

PROBLEMAS EN LA REGULACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LEY 906 DE 2004 *

Eduardo Matyas Camargo**
Corporación Universitaria Republicana

*” Cuando la inocencia de los ciudadanos
no está asegurada, tampoco lo está la libertad”
Montesquieu (El espíritu de las leyes)¹.*

RESUMEN

La presunción de inocencia no siempre fue un principio del derecho penal. En la Antigüedad, y hasta la edad Media, lo que primaba era la presunción de culpabilidad, que se corroboraba por los investigadores a través de métodos bárbaros como el potro, la prueba del fuego o el agua hirviendo, que llevaba a los acusados a confesar de cuanto crimen o delito fueran acusados.

Con el avance de las ideas racionalistas se abre paso la deslegitimación de la tortura y refulge la presunción de inocencia como principio sobre el que subyace el proceso penal: todo procesado es inocente mientras no se establezca su culpabilidad. Junto con esta conquista se abrieron paso otros derechos erigidos en normas rectoras: el de legalidad de las penas, el juez natural, la prohibición de la tortura, la irretroactividad de las penas.

La Revolución Francesa recogió estas garantías en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano; y en adelante, las constituciones de las nacientes repúblicas y las nuevas democracias recogerían estas conquistas, que serían posteriormente plasmados en los modernos sistemas procesales penales.

La primera mitad del siglo XX trajo consigo dos guerras mundiales, con un alto legado de muerte y destrucción. Como respuesta se creó la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el sistema universal de derechos humanos, los sistemas regionales como la OEA y el sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyas declaraciones y convenciones recogen como derechos humanos el debido proceso, la presunción de inocencia y demás garantías procesales.

Las constituciones de Colombia consagraron en sus postulados estos nuevos derechos, y

Fecha de recepción: 28 de septiembre de 2010. Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2010.

* Este artículo es producto de la investigación terminada “Los derechos fundamentales en el sistema penal acusatorio”, de la línea de investigación Derecho Penal y Política Criminal, del Grupo de Investigación Derecho Público, perteneciente al Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana, Facultad de derecho y Ciencias Políticas, Grupo reconocido y categorizado por Colciencias.

** Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, especializado en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Investigador del Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana. Correo electrónico: ematyasdih@hotmail.com

1 MONTESQUIEU, M. Imprenta de Demonville, Madrid, 1821, Tomo 1, pág. 291.

de allí pasaron a los códigos penales y procesales. En 1991 se renueva la organización política bajo el paradigma del Estado Social de Derecho, que consagra las garantías procesales como derechos fundamentales, dando inicio a la separación de la investigación del juzgamiento, prototipo que para hacerlo realidad hace necesario reformar el artículo 250 de la Carta, y la expedición de un nuevo código (Ley 906 de 2004) basado en el sistema penal acusatorio, que recoge y amplía las garantías procesales.

El nuevo código procesal pretende ser ampliamente garantista y protector de los derechos de los imputados o acusados, especialmente de la presunción de inocencia como parte del debido proceso. La investigación escruta el arraigo de este principio en el derecho internacional de los derechos humanos y en la carta constitucional, y analiza el contenido y alcance de esta importante garantía, y su afectación por las reformas introducidas a la Ley 906 de 2004.

Palabras clave: presunción, inocencia, sistema penal acusatorio, garantías procesales, *iuris tantum*, culpable, derecho, prueba.

ABSTRACT

Presumption of innocence was not always a principle of criminal law. In ancient times, and even in modern times, presumption of guilt took precedent over innocence. In fact, questioners confirmed how guilt was the defendant through barbaric techniques such as the rack, the test of fire, or through boiling water, which were methods that forced the defendant to confess all the crimes or offenses that had been previously charged.

Along with the progress of rationalist ideas, torture losses legitimacy while presumption of innocence emerges as a principle that underlies the criminal process: any person is presumed to be innocent until their guilt has been established. Along with this achievement, other rights emerged: prohibition of

torture; the principle of legality and execution of sentences; the right to be judged by a competent, independent, impartial and previously established judge, and the general principle of irretroactivity of law.

Subsequently, the French Revolution gathered these principles and rights in the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, and the newborn democracies and republics would collect them in their constitutional canons. Later, the modern criminal law eventually incorporated all these rights as the new principles of the criminal procedure.

The first half of the twentieth century brought not only two world wars with their legacy of death and destruction, but also the creation of the universal human rights system. Thus, the United Nations (UN), the Organization of American States (OAS), and the Interamerican Human Rights Commission were born, and their declarations and conventions added due process, presumption of innocence and other guarantees as human rights.

Particularly, the successive Colombian Constitutions adjusted their spirit to the newly recognized human rights, and all those principles were subsequently integrated into the Colombian criminal law and criminal procedure canons. Finally, the Colombian political organization was reorganized in 1991 under the paradigm of the Social Rule of Law, and the new constitution officially recognized all the principles attached to the due process as fundamental rights.

As a consequence, the constitution of 1991 allowed the integration of those new fundamental rights into the political system, and also established the pillars of the present system of separation between prosecution and investigation. Nevertheless, this model required a new criminal law based on the adversarial criminal justice system in order to collect and extend those procedural guarantees. Therefore, the article 250 of the

constitution was amended, and the bill for a new criminal law system passed and became the Act 906 of 2004.

Hence, the Act 906 of 2004 not only organizes the new system, but it also protects the rights of all defendants. Particularly, this act protects the presumption of innocence as a part of due process, and it watches how due process adjusts to the international human rights laws and the Constitution. Moreover, it analyzes the content and scope of due process, and how it may be influenced by the subsequent amendments of the Act 906 of 2004.

Key words: presumption, innocence, principle underlying the criminal process, adversarial criminal justice system, guarantees, iuris tantum, guilty, rights, proof.

INTRODUCCIÓN

A partir de 1991, con la entrada en vigencia de la nueva constitución se dio inicio a cambios profundos en el sistema procesal penal. Primero se implantó un sistema mixto, para lo cual se creó la Fiscalía General de la Nación; posteriormente, a través del Acto Legislativo 003 de 2002, se reformó el artículo 250 de la C.N. para dar paso al sistema acusatorio, como paradigma del régimen democrático, en él se erige como pieza fundamental del debido proceso, y la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es mucho más antigua, y su implementación en los regímenes penales se remonta modernamente a la Ilustración.

La Ilustración como movimiento intelectual, político y científico portentoso, trajo la difusión de ideas humanas y racionales, y el advenimiento de nuevas instituciones políticas y jurídicas, entre ellas la consagración del debido proceso en el régimen penal, junto con el principio de legalidad,

el de la presunción de inocencia. Solo a partir de entonces se puede predicar, se establece el proceso penal como un método para establecer si el indiciado es o no culpable de un delito.

Antes de la Ilustración, lo que podría asimilarse más a un proceso penal, no era otra cosa que la comunicación arbitraria de su culpabilidad, y el procedimiento solo buscaba confirmar, así fuese a través de la tortura, como en los procesos inquisitoriales, que el acusado era culpable: se buscaba de cualquier manera la confesión como única respuesta, y con ella, la codena.

Con la Ilustración el proceso penal evolucionó a una investigación, como un método que busca develar la verdad a través de un conjunto de procedimientos y técnicas que respeten, en primer lugar la dignidad humana, y en segundo lugar unas reglas preestablecidas que constituyen el régimen procesal penal.

A partir de entonces no se da por sentado la culpabilidad del indiciado, sino se busca establecer su posible responsabilidad: y esa búsqueda de la posible responsabilidad del acusado no se puede hacer de cualquier manera: se requiere que exista previamente una definición de qué conductas constituyen un delito, qué sanción tiene esa conducta ilícita, qué personas pueden adelantar las pesquisas y juzgar al indiciado, qué procedimientos son los permitidos, y aún, qué tiempo hay para ello.

Solo entonces a partir de la Ilustración podemos decir que surge esa institución jurídico-política que se conoce como la presunción de inocencia, sin la cual, ningún régimen procesal penal puede reputarse como democrático.

Y es que no puede tenerse como democrático un sistema político que desconozca la presunción de inocencia de los indiciados. Nada más ilustrativo de la condición democrática o tiránica de un régimen, que el tratamiento que el Estado dé a los perturbadores del

orden, bien sean de orden político o social: ambos ponen en peligro el orden establecido, y serán reprimidos y procesados con el mayor o menor respeto de las garantías judiciales y la presunción de inocencia, en la medida en que el régimen sea más o menos democrático; o con el desconocimiento mayor o menor de estas garantías, en la medida en que el régimen sea más o menos tiránico.

Por ello resalta la importancia de auscultar, si en el actual sistema procesal penal y en el actual régimen político se respeta, y en qué medida, el debido proceso, y en especial la presunción de inocencia, que es piedra angular de todo régimen democrático.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Este artículo es producto de la investigación sobre el debido proceso en el Sistema Penal Acusatorio implantado en Colombia a través de la Ley 906 de 2004 que promulgó el nuevo Código de Procedimiento Penal, el que pese a su muy reciente establecimiento ha sufrido una constante reestructuración, que en la mayoría de las veces tienden a debilitar las garantías del procesado.

Se busca establecer hasta dónde existe una debida consagración normativa del debido proceso en Colombia, partiendo de la Constitución Nacional y de la Ley 906 de 2004, hasta las leyes que modifican el sistema penal acusatorio, analizando o develando que normas pueden desvirtuarla o debilitarla.

En la investigación analizan los siguientes problemas:

- a. Términos y alcances de la consagración de la institución de la presunción de inocencia en la Constitución Política de Colombia.
- b. Si la Ley 906 de 2004 preserva la institución de la presunción de inocencia; y

si las leyes posteriores la han fortalecido o debilitado.

- c. Si la presunción de inocencia se compagina con la normatividad jurídica internacional, especialmente con la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- d. Si existen normas o instituciones en las leyes colombianas y el Código de Procedimiento Penal que debilitan o desvirtúan la presunción de inocencia.
- e. Si el régimen político colombiano promueve y acata el respeto a la presunción de inocencia o, por el contrario, actúa en contra y promueve su debilitamiento.

METODOLOGÍA

Se parte de una introspección histórico-política que busca ubicar el surgimiento de la institución analizada, sin la cual puede no ser comprensible la consagración legislativa de la presunción de inocencia, como un derecho fundamental. Posteriormente se desarrolla un análisis jurídico-dogmático de la institución que busca definir sus elementos y contenidos, extendiéndolos a la normatividad internacional a manera comparativa, para terminar con un análisis jurídico-político de la normatividad cambiante y las declaraciones públicas del régimen político.

RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN

En este acápite se presenta el resultado de la investigación en lo referente al concepto de presunción de inocencia, precedentes históricos, su arraigo constitucional, y en el derecho internacional convencional de derechos humanos, la consagración en el Código de Procedimiento Penal, y críticas a la presunción de inocencia, como instituciones y prácticas que la debilitan.

La presunción de inocencia. Concepto

Resulta interesante anotar algunas de las diversas definiciones que existen de la institución de la presunción de inocencia a partir del desarrollo del derecho penal liberal, cuya concepción y alcance se han venido profundizando a través de los últimos doscientos años.

Partiendo de las raíces de las dos palabras que conforman el axioma, “presunción” viene del latín *praesumptio-ónis*, que se traduce como ‘idea anterior a toda experiencia, por su parte, inocencia deriva de *innocentis*’ que en latín significa virtuoso, “calidad del alma de quien no ha cometido pecado”.

Por otra parte, el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia*² define la inocencia como ‘el estado del que está limpio de culpa’ y ‘excepción de culpa en un delito o en una mala acción’. A su vez dice que inocente es ‘el que está libre de culpa’ y ‘el que no daña, el que no es nocivo’.

La presunción de inocencia es de naturaleza jurídica inversa a la que se predica en relación con otras instituciones jurídicas, pues los doctrinantes consideran que la *presunción* surge del *indicio*. Así es que, “la presunción no es (...) que el juicio formado por el juez, valiéndose de un razonamiento inductivo o deductivo para afirmar la existencia de hechos desconocidos fundándose en hechos conocidos”³.

Por el contrario, la presunción de inocencia es una institución que presume la condición de irresponsabilidad y ajenidad del indiciado o procesado por el solo hecho de no haber sido condenado en un juicio criminal. Es la principal garantía judicial, pues de ella se deriva el derecho a controvertir las pruebas, e

incluso a ser declarado inocente, si el ente acusador no logra demostrar más allá de toda duda (o certeza, según el régimen procesal), que el acusado es el autor del hecho punible.

Entonces la presunción de inocente es una condición prístina del individuo frente al Estado: él es inocente hasta que su responsabilidad se haya establecido en un sentencia ejecutoriada.

Esta institución comparte las características de las presunciones de hecho, que admiten ser desvirtuadas, carga que le corresponde al ente persecutor del Estado. Al respecto de esta característica, la Corte Constitucional precisó:

“La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* que se distingue de la presunción *iuris et de iure* pues esta última no admite prueba en contrario. La presunción *iuris tantum* exime a quien la alega de la actividad probatoria. Basta con caer en el supuesto del hecho indicado establecido por la norma para que opere la presunción. Del hecho indicador, esto es, de la resolución de acusación no se deduce la culpabilidad del sindicado sino su inocencia. A diferencia de lo que ocurre con la presunción *iuris et de iure*, la presunción *iuris tantum* admite que el hecho indicador pueda ser desvirtuado. Es ahí donde aparece una actividad probatoria, esto es, la acción del Estado orientada a probar la culpabilidad del acusado y, desde esta perspectiva, a desvirtuar la presunción de inocencia cuando el juez por medio de sentencia que pone fin a un proceso desarrollado con fundamento en todas las garantías de defensa y contradicción concluye la culpabilidad del imputado”⁴.

2 *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, XIX edición, Madrid, 1970. Pág. 754.

3 OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, s.f. Editorial Heliasta. Pág. 604.

4 Corte Constitucional, sentencia T-827 de 2005, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Diez (10) de agosto dos mil cinco (2005).

El reconocimiento jurídico de inocencia deviene entonces en la garantía básica del proceso penal, parte esencial del debido proceso como regla del tratamiento del imputado, del juicio, en sus diversas instancias hasta la ejecutoria de la sentencia. En virtud de la misma, [escribe Cabanellas], la carga de la prueba del delito y de la participación del procesado incumbe al acusador, pues la duda beneficia al acusado, y éste debe ser tratado como inocente hasta que no se pronuncie contra él la condena definitiva. Por ello los jueces no han de ver automáticamente en el acusado al culpable, por más que a ello tiendan los legos sin más que la acusación del fiscal⁵.

Al respecto de la definición de la presunción de inocencia la Corte Constitucional la precisó en los siguientes términos:

Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido⁶.

Es importante recordar las reflexiones del profesor Nicola Flamarino Dei Malatesta en su obra *Lógica de las pruebas en materia criminal*, donde resalta que el principio de presunción de inocencia parte de la realidad material de que la mayoría de las personas no delinquen, por lo tanto debe probarse lo contrario: En la mayor

parte de las veces, el hombre no comete acciones criminosas, y es, pues, inocente; por ello la inocencia se presume. Consiguientemente, la presunción de inocencia no es sino una forma especial de la gran presunción genérica que hemos venido exponiendo, es decir, que lo ordinario se presume. Y como el principio ontológico hace que se presume lo ordinario, y que lo extraordinario se pruebe, se sigue de ello que una vez abierto el debate penal, es la acusación la que tiene a su cargo la obligación de probar⁷.

Lejos está, entonces, que esta sea una garantía inocua o vacía, que carezca de efectos materiales sobre el procesado. Por el contrario, puede decirse, teleológicamente, que busca que el procesado o indiciado no sufra los rigores, las consecuencias, ni el tratamiento de un persona condenada, verbi gracia, que tenga derecho a desvirtuar o controvertir las acusaciones, que conserve la libertad durante el proceso, que no se expropie o imponga multas, que no se le recluya en establecimientos carcelarios para condenados, que no vea restringidos sus derechos políticos y el derecho al trabajo, a la locomoción y demás tratamientos y consecuencias que se le imponen a un reo rematado.

Antecedentes históricos

Ferrajoli resalta cómo la presunción de inocencia, aunque se remonta al antiguo derecho romano, fue oscurecida, cuando no simplemente invertida por las prácticas inquisitivas desarrolladas en la Baja Edad Media. Baste recordar que en proceso penal medieval la insuficiencia de prueba, cuando dejaba subsistente una sospecha o una duda de culpabilidad, equivalía a una semi-prueba, que comportaba un juicio de semi-culpabilidad y la semi-condena a una pena leve⁸.

5 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, s.f. pág. 391.

6 Corte Constitucional, C-774 del 25 de julio de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

7 DEI MALATESTA, Nicola Framarino, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Editorial Temis, Bogotá, 1964, tomo 1, pág. 154.

8 FERRAJOLI, Luigi, *Ibid.*, pág. 550.

La historia registra que el jurista romano Ulpiano (casi unos doscientos años antes de Cristo) dijo en una de sus tantas recopilaciones que “Es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar un inocente”. Este aforismo es uno de los más antiguos que registra la institución.

En la Antigüedad y aún en la Edad Media, sobre el acusado recaía “la presunción de culpabilidad”, y la manera de confirmar dicha presunción era la *tortura*, a través de la cual los sospechosos confesaban cualquier crimen. Los métodos podían ser “el protro” o la mesa de tortura a través del estiramiento de las extremidades que dislocaban los miembros, rompían los ligamientos y producían irresistibles dolores; las “pruebas de fuego”, como caminar sobre hogueras o provocar quemaduras, el “agua hirviendo”, que era vertida sobre el acusado para que confesara. “Entonces el inocente sensible se llamará reo si cree con esto hacer cesar el tormento”⁹.

“... un hombre no puede ser llamado reo –escribió Beccaria– antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando este ha decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”¹⁰.

El oscurantismo medieval poco a poco fue sucedido ante la ilustración que trajo la Edad Moderna, en la que se retomaron algunas viejas instituciones y se desarrollaron nuevos principios del derecho penal, como el de la legalidad de las penas que reclamaba en

1651 Thomas Hobbes, cuando admirado expresaba:

Cómo puede haber un delito para el que no hay sentencia, ni cómo puede infligirse una pena sin una sentencia previa¹¹, o del principio de justisdiccionalidad (juez natural) en que se debe soportar toda sentencia: “ (...) va contra la ley de naturaleza castigar al inocente, e inocente es quien judicialmente queda liberado o reconocido como inocente por el juez”¹²; o de la equidad en que se deben fundar las penas: “Todas las penas recaídas en seres inocentes, ya sean grandes o pequeñas, van contra la ley de la naturaleza, porque la pena se impone solamente por transgresión de la ley, y por lo tanto no debe existir castigo para el inocente...”¹³.

Esta institución cobró tanta relevancia que se convirtió en un preclaro derecho humano, consagrado en las diferentes declaraciones, desde la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”, proclamada por la Asamblea revolucionaria del pueblo francés el 26 de agosto de 1789, cuando fue consagrada en el acápite 9: “Todo hombre ha de ser tenido por inocente hasta que haya sido declarado culpable...”.

A partir de entonces se continuó incluyendo en todas las demás declaraciones de derechos, incluyendo constituciones nacionales y declaraciones universales¹⁴. De ahí que autores como el profesor Osorio la definan como “la que

9 BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*. Altaya, Barcelona 1994. Pág. 55.

10 *Ibid.*, pág. 52.

11 HOBBS, Thomas, *Leviatan*. FCE, México 1994, pág. 238.

12 *Ibid.*, pág. 228.

13 *Ibid.*, pág. 259.

14 Antes, como en la Declaración del Buen Pueblo de Virginia, del 12 de junio de 1776, estaba implícita, pero su redacción no era precisa “8. *Que en todo juicio capital o criminal, un hombre tiene derecho a exigir la causa y naturaleza de la acusación, a ser confrontado con los acusadores y testigos, a solicitar pruebas a su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime, no puede ser declarado culpable; ni tampoco se le puede obligar a presentar pruebas contra sí mismo; que ningún hombre sea privado de su libertad, salvo por la ley de la tierra o el juicio de sus pares*”.

ampara, en los enjuiciamientos de tipo liberal, a los acusados, cuya responsabilidad debe probar el acusador para fundar la condena”¹⁵.

Este principio penal tuvo una amplia difusión entre los doctrinantes en el siglo XIX, como Jeremías Benthan, quien aseguraba que “*la inocencia se debe presumir. No se trata de una de esas bellas máximas humanitarias que hacen más honor al corazón que a la experiencia de quienes la sostienen, sino de una máxima fundada sobre bases sólidas*”, bases que funda Benthan en la repugnancia que siente el hombre de cometer “actos de maldad o de injusticia” que lo expone a la enemistad y la venganza; por la sanción política que le hace temer a las penas legales; por la sanción de la opinión por la cual puede perder la estimación e incurrir en el reproche y desprecio de la sociedad; y finalmente, por la sanción que predica la religión para toda clase de crímenes, así escapare a la sanción de los tribunales humanos¹⁶.

Pero se destaca entre todos ellos el profesor Francesco Carrara, fundador de la Escuela Clásica Italiana, quien respecto al estado de inocencia expresó:

“El postulado de que parte la ciencia en esta segunda serie de estudios es la presunción de inocencia, y así la negación de la culpa (...) Aquí dice ella: Protejo a este hombre porque es inocente, así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad (...) con los modos y las formas que yo prescribo, y que debéis respetar porque ellas proceden también de dogmas de absoluta razón”¹⁷.

En la Novena Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá en 1948, fue promulgada la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, en la cual se incluyó

esa institución antes de la Declaración de las Naciones Unidas en los siguientes términos: “Artículo 26: Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”.

Igualmente fue incluida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la asamblea general de los Estados partes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1948, quedando consagrado esta garantía en el artículo 11:

Artículo 11.1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

La presunción de inocencia en la Convención Americana de Derechos Humanos

Posteriormente, al aprobarse la Convención Americana de Derechos Humanos en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, la presunción de inocencia fue incluida dentro de las garantías judiciales en el numeral 82, al siguiente tenor:

Artículo 8.2. Convención Interamericana de Derechos Humanos: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

La Convención Americana de Derechos Humanos fue adoptada mediante la Ley 16 de 1972, y rige para Colombia a partir del 18 de julio de 1978.

¹⁵ Ídem., pág. 604.

¹⁶ BENTHAN, Jeremías, *Tratados de las pruebas judiciales*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959, tomo 1, pág. 360.

¹⁷ Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Editorial Temis, Bogotá, 1983.

Arraigo constitucional de la presunción de inocencia

La Constitución de 1991 que consagra el Estado Social de Derecho introdujo en su texto la noción de derecho fundamental.

La presunción de inocencia quedó consagrada en la Carta Política como derecho fundamental en el artículo 29, y la misma establece el derecho de todas las personas a que se presuma legalmente su inocencia mientras no hayan sido vencidas en juicio con el pleno de todas las garantías judiciales: “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”¹⁸.

Al respecto del rango constitucional del contenido y alcance de esta importante garantía procesal ha razonado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable¹⁹, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio*

pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.

La presunción de inocencia se encuentra reconocida en el artículo 29 inciso 4.º de la Constitución Política, mandato por el cual: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”. Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance²⁰.

Principio de no autoincriminación

Este derecho constitucional y legal de guardar silencio va indisolublemente unido a la presunción de inocencia, puesto que el silencio respecto a una imputación o acusación no puede tenerse como prueba en su contra, ello no desvirtúa su inocencia, que se mantiene incólume mientras el fiscal no presente las pruebas que establecen la culpabilidad.

Pero no siendo suficiente el enunciado general, este derecho fue ampliamente desarrollado en la Ley 906 de 2004 en los siguientes términos:

“Artículo 8: En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

- a. No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado

18 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (comentada) Editorial Leyer, 1998, pág. 77.

19 La ley 906 no había sido expedida cuando la Corte Constitucional emitió esta sentencia, no exige la existencia de la “duda razonable”, sino de cualquier duda, como se establece en el artículo 7 del C.P.P.

20 Corte Constitucional, C-774 del 25 de julio de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

- b. No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
- c. No se utilice el silencio en su contra.
- d. No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse.

En este artículo se amplía la protección constitucional a guardar silencio al núcleo familiar, como ente fundante de la sociedad que debe tener una especial protección; y porque se considera que los seres humanos se deben en primer lugar a sus progenitores y a su familia, ya que obligar a un ciudadano a atacar su núcleo más íntimo iría contra la naturaleza humana, contra quienes tiene las primeras obligaciones de apoyo pecuniarias y morales, su solidaridad por ser extensión de su ser, especialmente en un Estado con pretensiones humanas.

Es de resaltar el reconocimiento del constituyente a la persona y a la familia, ya que pone la protección por encima de la misma sociedad y del Estado: la razón de Estado o social no puede servir de pretexto para atropellar la dignidad humana, ni a su familia, preservándola a través del derecho a guardar silencio, que implica no tener consecuencias adversas a quien ejerza este derecho, y a no ser compelido o torturado para obtener que hable rompiendo el silencio.

Esta institución es una conquista de la humanidad, ya que durante mucho tiempo primó la razón de Estado por encima del individuo, y se autorizaba la tortura contra

el acusado o su familia. Ello no solamente rigió en la Antigüedad, en la Edad Media durante la Inquisición, sino hasta hace poco en los regímenes totalitarios, como el nazi o el stalinista, llegando hasta nuestros días a través de las dictaduras militares que lo convirtieron en método de investigación.

Este derecho de guardar silencio tiene arraigo constitucional en el artículo 33 de la Carta constitucional, donde se amplía igualmente al núcleo familiar más íntimo como se recoge en la Ley 906, pero resulta afortunadamente más amplio que el establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos que hace de él un derecho intuitu personal, sin incluir al núcleo familiar. Veámoslo como está allí establecido:

Artículo 8-2. Convención americana de Derechos Humanos (...)

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

- g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

Este principio es, en últimas, protector de la dignidad humana y límite al uso de la fuerza física o moral en la búsqueda de la prueba que establezca la culpabilidad del procesado. Al respecto señaló la Corte Constitucional:

En desarrollo y aplicación de la primacía de la dignidad humana, el moderno derecho penal, abandonando definitivamente los métodos de averiguación de la verdad que prescindiendo de este concepto admitían cualquier forma de llegar a ella, prescribe las presiones ejercidas sobre los acusados o sus familiares, que bajo el apremio del juramento o cualquier otra forma de intimidación moral, conduzcan al declarante a con-

fersar su delito o a delatar a aquellos con quienes está unido por vínculos muy cercanos de parentesco²¹.

La presunción de inocencia como principio del debido proceso

La garantía de la presunción de inocencia que goza el procesado es igualmente parte integrante del debido proceso, y como tal quedó incorporada en el inciso cuarto del artículo 29 de la Carta constitucional, junto con otras garantías como la de la legalidad de las penas, la irretroactividad de la ley penal, juez natural, acatamiento irrestricto de los procedimientos e instancias que establezca la ley procesal, y el derecho a la defensa.

A partir de la previsión constitucional en el artículo 29 la presunción de inocencia adquiere la categoría de derecho fundamental y es recogida en el artículo 7 de la Ley 906 2004, entre los primeros artículos, en los que se establecen los principios rectores del código, en el cual se adicionó que la carga de la prueba le corresponde al órgano de persecución penal y que para proferir sentencia debe existir prueba de la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda:

“Art. 7º—Presunción de inocencia e in dubio *pro reo*. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad

penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

Debe resaltarse que a través de esta norma procesal, se impone el deber a los funcionarios judiciales de no solo presumir la inocencia, *sino darle tratamiento de inocente hasta que haya una decisión judicial ejecutoriada*, con importantes consecuencias, como la preservación de la libertad durante todo el proceso, con la imposibilidad de toda limitación, así sea domiciliaria, e incluso la posibilidad de salir del país sin ninguna limitación.

En la práctica, los funcionarios judiciales desconocen flagrantemente este principio rector, e invocan para ello el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal que autoriza la limitación de la libertad en forma excepcional, si se reúnen los requisitos constitucionales de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad²².

Entonces la Corte Constitucional razona de la siguiente manera:

4.4.4. La exigencia de justificación de una medida de aseguramiento con base en cualquiera de las finalidades constitucionalmente admisibles, se convierte así mismo en un mecanismo de salvaguarda del principio de presunción de inocencia, del cual se deriva la

21 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1287 del 5 de diciembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

22 Art. 295. —Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

proscripción de toda prolongación injustificada de una detención preventiva, de tal manera que se convierta en un cumplimiento anticipado de la pena. Así lo señaló la Corte al declarar que: “Los artículos 29 de la Constitución y 9.º del pacto internacional de derechos civiles y políticos impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así desvirtuaría el carácter eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría por convertirse en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia”²³.

La “inocencia” es un concepto teórico referencial, que adquiere sentido sólo cuando existe la posibilidad de que tal o cual persona sea culpable de un determinado delito, pues la situación normal de los ciudadanos es la de “libertad”; en otras palabras, normalmente su condición básica es el de estar en libertad, entendida esta como libertad física, de movimiento o desplazamiento, sin referencia alguna al derecho o al proceso penal. Pero toma sentido cuando esa misma persona se ve involucrada en el ámbito regido por las normas procesales, caso en el cual tiene sentido decir que es “inocente”, pues bajo esa condición de procesado su libertad se halla amenazada.

Este principio de la desvirtuación de la presunción de inocencia por la fiscalía a través de un juicio es también conocido como principio de jurisdiccionalidad, como lo menciona el profesor Ferrajoli:

Principio de jurisdiccionalidad y presunción de inocencia. Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la

prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad –al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio (axioma A7), y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación (tesis T63)– postula la *presunción de inocencia* del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena. Se trata, como afirmó Luigi Luccini, de un “corolario lógico del fin racional asignado al proceso” y al mismo tiempo, de la “primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano: presunción *juris*, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario”. La culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa –y no de la inocencia, que se presume desde el principio– la que forma el objeto del juicio²⁴.

El principio de inocencia influye en el proceso penal, básicamente en la actividad probatoria, pues impone al órgano estatal de persecución penal la carga de demostrar la culpabilidad del imputado mediante la realización en el juicio oral de pruebas indubitables. Correlativamente el acusado no está en la obligación de demostrar su inocencia, pues ella se asume.

Prohibición de la responsabilidad objetiva

Otra de las instituciones de gran valor que se consagra en la ley penal colombiana erigida como principio rector es la prohibición de la responsabilidad objetiva en la comisión de una conducta típica, prohibición que tie-

23 Sentencia C-301 de 1993.

24 FERRAJOLI, Op. cit., pág. 549.

ne un nexo inescindible con la presunción de inocencia, pues no basta que se pruebe por la fiscalía la realización o ejecución de una conducta definida en la ley penal, sino que se debe comprobar la culpabilidad, como supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad, lo que significa que “la actividad punitiva del Estado tiene lugar solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”²⁵.

Este es un principio fundamental de nuestra Constitución, recogido en el artículo 12 del Código Penal, en el acápite de las normas rectoras.

Es fundamental resaltar su importancia y vigencia, por cuanto hoy se abren paso en nuestro país y el mundo renovadas teorías de la responsabilidad “objetiva” a través de la autoría mediata, según la cual, se es igualmente responsable por todo lo que realice un “aparato organizado de poder”, cuando se tiene alguna capacidad de mando o determinación de sus decisiones generales o directrices, aunque no haya participado o conocido la decisión de realizar determinados hechos, por lo cual su responsabilidad se deriva de su posición dominante o determinante de las políticas generales de dicha organización. O por la coautoría impropia, donde se condena a los determinadores de una política (directriz), como coautores impropios, a través de la figura de la división del trabajo, no como determinadores.

El principio jurídico vigente en la norma legal es el de la responsabilidad personal y subjetiva en todo lo que haya promovido o participado, a título de autor, coautor o partícipe, en la modalidad de determinador o cómplice. El debate resulta pertinente y necesario porque, si bien es cierto, alguien puede formar parte de una organización cri-

minal, y haber participado en la elaboración de sus políticas directrices, estas a través de sus ejecutores pueden desbordar las políticas trazadas, con lo cual pueden hacer responsables a quienes tenían capacidad de determinación sin que hayan conocido, participado o consentido en la realización de determinados delitos; esto resulta violatorio del principio de la responsabilidad personal y subjetiva como base de la responsabilidad penal.

Pero también es necesario sopesar si son o no responsables los integrantes o colaboradores, o quienes tengan capacidad de decisión en el mando o política de una organización criminal o “aparato organizado de poder”, si siguen colaborando, participando o determinando políticas después que esta organización o aparato ha realizado conductas delictivas derivadas o aparentemente desbordadas de las orientaciones aprobadas. El apoyo a estas organizaciones después de hechos aparentemente desbordados y altamente reprobables puede considerarse como indicio o prueba de la aprobación de esta clase de hechos, pues de otra forma, el resultado lógico de su improbación o rechazo es la condena o la separación de dicha organización, ya que de no ser así constituye una aprobación implícita, y en ocasiones explícita, de tales desmanes.

De todas formas, el debate sobre la necesidad de desvirtuar la presunción de inocencia sobre responsabilidad personal y subjetiva en la comisión de los delitos se halla vigente en Colombia, aunque ya se han dado condenas bajo la modalidad de la responsabilidad jurídica por las directrices, como en el caso de las muertes ocurridas en el poblado de Machuca, Antioquia, donde la Corte Suprema de Justicia condenó a todos los integrantes del Comando Central de ELN como “autores

25 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-626 del 21 de noviembre de 1996, M.P. José Gregorio Hernández. En *Código de Procedimiento Penal, comparado, comentado, jurisprudencia*, Antoine J. Stepanian y Carlos Duarte Pulido. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2002, Tomo 1, pág. 180.

impropios” por orientar en forma general la voladura de oleoductos²⁶, y en el atentado contra el club El Nogal en Bogotá²⁷. En estos dos casos no hubo prueba del conocimiento directo y subjetivo de los mandos guerrilleros en los hechos procesados.

Presunción de inocencia e *in dubio pro reo*

La presunción de inocencia conlleva en forma implícita el principio de el *in dubio pro reo*, de tal forma inescindible que así quedó plasmado en la Ley 906 en su redacción en el artículo 7. Por lo tanto la presunción de inocencia solo se considera rebatida cuando se ha desvirtuado más allá de toda duda, pues si existe ésta en cualquier intensidad debe resolverse a favor del procesado.

Consecuencia de todo esto es la necesidad del convencimiento del juez de la responsabilidad penal de procesado, pero siempre *más allá de toda duda*, es decir de la no existencia de duda alguna, así sea la más leve duda, no solamente la existencia de una duda razonable o profunda duda, como pretenden algunos operadores judiciales, y como estaba estipulada antes, y recogían las Cortes en sus pronunciamientos, sino de duda, en sentido lato, absoluto.

El principio del *in dubio pro reo* también es conocido como *favor rei*. Este principio fundamental era denominado por Carnelutti, *favor innocentiae*. Luigi Ferrajoli, en su obra

Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, al hacer un análisis del principio *favor rei*, establece:

(...) el principio *favor rei* del que la máxima *in dubio pro reo* es corolario (...) sino que es incluso una condición necesaria para integrar el tipo de certeza racional perseguida por el garantismo penal (...)

En este orden de ideas, siguiendo a Ferrajoli, es oportuno incluir para este estudio, sobre la base del criterio sustentado, respecto a la duda o incertidumbre en la aplicación de las normas, que:

La incertidumbre puede ser de dos tipos: de hecho y de derecho (...) los dos tipos de certeza o incertidumbre son independientes entre sí, en el sentido que se puede dar certeza de hecho, sin ninguna certeza de derecho y viceversa (...) Incertidumbre de hecho y de derecho provienen en realidad de causas distintas, (...) La incertidumbre de derecho: depende de la igual opinabilidad de las varias calificaciones jurídicas posibles del hecho considerado probado. La incertidumbre de hecho: depende de la igual plausibilidad probatoria de las varias hipótesis explicativas del material probatorio recogido (...) La primera señala un defecto de estricta

26 Aunque la sala penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia había absuelto al Comando Central del ELN por los hechos de Machuca, la CSJ revocó esta sentencia y los condenó por considerar que el atentado al oleoducto era producto de la directriz de la dirección del ELN de realizar atentado contra los oleoductos. Casación Rad. 23.825 del 7 de marzo de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz: "7. Sin embargo, como se constata en las reflexiones anteriores, la Sala difiere tanto de la Procuradora 161 Judicial Penal II, como del Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, en cuanto 340 ellos, en la demanda y en el concepto, respectivamente, sostienen que en este caso específico los procesados deben responder como autores mediatos bajo la figura de las estructuras o aparatos organizados de poder; y, en cambio, para la Sala de Casación Penal, la coautoría predicable de los procesados es simplemente coautoría impropia, por división del trabajo en la empresa criminal común, perteneciente por igual a los subversivos que dinamitaron a propia mano el oleoducto, como a los cuadros de mando del Ejército de Liberación Nacional y de sus frentes de combate".

27 El juez octavo penal del Circuito Especializado de Bogotá condenó al Secretariado, por considerar que este era responsable de la aprobación de una política terrorista en las ciudades.

legalidad, esto es la debilidad o carencia de las garantías penales que permiten la decibilidad de la verdad jurídica. La segunda, señala un defecto de la estricta jurisdiccionalidad, esto es, la debilidad o carencia de las garantías procesales que permiten la decisión de la verdad fáctica (...) Ambas soluciones expresan poder de interpretación o de verificación jurídica cuando las incertidumbres resueltas son de derecho, y poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica cuando las incertidumbres resueltas son de hecho (...)”²⁸.

Afectación de la garantía de presunción de inocencia por la Ley 1142 de 2007

El nuevo código procesal penal consagrado en la Ley 906 de 2004 tenía la pretensión de ser un estatuto garantista, propio del sistema democrático y del Estado Social de Derecho, el más avanzado, y en él se consagraron los principios constitucionales como el fundamento de la restricción de la libertad, el debido proceso y la presunción de inocencia como principio rector.

Sin embargo, debido a la alta incidencia de la delincuencia asociada a miseria y la marginalidad, se expidió una ley modificatoria del código que reglamentaba y expandía las causales para imponer las medidas de aseguramiento asociadas a delitos que para el efecto denominó de alto impacto social, afectando no solo la libertad, como derecho especialmente protegido, sino la presunción de inocencia, que pese a lo que se diga, se ve afectada cuando se impone una medida de aseguramiento en centro carcelario, ya que esta medida, aunque se niegue, es una especie de pena anticipada.

Al respecto señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-301 de 1993:

La exigencia de justificación de una medida de aseguramiento con base en cualquiera de las finalidades constitucionalmente admisibles, se convierte así mismo en un mecanismo de salvaguarda del principio de presunción de inocencia, del cual se deriva la proscripción de toda prolongación injustificada de una detención preventiva, de tal manera que se convierta en un cumplimiento anticipado de la pena. Así lo señaló la Corte al declarar que: “Los artículos 29 de la Constitución y 9.º del pacto internacional de derechos civiles y políticos impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así desvirtuaría el carácter eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría por convertirse en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia”²⁹.

Las nuevas disposiciones introducidas por la Ley 1142 de 2007, no solo desconocen el respeto por la dignidad humana, en la medida en que prescriben el internamiento de una persona en un centro carcelario a partir de unas normas frías y abstractas, que priorizan la punibilidad, la modalidad y la gravedad de la conducta, el tener anotaciones (denuncias o capturas anteriores a la nueva situación), sin sopesar la necesidad de la medida de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Por esta vía se llega a un derecho penal *peligrosista* y de máximo rigor, pues la persona que incurra en cualquiera de las conductas previstas en las nuevas causales introducidas por la Ley 1142 se considera dañina para la sociedad, situación que resulta contraria a la presunción de inocencia, (artículo 29 C.P.), al principio de excepcio-

28 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 4ª. Edición, Madrid, 2000.

29 Sentencia C-301 del 2 de agosto de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

nalidad de la detención preventiva (artículo 250 C.P.), y a los principios *humanistas* recogidos en el artículo 1.º de la Constitución.

A tal punto que la detención domiciliaria, una medida menos restrictiva del derecho a la libertad, se restringe no solo para los delitos de conocimiento de los jueces especializados, sino para decenas de otras conductas que el Estado considera que son representativas de los ilícitos que entrañan los más graves atentados contra los bienes jurídicos de particular relevancia para la comunidad; de esta manera se afecta la presunción de inocencia, al ser considerado el imputado *a priori* un individuo peligroso³⁰.

Si bien la Corte ha declarado la compatibilidad de la detención preventiva con el principio de presunción de inocencia³¹, ha destacado también la necesidad de su justificación en fines y razones que sean constitucionalmente admisibles. Al respecto ha indicado que:

“[P]ara que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”³².

Los nexos entre el principio de presunción de inocencia y la necesidad de vincular a unos fines constitucionalmente admisibles la medida de detención preventiva fueron destacados así por la jurisprudencia:

Es importante precisar que la resolución de detención preventiva no conlleva en todos los casos la privación efectiva y material de la libertad individual. En realidad, bajo el supuesto de que el procesado se encuentra amparado por la *presunción de inocencia* incluso durante la etapa del juzgamiento, “la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los fines de la investigación penal”³³.

En igual sentido señaló la Corte Constitucional:

La medida de aseguramiento consistente en detención preventiva no comporta siempre la privación efectiva de la libertad, pues dada la presunción de inocencia que acompaña al procesado durante toda la investigación penal, la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la *necesidad* de que se cumplan los *fines* de la investigación penal³⁴. (Énfasis de la Sala).

De esta manera la Corte Constitucional preserva en parte el principio de la presunción de inocencia frente a la afectación mayor que se introdujo a través de la Ley 1142 de 2007, pese a lo cual se mantiene la medida de aseguramiento en centro carcelario no como excepcional, sino generalizada para los delitos con pena mínima superior a los 4 años de prisión, de conocimiento de la justicia especializada, o con anotaciones por capturas dentro del año anterior, pero *Nunca* sin desconocer los contenidos constitucionales de necesidad, proporcionabilidad y razonabilidad, que permanecen incólumes pese a

30 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-318 de 2008, 9 de abril de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

31 Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

32 Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

33 Sentencia C-634 de 2000. Referencia a la sentencia C-549 de 1997. Subrayado por fuera del texto original.

34 Sentencia C-549 del 30 de octubre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Subrayado por fuera del texto original.

las modificaciones introducidas, como lo resalta la Corte Constitucional.

Los privilegios de la presunción de inocencia no son absolutos. La positivización negativa

La presunción de inocencia conlleva desde el punto de vista teleológico la protección del indiciado o acusado de no sufrir una serie de restricciones, imposiciones y privaciones, que se hallan reservadas exclusivamente para el condenado, tales como el ser recluido en una cárcel, que el órgano penitenciario disponga donde debe ser recluido, qué restricciones debe soportar, que pague determinada multa si el delito la contempla, entre otras muchas consecuencias, como ver afectada su vida social y laboral, su movilidad, el ejercicio de sus derechos políticos y de contratación con el Estado.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia consideran que los privilegios que otorga la presunción de inocencia no son absolutos por el hecho de pesar sobre el acusado o indiciado una investigación o un proceso, y que por esa razón se le pueden limitar ciertos privilegios o garantías, ya que no puede ser igual un individuo *sub judice* a otro sobre el cual no pesa ningún indicio o acusación de haber incurrido en un comportamiento antijurídico.

Por ello la doctrina y la jurisprudencia predicán que es factible restringir algunas garantías fundamentales, bajo el presupuesto general de garantizar la protección a la sociedad, a la víctima, la no interferencia en la obtención de la prueba, la efectiva comparecencia al proceso, o el cumplimiento de la pena.

Al respecto ha anotado la Corte Suprema de Justicia:

Ocurre que ningún derecho, aunque sea de naturaleza fundamental, ostenta el carácter de absoluto. De ser así, serían imposibles la coexistencia y convergencia de derechos, que inclusive a veces pueden llegar a ser contradictorios o antagónicos en las mismas circunstancias. Así, por ejemplo, si fuese absoluto que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás, sería imposible guiarlos, educarlos, vigilarlos e inclusive corregirlos.

De modo que, la presunción de inocencia tampoco es un derecho absoluto, y mal podría serlo en el Estado Social, Democrático y de Derecho, en el que todos los miembros debemos ceder parte de nuestras atribuciones, con el fin único de contribuir al mantenimiento de condiciones mínimas para hacer factible la vida en sociedad, en relativa paz y armonía.

Entonces, ese derecho latente en el curso del proceso penal, denominado presunción de inocencia, no es que se desconozca o se vulnere cuando una providencia judicial lo va desvaneciendo. Lo que ocurre es que ante la contundencia de las pruebas, dependiendo la fase en que se encuentren las diligencias, esa presunción va cediendo paso a otras manifestaciones válidas del Estado de Derecho, como son las decisiones contenidas en los autos y sentencias de los jueces de la República. Tan es así, que la presunción de inocencia finalmente desaparece, cuando una sentencia en firme declara que una persona es penalmente responsable de un hecho punible que se le endilga³⁵.

La Constitución y la ley autorizan, entonces, que algunos derechos fundamentales, como

34 CASACIÓN 14.062 Reposición, magistrado ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

35 CASACIÓN 14.062 Reposición, magistrado ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

el de la libertad, o el de movimiento, o el de disposición de sus propiedades, se vean limitados mediante una providencia judicial, cuando se reúnan los presupuestos mínimos para ello:

- a. Que exista prueba sumaria de la presunta autoría del procesado;
- b. que la medida resulta necesaria, proporcional, adecuada y racional frente a los postulados constitucionales; es decir que ella proceda una vez realizado el test de constitucionalidad, en el cual los derechos fundamentales que se van a afectar deban ceder ante la necesidad de proteger la sociedad o la víctima, el proceso, o el cumplimiento de la pena.

De todas formas esta convalidación negativa del derecho fundamental de la libertad constituye un ataque a la presunción de inocencia, como bien lo señalan dos tratadistas nacionales actuales:

De igual manera –insístase– si al imputado se le presume inocente por mandato constitucional, señálese que la única forma de ir derrocando esa presunción es a través de la determinación de su responsabilidad penal, no resultando para nada admisible impartir su detención por el sólo hecho de la autoría sin consideración alguna sobre el contenido de la atribución de responsabilidad. De no ser así, entonces, la garantía de inocencia solamente podría verse limitada con el fallo de condena en firme, sin intromisión alguna de la autoridad judicial sobre la libertad del imputado en las fases de indagación e investigación, o sea que resultaría inconstitucional la figura de

la detención preventiva en cuanto solo podría hacerse efectiva la detención o el apresamiento pero exclusivamente para el cumplimiento de la condena o pena de prisión³⁶.

Más categórica es la afirmación, y concluyente con todo lo que se ha venido diciendo de la inconstitucionalidad de la detención preventiva es la aserción del profesor Alberto Suárez Sánchez:

La detención o prisión provisional en la etapa de la investigación no tiene razón de ser y es inconstitucional, porque vulnera los derechos de la presunción de inocencia y de la igualdad³⁷.

Críticas a la presunción de inocencia

La consagración universal de este principio ha dado lugar a serias críticas en cuanto a su validez, como las del célebre profesor Manzini, según el cual no se alcanza a comprender cómo quien es perseguido penalmente por sospechoso de un delito pueda tener a su favor, al mismo tiempo, una presunción de inocencia. “*Nada más burdamente paradójico e irracional*” señala. Por ello le parecía más lógico hablar de una presunción de culpabilidad.

Por otra parte, Garófalo sostenía que en la tramitación del juicio debía prevalecer la tesis de la *presunción de culpabilidad*, y como consecuencia de ello estaba a favor de la prisión preventiva para los delitos graves, aunque en sus tesis admite que no es conveniente condenar al imputado anticipadamente, pues debe dársele la oportunidad de demostrar su inocencia.

De igual manera, Enrico Ferri postulaba que la presunción de inocencia en el proceso pe-

³⁶ PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel, *La detención preventiva en el sistema acusatorio*, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2010, pág. 77.

³⁷ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, “*Libertad y derecho penal*”. En *Revista Derecho Penal y Criminología*, núm. 71, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-abril de 2001, págs. 34 y 35.

nal resulta contraria a la lógica; para hacer patente esa aseveración puso como ejemplo los casos de delitos cometidos en flagrancia, y los casos cuando existe una confesión del procesado, confirmada por otros datos, o en el supuesto de estar en presencia de un delincuente habitual, autor de una criminalidad atávica.

Por su parte, Julio Maier considera la crítica de Manzini como “*una reacción fascista contra el liberalismo*”, y plantea, aclarando el debate, que: “Toda persona debe ser tratada como inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena; por ende, que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad, y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al derecho regida por las reglas aplicables a todos con prescindencia de la imputación deducida”. Agrega el mismo autor que tal principio “no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo”.

Históricamente es recordada la muy lamentable exhortación de la dirigente del Partido Comunista de España, Dolores Ibárruri Gómez (9 de diciembre de 1895 – 12 de noviembre de 1989), llamada “La Pasionaria”, figura relevante durante la Guerra Civil, quien llegó a ser Vicepresidenta de las Cortes en 1937. Durante este período se convirtió en un mito para una parte de España y era famosa por sus arengas en favor de la causa republicana. Suyo fue el lema “*¡No pasarán!*”, acuñado durante la defensa de Madrid. Se opuso a la capitulación del coronel Casado. En un mitin en Valencia en 1938 pronunció la polémica frase “*Más vale condenar a cien inocentes a que se*

absuelva a un solo culpable”, en referencia al proceso contra el Partido Obrero de Unificación Marxista (POUM), que era marxista pero no estalinista: más bien antiestalinista. Tras finalizar la Guerra Civil española, Ibárruri se exilió en la URSS. Tras la muerte del general Franco y durante la transición democrática volvió a España en 1977 y fue elegida de nuevo diputada por Asturias en las primeras elecciones democráticas, aunque su papel como política fue ya más simbólico que real. Murió en Madrid en 1989³⁸.

El lamentable aforismo que denotaba una ideología intolerante y represiva, o una arenga irreflexiva, tiene su capítulo en Colombia por haber sido replicado por el Fiscal de la Justicia Penal Militar Gustavo Nungo, al emitir su concepto en un juicio seguido contra guerrilleros del Movimiento 19 de Abril (M-19) colombiano: “*es mejor condenar un inocente que soltar a un culpable*”³⁹, frase que causó el rechazo de juristas y de la opinión pública democrática.

Cuando se impone una ideología totalitaria, o la razón de Estado bajo el pretexto de la lucha contra el terrorismo o la delincuencia social, la presunción de inocencia desaparece y cunde la desesperanza y la violación del derecho fundamental a la libertad. Al respecto puede recordarse las perspicaces reflexiones del profesor y politólogo italiano Toni Negri, sobre la aterradora experiencia de ser juzgado bajo el señalamiento de ser el “jefe” de las Brigadas Rojas:

Por fin comprendo plenamente lo que significa el proceso acusatorio. La absoluta preeminencia de la acusación, como rol determinante en el proceso. Una especie de estructura opresora, una predeterminación rígida. La acusación es ya un dato irreversible: ese

38 La cita aparece en el libro de Julián Gorkín *Les Communistes contre la révolution espagnole*, en <http://www.fideus.com/biografiesF%20-%20ibarruri%20-%20dolores.htm>

39 http://www.google.com.co/search?hl=es&rlz=1R2ADBF_es&q=+%C3%B1ungo+mas+vale+condenar+a+un+inocente&btnG=Buscar&aq=f&aqi=&aql=&oq=&gs_rfai=

montón de papeles que ha acumulado la instrucción, y que el fiscal, cual ángel vengador, agita desde el comienzo. No hay búsqueda de la verdad, y por lo tanto debate entre iguales por su determinación. Hay una acusación, libre en la expresión de su fuerza, y un derecho a defenderse de ella. El que acusa es un poder público; el que se defiende, es un derecho subjetivo⁴⁰.

CONCLUSIONES

La institución de la presunción de inocencia es producto del pensamiento racionalista de la Ilustración en materia penal, que tuvo su concreción en las revoluciones democráticas que la consagraron en sus constituciones. Posteriormente fue recogida en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, recogidos en los códigos procesales penales.

La Constitución colombiana de 1991 la consagró como uno de los derechos fundamentales, y a partir de allí se instituyó como una de las principales garantías previstas en la Ley 906 de 2004 que instauró el sistema penal acusatorio.

El nuevo Código Procesal Penal amplió esta protección a que el tratamiento del procesado debe estar acorde con este principio, cuyo respeto por los operadores judiciales se pregonaba en sus providencias, pero que se relativiza o desconoce principalmente a través de la imposición de medidas de aseguramiento, como la detención preventiva en centro carcelario y la detención domiciliaria.

La alta dirigencia estatal colombiana ha pretendido combatir el incremento de la delincuencia social y la insurrección a través de la expedición de reformas a las normas penales y procesales penales, que incrementan las

penas y afectan las garantías procesales y constitucionales, pretendiendo convertir el derecho penal en la solución a la grave crisis económico-social, revirtiendo por este medio el carácter democrático y social del Estado, convirtiéndolo cada vez más en un régimen policiaco.

La investigación evidenció instituciones que relativizan, cuando no contradicen, el principio de la presunción de inocencia, como la detención preventiva y la domiciliaria, cuya autorización se amplía a través de las reformas introducidas al sistema penal acusatorio que objetivizan y generalizan las causales de detención.

El conocimiento de esta institución, su alcance, pero también sus limitaciones crecientes, son un presupuesto que permite denunciar el alcance de las reformas regresivas y draconianas en preservación del carácter democrático de nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

BECCARIA, César. *De los delitos y las penas*, Altaya, Barcelona, 1994.

BENTHAN, Jeremías. *Tratados de las pruebas judiciales*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, tomo 1.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, S.F.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*, Editorial Temis, Bogotá, 1983.

CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA, (comentada). Editorial Leyer, 1998.

DEI MALATESTA, Nicola Framarino. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Editorial Temis, Bogotá, 1964, tomo 1.

Diccionario de la lengua española. Real Academia Española, XIX edición, Madrid, 1970.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, Trotta, Valladolid, 2000.

NEGRI, Toni. *El tren de Finlandia*. Hachette, Libertarias, Madrid, 1990.

OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, s.f. Editorial Heliasta.

PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel. *La detención preventiva en el sistema acusatorio*, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2010, pág. 77.

STEPANIAN SANTOYO, Antoine Joseph, DUARTE PULIDO, Carlos. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (comparado, comentado), Ediciones Nueva Jurídica, Tomo 1, Bogotá, 2002.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. "Libertad y derecho penal". En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, núm. 71, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-abril de 2001, págs. 34 y 35.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-318 de 2008, 9 de abril de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

_____. Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

_____. Sentencia C-634 de 2000. Referencia a la sentencia C-549 de 1997.

_____. Sentencia C-549 del 30 de octubre de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-301 del 2 de agosto de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CASACIÓN 14.062. Reposición Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo, 23 de febrero de 1999.

_____. Rad. 23.825 del 7 de marzo de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.

_____. Sentencia C-626 del 21 de noviembre de 1996, M.P. José Gregorio Hernández.

_____. Sentencia C-1287 del 5 de diciembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Sentencia T-827 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 10 de agosto de dos mil cinco (2005).

<http://www.fideus.com/biografies F%20-%20ibarruri%20-%20dolores.htm>

http://www.google.com.co/search?hl=es&rlz=1R2ADBFB_es&q=+%C3%B1ungo+mas+vale+condenar+a+un+inocente&btnG=Buscar&aq=f&aqi=&aql=&oq=&gs_rfai=