la licitud y eficacia de la misma, así como la garantía de los derechos fundamentales de esos conductores pues con la práctica de esa prueba se le vulnera de forma directa el derecho de no autoincriminación pues se le exhorta a una conducta activa que termina siendo un comportamiento reprochable en materia de derecho punitivo desde hace legendario tiempo.

¹⁵⁰ "Esto que escribo lo digo investigando, no afirmando".

A una persona se le puede practicar pruebas corporales en un sentido pasivo, pero no con la conducta activa de ella misma. Aquella –conducta pasiva- es constitucional, esta –conducta activa- viola derechos fundamentales como los analizados en esta proposición. Si viola este derecho fundamental, viola su dignidad humana y por consiguiente su derecho de defensa, que en un marco más general es vulnerar el debido proceso, y por lo mismo convierte esa prueba en ilícita y nula de pleno derecho.

Al no contarse con todos estos elementos físicos y humanos para realizar dicha labor, vulnera los derechos fundamentales puesto que supone una carga para ese conductor que no está obligado a soportar en la medida que esa labor la realiza un Agente de Tránsito que no es autoridad judicial, y por consiguiente no otorga garantías constitucionales, ni tiene la capacidad e idoneidad en el tema de salud, apenas es una autoridad administrativa, y menos tiene soporte constitucional su obrar, cuando este servidor público de una forma muy sutil y “amigable” exhorta, “obliga” a realizar la prueba, y si alguien se niega a practicarla se le desprenden unas consecuencias a título de sanciones administrativas desproporcionadas, consistentes en unas multas muy elevadas, en la suspensión o cancelación de la licencia de conducción hasta por 25 años, medida abrupta ésta, y por último la inmovilización del vehículo hasta por 20 días hábiles que de igual forma es una decisión exagerada, máxime cuando de ese vehículo puede depender el trabajo y el sustento de muchas familias, situaciones que no fueron analizadas ni tenidas en cuenta al momento de sancionar la ley 1696 de 2013 que controvierte en este trabajo, y ni siquiera por lo visto por la Corte Constitucional cuando avala la exequibilidad de esta norma según un comunicado de esta Corporación.

De otro lado, en la investigación realizada, pude evidenciar que esta prueba de embriaguez realizada a través de un alcohosensor apenas alcanza a ser una técnica pericial de resultado incierto como lo indica el derecho español, prueba que finalmente termina siendo ilícita al no ser practicada en un centro hospitalario autorizado dotado de todos los equipos necesarios y por personal idóneo de la salud que garantice ese procedimiento como así lo pregona el derecho y jurisprudencia Costarricense, lo que genera la violación de los derechos fundamentales, así mismo y como lo indica el derecho Costarricense, si la persona se niega a realizar la prueba de embriaguez, al no existir en su contra un indicio comprobado del estado de ebriedad ni una prueba técnica que lo demuestre, a esta persona no se le puede tratar como un infractor de la ley, y el Agente de Tránsito debe permitirle escoger el tipo de prueba que debe realizar y hacer el respectivo traslado a un centro hospitalario autorizado con mucha cautela y respetándole en todo momento su integridad física y la dignidad humana.

En gracia de discusión, si aceptará que esta medida sea legal y sana, podría concluir que no estamos frente a una delimitación ni frente a una restricción, pues en la forma en que en nuestro país se lleva a cabo – por medio de un Agente de Tránsito-, en donde obliga a un comportamiento activo de ese conductor, es

evidente que estamos frente a una vulneración de derechos fundamentales como son el derecho a la no autoincriminación, la dignidad humana y debido proceso entre otros. Es claro para este estudio, que el derecho a la no autoincriminación no solamente comprende el acto de no declarar contra sí mismo, o contra algún familiar, sino también el acto que no lo pueden obligar a un hacer, a un actuar activo, pues es obvio que en últimas esa persona no está obligada a aportar las pruebas contra sí mismo. Entendida esta figura jurídica así, no puede tener respaldo jurídico el que un Agente de Tránsito exhorte, invite u “obligue” o estimule a alguien, a practicarse esa prueba de alcoholemia, pues el derecho a la no autoincriminación requiere de una libertad sin condicionantes de ningún tipo.

Acogiendo la jurisprudencia constitucional Costarricense está claro que a ese conductor no se le debe tener como sujeto de prueba, es decir, no se le puede compeler a un comportamiento activo, pues en ese momento se infringirían los artículos 40 de la Constitución Política y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, el sujeto no debe realizar ninguna actividad (comportamiento activo) para producir la prueba, sino que deberá mantener una conducta pasiva, es decir no ejecutando acción alguna. “Obligarlo” a exhalar al alcohosensor, es hacerlo participe de una prueba contra sí mismo, y esa conducta es degradante y conlleva a la prueba ilícita y nula de pleno derecho.

Por lo antes expuesto, lo que propugno es que nuestros jueces entiendan que estos derechos fundamentales no solamente se deben proteger y cumplir, sino que ha llegado el momento en el derecho constitucional colombiano donde los derechos fundamentales han alcanzado a la mayoría de edad para lograr su reconocimiento, protección e invocación en forma directa.

La aceptación de esta posición y la superación de aquel pensamiento obsoleto es más una cuestión mental, cultural y jurídica que solicito se quede atrás. Como lo dijera el Presidente Franklin D. Roosevelt en su mensaje al Congreso en el año 1944: *“Hemos llegado a una clara comprensión del hecho de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. Los hombres necesitados no son hombres libres.”* En eso radica este trabajo de investigación.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, E. GARZÓN VALDES (trad.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.

ALEXY, Robert. “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, C. BERNAL PULIDO (trad.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

ARANGO, Rodolfo. “El concepto de derechos sociales fundamentales”, editorial Legis, Bogotá, 2005.

BALDASSARRE, Antonio. “Los derechos sociales”, S. PEREA LATORRE (trad.), Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001.

BERNAL Pulido, Carlos. “El derecho de los Derechos.”, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005.

BERNAL Pulido, Carlos. “El principio de proporcionalidad y los derecho fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005.

BOROWSKI, Martin. “La estructura de los derechos fundamentales”, C. BERNAL PULIDO (trad.), Universidad Externado de Colombia, 2003.

CORREA Henao, Magdalena. “La limitación de los derechos fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, 2003.

DIAZ REVORIO, F. Javier “la prueba de alcoholemia y sus consecuencias en sus ámbitos administrativos – sancionador y penal: análisis desde la perspectiva constitucional”, Universidad de Castilla – la Mancha. Toledo

DÍEZ-PICASO, Luís María. “Sistema de derechos fundamentales”, ThomsonCivitas, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ Moreno, Beatriz. “El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales”, Civitas ediciones, Madrid, 2002.

HERRERO FERNANDEZ, Adriana y MORILLO VILLALOBOS, Mariana. “Tesis de licenciatura en derecho”, facultad de derecho, universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica 2011

JULIO Estrada, Alexei. “La eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares”, Universidad Externado de Colombia, 2000.

PISARELLO, Gerardo. "Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción", editorial Trotta, Madrid, 2007.

QUISPE FARFAN, Fanny Soledad. "Tesis para obtener el título de pos grado en ciencias penales, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos Lima 2002, denominada El Derecho a la no Autoincriminación y su aplicación en el Perú".

ZAMORA PIERSE, Jesús. "Garantías y proceso penal", editorial Porrúa S.A, 2000