

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: PRINCIPIO CONSTITUCIONAL ABSOLUTO*

JUAN SEBASTIÁN TISNÉS PALACIO**

Recibido: octubre 14 de 2011 • Aprobado: enero 16 de 2012

Resumen

La presunción de inocencia, erigida como principio constitucional en el artículo 29 de la Carta Política, ha sido considerada por el Tribunal Constitucional como un derecho absoluto no sujeto a ponderación. Lo anterior, teniendo en cuenta que la Sentencia C-774 de 2001, entre otras, señala que la presunción de inocencia no admite excepción y permanece incólume durante toda la etapa de investigación y de juicio. Pese ello, la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario continúa teniendo plena validez y aplicación dentro del proceso penal, contrariando el postulado que la misma Corte desarrolla y referido apenas unos renglones atrás. En el presente artículo se evidenciarán las falacias en que incurre la guardiana de la Constitución al valorar la presunción de inocencia y el derecho a la libertad, y se propondrán dos situaciones en las cuales podría romperse dicha presunción e imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Palabras clave: Presunción de inocencia, libertad, medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, Corte Constitucional.

* Artículo resultado de avance del trabajo de investigación “Medidas de aseguramiento: Negación de la presunción de inocencia”, adscrito a la Maestría en Derecho de la Universidad de Medellín, presentado como requisito para la promoción del cuarto semestre.

** Abogado de la Universidad de Medellín, candidato a Magíster en Derecho de la misma Universidad y Juez Promiscuo del municipio de Urrao (Antioquia), entre otras, con Función de Control de Garantías en el sistema acusatorio penal. jvanguitis@une.net.co

PRESUMPTION OF INNOCENCE: AN ABSOLUTE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE

Abstract

The presumption of innocence erected as constitutional principle in the article 29 of the Political Charter has been considered as an absolute right not subjected to deliberation by the Constitutional Tribunal. The aforementioned taking into consideration the Ruling C-774 of 2001, among others, that remarks the presumption of innocence as not admitting exception and remains unscathed during the entire investigation stage and trial. In spite of that, the arrest order and imprisonment remains having validity and application during the criminal process contradicting the postulate that the Court itself develops and stated some lines back. In the present article, the fallacies in which the guardian of the constitution incurs by valuing the presumption of innocence and the right of freedom, will be made evident and two situations will be proposed in which such presumption could be broken and impose an arrest order and imprisonment.

Keywords: Presumption of innocence, freedom, arrest order and imprisonment in jail, Constitutional Court.

LA PRÉSUMPTION D'INNOCENCE: UN PRINCIPE CONSTITUTIONNEL ABSOLU

Résumé

La présomption d'innocence, érigée en principe constitutionnel dans l'article 29 de la Constitution Politique Nationale, a été considérée par la Cour constitutionnelle comme un droit absolu non soumis à pondération. Ce, considérant que le jugement C-774, 2001, entre autres, stipule que la présomption d'innocence ne fait pas exception et reste immuable pendant toute la durée de l'enquête et du procès. Malgré cela, la mesure de sécurité privative de la liberté dans un établissement correctionnel demeure en pleine vigueur et application dans le procès pénal, contrariant le postulat que la Cour, elle-même, développe et auquel elle fait allusion quelques lignes avant. Cet article mettra en évidence les impairs commis par la gardienne de la Constitution lors de l'examen de la présomption d'innocence et du droit à la liberté et proposera deux situations dans lesquelles cette présomption pourrait se briser et où l'imposition de la mesure de sécurité privative de la liberté serait possible.

Mots-clés: Présomption d'innocence, la liberté, la mesure de sécurité impliquant une privation de liberté dans un établissement pénitentiaire, la Cour constitutionnelle.

INTRODUCCIÓN

Dos presuntos guerrilleros son llevados a audiencias preliminares de garantías después que en su casa se encontraran tres granadas. Nadie, ni siquiera el juez, después de legalizar el allanamiento, las capturas en flagrancia y la formulación de imputación duda de la necesidad de la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario. Dos meses después, el mismo fiscal que pidió con vehemencia que esperaran el juicio en la cárcel, porque eran un peligro para la sociedad y para el proceso penal, aseverando que no comparecerían al mismo, solicitó ante el juez de conocimiento la preclusión de la investigación¹. ¿Qué pasó? Ni ellos saben; estuvieron en prisión como la ley y la Constitución mandan, dirán algunos, otros dirán que no debieron estar allí. La polémica sigue abierta.

Se sostiene, al tenor de lo dispuesto en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal², que la presunción de inocencia, a pesar de ser un derecho fundamental, necesita ser ponderado y por consiguiente, existirán casos donde se tenga que ceder frente a otros derechos del mismo rango, pues se trata de mandatos de optimización que obligan a que uno de ellos sea realizado en mayor medida (Alexy, 2007). Sin embargo, el presente escrito expondrá lo contrario, aduciendo que el principio de inocencia es absoluto en la medida que apenas puede ser roto por una sentencia condenatoria o la auto incriminación del indiciado, bien sea en la modalidad de aceptación de cargos o de incumplimiento de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.

La glosa más dura que podría hacerse a la propuesta anterior es que la presunción de inocencia, como cualquier derecho de rango constitucional, no es absoluta y debe ser objeto de ponderación, toda vez que dependiendo de las circunstancias del caso particular, prevalecerá o no frente a otros derechos o principios de la misma jerarquía.

1 Causa penal adelantada en la Fiscalía Seccional del municipio de Urrao (Antioquia) en el 2009.

2 Artículo 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.

Se intentará en este artículo evidenciar que la presunción de inocencia es un derecho que no admite ponderación con otros derechos constitucionales. Con posterioridad, se pondrá de relieve lo que hemos denominado las falacias de la Corte Constitucional para avalar la exequibilidad de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad en establecimiento carcelario, se hará una propuesta para terminar con dichas medidas, al menos en principio y, finalmente, se consignarán unas conclusiones que recogen lo investigado y depositado en este escrito.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL ABSOLUTO

Hubo un tiempo, durante el sistema inquisitivo prerrevolucionario, donde se discutía si la culpabilidad –para efectos de radicar reproche penal en cabeza de un ciudadano– debía acreditarse por los organismos del Estado o ésta simplemente se presumía, invirtiendo el principio de *actori incumbit probatio*. Pareciera que la nefasta época hubiera pasado (Rodríguez, 2000) no obstante, todavía existen tendencias³ orientadas a defender la presunción de culpabilidad, convirtiéndose en manifestaciones políticas que atentan abiertamente contra la dignidad humana⁴ y otros derechos primigenios.

Es importante aclarar que como presunción de culpabilidad se entiende el hecho de que, independientemente a la aparición del dolo (responsabilidad penal) en la sentencia que pone fin al proceso, el funcionario considera que el indiciado es responsable por la sola configuración de la imputación, quedando así obligado, anota Rodríguez, a probar que no es culpable.

Garofalo y otros –citados por Vélez Mariconde– atacan la presunción de inocencia con la misma vehemencia que en la actualidad lo hacen las personas del común, argumentando que si un Magistrado (en tiempos de aquel) o el Fiscal tuvieron razones para imputar, al indiciado no puede seguir considerándosele inocente. Es decir, la sola imputación basta para que la persona deje de ser considerada inocente.

3 Ejemplos de ello son i) la obligatoriedad de prisión cautelar dependiendo del delito o la calidad de la víctima y, ii) el aumento de penas para que encajen en los requisitos objetivos para imponerla.

4 Recuérdese que el Estado Social de Derecho se funda en la dignidad humana, impidiendo que el hombre se convierta en instrumento del Estado para lograr sus fines e invirtiendo esta relación, ahora es el Estado quien está al servicio del ser humano.

Un poco más humanitario se muestra Ferri en la discusión del proyecto del Código de Procedimiento Penal Italiano –citado por Vélez Mariconde también– cuando afirma que la presunción de inocencia, a lo sumo, será para quien tenga buenos antecedentes, no sea reincidente, no haya cometido delitos perversos y no sea peligroso (Vélez Mariconde, 1982). Pareciera que los planteamientos esbozados por el jurista italiano fueran los argumentos tenidos en cuenta por los legisladores colombianos para atacar la presunción de inocencia y permitir la imposición de medidas de aseguramiento.

Orlando Alfonso Rodríguez, en su obra *La presunción de inocencia*, señala que no existen derechos absolutos y que la presunción de inocencia no es la excepción y por ello, su ejercicio debe soportar limitaciones, expresando luego que no debe descalificarse de tajo ni negarse la existencia de la presunción (Rodríguez, 2000).

El anterior planteamiento es refutado por la jurisprudencia constitucional, que además de considerarla un derecho fundamental, indica que la presunción de inocencia es un postulado cardinal del ordenamiento jurídico, que no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica del debido proceso y los procedimientos constitucionales para desvirtuar su alcance (Corte Constitucional, 2001, C-774).

Significa lo anterior que el procesado no está obligado a aportar prueba que demuestre su inocencia, sino que es el Estado quien tiene la obligación de desvirtuar la inocencia del sindicado y probar su responsabilidad en el hecho criminoso. La presunción de inocencia, también refiere el Tribunal Constitucional, acompaña al procesado desde que se interpone la denuncia o querrela, o se inicia de oficio la investigación, hasta que se emite el veredicto final.

En palabras de Camilo Sampedro Arrubla, una vez pronunciado el fallo que dé por terminado el proceso penal con absolución, ya no se trata de presunción de inocencia sino de inocencia plena, pues a pesar de la absolución, seguir hablando de presunción le confiere un manto de duda (Sampedro, 1999). Se considera que igual calificación debe dársele a la persona que aún procesada no ha sido declarada penalmente responsable, ya que ese manto de duda del que habla Sampedro se convierte la mayoría de las veces en presunción de culpabilidad, restándole la jerarquía de derecho fundamental absoluto.

La presunción de inocencia como derecho fundamental está consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y en otros instrumentos internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, por lo tanto, incorporados en el derecho positivo colombiano. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ de Nueva York de 1966, aprobado por la ley 74 de 1968 y en la Convención Americana de Derechos Humanos⁶ de San José de 1969, aprobada mediante ley 16 de 1972, se consagra y reitera la presunción de inocencia en el sentido que hemos venido otorgándole. También en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷ proclamada por la Organización de Naciones Unidas se hace el mismo pronunciamiento respecto al derecho fundamental bajo estudio.

Como se infiere del artículo 29 del texto constitucional y de los tratados internacionales ratificados por Colombia, la inocencia apenas logra desvirtuarse con sentencia judicial de culpabilidad. No se intenta defender la presunción de inocencia luego de que un juez o tribunal determine la responsabilidad del agente, por supuesto que no somos tan necios: Lo absoluto de este derecho llega hasta que un órgano competente establezca la autoría de la infracción.

Con la declaratoria de derecho absoluto, quiere decirse que no es susceptible de ponderación, y por tanto, no hay necesidad de ésta como forma de aplicación de principios para establecer esa mayor medida en que deben realizarse, confrontándolo obviamente, con los principios opuestos (Bernal Pulido, 2000). Así entonces, adquiere la presunción de inocencia la entidad que sostenemos debe tener.

Conviene recordar lo que enseña Francesco Carrara, quien expone que ante la sospecha de la comisión de un delito, se alza a favor del indiciado la presunción de inocencia, no para detener las actividades legítimas de las autoridades estatales, sino para servir de freno al arbitrio, de obstáculo al error, y por consiguiente, de protección de ese individuo investigado (Carrara, 1980).

5 Artículo 14.2 Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

6 Artículo 8.2 Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

7 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.

Y precisamente la garantía de la presunción de inocencia se confunde aquí con la finalidad del proceso penal: proteger al ciudadano sometido a juicio del poder, antes omnímodo del Estado, porque la prisión preventiva es admitida como un mal necesario que representa la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de la libertad del individuo sin que medie todavía una sentencia penal en firme que la justifique (Moreno Catena, 1996). Así también lo ha sugerido Luigi Ferrajoli, quien enseña que a pesar de tener múltiples opositores, la prisión cautelar termina siendo aceptada como ese mal necesario en aras de conseguir los fines de la jurisdicción y convirtiéndose en una defensa del orden social (Ferrajoli, 1995).

No se comparte la hipótesis del mal necesario por el alto coste para los derechos y las garantías del indiciado. Se prefiere que ningún inocente sea penado o privado de la libertad, tal como pregona el Derecho penal mínimo, en contraposición al Derecho penal máximo, que busca que todo culpable sea sometido (Ferrajoli, 1995).

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos nos atrevemos a precisar que la presunción de inocencia, elevada a derecho fundamental, es absoluta y no admite excepciones. Aun así, la Corte Constitucional admita la imposición del encarcelamiento cautelar, por lo que es necesario revisar sus argumentos, que son los mismos referidos en el derecho comparado, proponiendo otra interpretación menos peligrosa y más acorde con el Estado Social de Derecho y la presunción de inocencia como derecho fundamental absoluto.

FALACIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA PERMITIR IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO

A pesar de referir el carácter absoluto de la presunción de inocencia, apenas desvirtuada mediante sentencia después de un juicio y respetando el debido proceso, la Corte Constitucional evita continuar tratando la prisión preventiva bajo este postulado y traslada la discusión al derecho a la libertad. Agrega, únicamente, que el encarcelamiento cautelar tiene carácter preventivo y excepcional, nunca sancionatorio, y por lo tanto, demuestra su compatibilidad con los instrumentos internacionales.

Respecto a la esencia no punitiva que tiene la medida de aseguramiento en cuestión, es necesario hacer algunas aclaraciones:

La pena es la consecuencia jurídica, aunque no la única, del delito perfecto, y consiste en la privación de un bien al responsable de una infracción previamente definida en la ley (Quintano Ripollés, 1963). También se dice que la pena es un mal que consagra el legislador para quien comete un delito (Velásquez V., 2009). Bajo esas definiciones de pena, la medida de aseguramiento se le parece mucho, pues es una consecuencia jurídica que priva de un bien y un mal que consagra el legislador, pero curiosamente, no al responsable de un delito sino al sospechoso de su comisión.

En la misma línea y tratándose de la finalidad de la pena, los mismos estudiosos refieren los fines retributivos y preventivos, es decir, que el inculcado pague el mal o desequilibrio que causó en la sociedad y que se eviten ulteriores infracciones, de éste o de otro sujeto. En tal campo la pena se parece demasiado a la medida de aseguramiento, pues pretenden –ambas– proteger a la sociedad al impedir que el prisionero continúe delinquiendo y además, con la certeza de tener al indiciado bajo medida cautelar, aparentemente, se logra que la incierta pena se cumpla, y la incertidumbre no se refiere a que el Juez no sepa cuál es sino a si la impondrá o no.

Asimismo se pronunció Carrara e indicó que el fin de la pena es el restablecimiento de la tranquilidad (Carrara, 1980). Teniendo en cuenta esta intención, se aprecia que no se distingue claramente la finalidad de las penas y del encarcelamiento preventivo, pues las dos persiguen restablecer la tranquilidad.

Si el fin de la prisión preventiva es la protección y la tranquilidad del grupo social (Martínez Rave, 1992), se indica que parece estar atribuyéndose al encarcelamiento cautelar el fin de prevención general, determinando así la posibilidad de pensar en éste como una sanción propiamente dicha (Monroy Victoria, 1999).

De esta manera puede concluirse que pena privativa de la libertad y prisión preventiva son sustancialmente lo mismo. Se considera que es artificial y engañoso el argumento esgrimido por la Corte Constitucional, pues con la medida de aseguramiento privativa de la libertad se buscan los mismos fines que con la pena de prisión, siendo más gravoso el encarcelamiento preventivo, que tiene objetivos que van más allá de los señalados para la pena, entre ellos, el riesgo para el proceso.

Son tan parecidas la prisión preventiva y la condena, que el tiempo que pase detenida una persona cautelarmente se le tomará en cuenta para descuento de pena aflictiva de la libertad.

Ha sostenido la Corte Constitucional en diversas sentencias –entre ellas las C-774 de 2001, C-805 de 2002 y C-1154 de 2005–, que de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política (debido proceso y presunción de inocencia), las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de las estrictas exigencias que determinan su legalidad. Estas reglas son de dos clases, a saber: i) los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria contentiva de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y ii) los requisitos sustanciales consistentes en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

Respecto de las pruebas, debe aclararse que con la adopción de la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal vigente, la medida se impone con fundamento en los elementos materiales de prueba y evidencia física, esto es, elementos con vocación de prueba, que se practicará apenas en el juicio oral, pero que aún no son controvertidos por la defensa. En otras palabras, la prisión preventiva se impone sin debate probatorio. La Corte indica que dentro de las audiencias de imposición de medida de aseguramiento no se alega la responsabilidad del indiciado sino los motivos y elementos con aptitud probatoria que posibiliten la adopción de la prisión cautelar, refiriéndose únicamente a la procedencia de la medida (Corte Constitucional, 2005, C-1154).

Dicho lo anterior, se considera una alteración en la carga de la prueba, pues corresponde ahora al procesado demostrar que no es un peligro para la sociedad, para la administración de justicia y que comparecerá al juicio. Además, el silencio que antes servía como medio defensivo, con esta inversión de la carga probatoria no tiene valor.

Y continuando con los elementos materiales probatorios y evidencia física para la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, se puede reseñar que la actual normativa no refiere los indicios como base para su imposición, como alguna vez se señaló, pues al no existir hechos indicadores –probados desde luego– que permitan la inferencia del hecho indicado, desaparece tal concepto y es reemplazado por la inferencia

razonable fundada en los elementos materiales y evidencia física, que como ya se dijo, no han sido controvertidos por la defensa.

Afirmado por la Corte que la presunción de inocencia no admite excepciones y que las medidas de aseguramiento intramurales no son punitivas sino preventivas, el problema pasa a resolverlo en sede del derecho a la libertad. Veamos ahora cómo los argumentos que defiende el Tribunal Constitucional también permiten hacer algunos reparos.

Es así como la Corte en sentencia de constitucionalidad, a diferencia de lo manifestado con la presunción de inocencia, dijo que el derecho a la libertad individual no es absoluto. La libertad se puede restringir por motivos expresamente señalados y por autoridad competente (Corte Constitucional, 2006, C-456).

Lo anterior no es distinto a lo que manda el artículo 28 de la Carta Política, que indica que sólo podrá perderse la libertad por mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades de ley y por los motivos que ésta establezca.

La disputa jurídica se centra en los motivos que la ley señala, fundados en el miedo y en la creencia, no probada, de autoría de comisión de un delito, lo que el Código de Procedimiento Penal denomina inferencia razonable.

Indicó la Corte en la sentencia aludida que el Congreso de la República goza de libertad de configuración legislativa y que las restricciones a la libertad individual deben consultar criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que no se conviertan en la regla general para aplicar.

Para ilustrar al respecto, se dirá que la Corte Constitucional, acogiendo enunciaciones extranjeras respecto al principio de proporcionalidad, ha formulado tres subreglas en que se divide⁸. Ellas son: i) la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, ii) la necesidad de la utilización de esos medios para lograr el fin perseguido, es decir, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los derechos fundamentales afectados con la medida y, iii) la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, o sea, que el principio

8 Véanse entre otras las Sentencias C-648 de 2001, C-417 de 2009, C-575 de 2009 y C-981 de 2010.

satisfecho por el logro del fin no sacrifique principios constitucionales más importantes.

Obligado es decir que la pretendida proporcionalidad y razonabilidad no se llegan a verificar por parte de los jueces de control de garantías ya que el legislador, al tener libertad de configuración en la materia, es quien determina cuáles son los delitos que requieren detención preventiva o aumenta las penas para que todos sean gravísimos y así, los presuntos infractores requieran privación preventiva de la libertad. De esta manera el juez, que tendría que verificar la razonabilidad y proporcionalidad de la detención cautelar, se ve atado a lo que previamente el legislador estableció, y por ende, la reserva judicial para la detención preventiva resulta ser una quimera.

Para restarle fuerza a los fundamentos dados por la Corte Constitucional respecto a la privación de la libertad como medida para evitar el entorpecimiento del proceso y la alteración de las pruebas, surgen preguntas como ¿Por qué no imponer privación de la libertad en los procesos laborales, civiles o administrativos? ¿Acaso el empleador o el director de una entidad territorial no pueden destruir o alterar la prueba documental y hablar con los testigos para obligarlos a decir o callar algo? ¿No pueden convencer a la contraparte para retirar la demanda o solicitar la terminación por cumplimiento extraprocesal de la pretensión? Por supuesto que sí, pero ese temor, por fuera del proceso penal se aplaca con la amenaza de sanción de los artículos 454A, 454B y 454C del Código Penal y no es necesario recluir a nadie en prisión.

La respuesta es que en los demás procesos o trámites judiciales ello no es necesario porque no se está tratando con delincuentes y se habla de delincuentes porque antes de declararse la responsabilidad penal ya son tenidos como tales. Prueba de ello es que, a pesar de lo dicho de la presunción de inocencia, la prisión preventiva se le impone a quien se considere autor o partícipe de un delito, es decir, lo primero que debe pensarse es que esa persona violó la ley penal. Se fundamenta esta aseveración también en un hecho incontrovertible: se entiende que existe peligro para la sociedad, según el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, cuando se infiera la continuidad de la actividad delictiva, y sólo continúa delinquiendo quien ya lo viene haciendo, es decir, el indiciado que aún no es condenado pero ya es tomado por delincuente.

¿Por qué debe tomarse una medida de prisión preventiva contra un inocente? Porque tal consideración sólo está en el papel, nadie quiere verse perturbado por un inocente envuelto en una causa penal o nadie quiere verlo paseándose por la calle mientras cursa un proceso penal en su contra. Lo anterior se demuestra cotejando las leyes cada vez más severas en materia de medidas de aseguramiento para delitos “de moda”, endurecimiento de las penas para poder imponerlas y la sensación de tranquilidad que existe en la sociedad conforme se ve en las noticias, y después de las audiencias de control de garantías, cada que alguien va a prisión preventiva. Contrario a esto, es evidente el malestar cuando un indiciado queda en libertad sin medida de encarcelamiento cautelar.

Es necesario resaltar la negativa de la Corte Constitucional para revisar nuevamente las medidas de aseguramiento puesto que ha operado la cosa juzgada constitucional y es imposible hacer nuevos estudios sobre el caso. Aun reconociendo la importancia de la figura, nefasto sería revisar cada norma demandada un número plural de veces, también entendemos la trascendencia que tiene para la Corte y los administrados la presunción de inocencia y el derecho a la libertad, lo que posibilitaría otro análisis interpretativo conforme a los planteamientos que se han venido esbozando.

PROPUESTA

Como es sabido, existen medidas de aseguramiento privativas y no privativas de la libertad⁹, pero de ese catálogo de once posibles órdenes que se le pueden dar o imponer al enjuiciado, los fiscales apenas conocen y solicitan¹⁰ al juez de control de garantías la detención preventiva en establecimiento carcelario.

En el imaginario del fiscal encargado de la causa, así como en el de la comunidad en general, se cree si el indiciado no se encuentra privado de la libertad no se está protegiendo la sociedad o el proceso y, por consiguiente, la medida de aseguramiento no privativa de la libertad carece de credibi-

9 El artículo 306 de Código de Procedimiento Penal consagra 9 de la primera clase, con la posibilidad de imponer una o varias, y 2 de la segunda, en establecimiento carcelario y en el lugar del domicilio, concretamente.

10 Así lo ha evidenciado el autor del texto en sus cuatro años de ejercicio como Juez de Control de Garantías y en las Pasantías que realizó en estos Juzgados en Medellín durante el Curso de Formación para Jueces impartido por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

lidad. Ello va de la mano con la idea socialmente admitida, orquestada en parte por los medios masivos de comunicación, que si la persona está siendo investigada o enjuiciada es por algo que hizo o debe, por tanto, penada social y mediáticamente antes de proferirse cualquier resolución judicial.

Al respecto, Rafael Garofalo, citado por Alfredo Vélez Mariconde, responde a quienes pregonan con vanidad la presunción de inocencia hasta la sentencia definitiva, que muchas veces el juicio es anticipado y la condena pronunciada por el tribunal de la opinión pública (Vélez, 1982).

Para evitar que en las mentes de los ciudadanos del común se genere esa expectativa de represión que sólo se sacia con la detención preventiva, es necesario un diálogo entre el sistema penal y la comunidad (Riego, 2010), procurando trasmitirle a ésta la complejidad de su tarea y la importancia de los valores que pretende proteger, indicándole, entre otras cosas, que las personas que no son puestas en prisión cautelar, son sometidas a un control razonable que garantiza su comportamiento sin necesidad de restringir su libertad.

Se puede observar lo referido con un ejemplo simple y de común ocurrencia: el del conductor ebrio o con exceso de velocidad que lesiona o mata una persona. A ese conductor se le puede imponer como medida preventiva que no vuelva a ingerir licor o que no vuelva a conducir, ello conforme a la medida de aseguramiento que posibilita al juez de control de garantías obligar al procesado a observar buena conducta social e individual con especificación de la misma y su relación con el hecho. Así de sencillo, pensamos, se protege a la sociedad, pero la Fiscalía, la comunidad y los medios de comunicación claman punición adelantada, convirtiéndose, entonces, en lo que una amiga no abogada denominó sarcásticamente, medidas de castigamiento.

Las leyes 733 de 2002 y 1121 de 2006 prohibieron la concesión de beneficios y subrogados para los delitos de terrorismo, financiación al terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y conexos. Así las cosas, y contraviniendo los principios de legalidad y la prohibición de la analogía en *malam partem*, los jueces imponen prisión cautelar a los sindicatos de estos delitos, como si fuera obligatorio imponerla. Lo anterior también obedece a las penas tan altas y al impedimento para otorgar rebajas por allanamiento a cargos, aduciendo los fiscales que el indiciado evadirá la acción de la justicia porque el quantum punitivo es grande.

Por su parte, la Ley 890 de 2004 aumentó las penas del Código Penal en una tercera parte el mínimo y la mitad al máximo, quedando casi todos los delitos con un mínimo punitivo superior a cuatro años, criterio objetivo exigido por el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal para que proceda la medida preventiva intramural.

Aunado a las anteriores leyes, la 1098 de 2006 indica que la medida de aseguramiento siempre consistirá en detención en establecimiento de reclusión cuando se trate de los delitos de homicidio y lesiones personales a título de dolo, delitos contra la libertad, formación o integridad sexual y secuestro (sobraba su ingreso en la lista), cuando sean menores de 18 años las víctimas de la infracción.

En el mismo sentido, la Ley 1142 de 2007 fijó un catálogo de dieciséis delitos en los cuales no procede la sustitución de la detención preventiva, obligando de esta manera a la imposición del encarcelamiento preventivo sin más consideración que el delito se encuentre en el listado referido.

Como se observa, el ámbito jurídico colombiano es fecundo para la imposición de la prisión preventiva, además de tener casi todas las penas un mínimo superior a cuatro años de cárcel, existen delitos, debido a la entidad de estos o de la víctima, para los cuales sólo procede la privación de la libertad como medida cautelar. De ahí que, como se ha aseverado desde hace algunos años, la detención preventiva sea menos excepcional y cada vez más automática (Charry Rivas, 2000). En el mismo sentido no es posible la aplicación del encerramiento preventivo por la remisión a causales netamente objetivas, como es el caso de aquellas que enumeran cierto tipo de delitos cualificados por la importancia del bien jurídico que involucran (Monroy Victoria, 1999).

En vista, entonces, de que la pretendida excepcionalidad de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad se ha convertido en regla general, se hace una propuesta para mitigar el rigor que éstas tienen en la vida del procesado, humanizar el Derecho penal y ajustar las medidas de aseguramiento a la Carta Política, permitiendo, ahora sí, que se conviertan en la última medida para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad y la víctima, tal como predica el artículo 250 de la Constitución Política y el 295 del Código de Procedimiento Penal. Se sugiere entonces, si hay lugar a imponer medidas de aseguramiento, que sean las no privativas de la libertad.

De esa lista de nueve medidas de aseguramiento no privativas de la libertad contenida en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, puede aplicarse una o varias a los imputados de un delito. Se toma partido de que sean estas medidas, y no las restrictivas de la libertad, las que se impongan en principio, pues la presunción de inocencia y la libertad deben prevalecer ante la sindicación penal, reduciendo de esta manera los costos económicos y sociales que apareja la detención cautelar tanto para el Estado como para el sindicado y su familia (Zepeda, 2010).

Cada una de estas medidas, si se cumpliera a cabalidad, lograría los fines de protección de la comunidad y comparecencia al proceso. Las obligaciones son presentaciones periódicas, prohibición de salir de una zona o territorio, prohibición de comunicarse con ciertas personas, observar buena conducta, imposibilidad de salir del domicilio entre las 18:00 y las 06:00 horas, eso sin contar con el sometimiento a la vigilancia electrónica o de determinada persona o institución, como también lo contempla la norma citada.

Tratándose del riesgo que implica para el proceso la libertad del imputado, los fiscales y jueces han optado por el camino más corto: el arresto preventivo. En vez de proteger testigos, por ejemplo, de darles una apropiada idea de lo que es el juicio y de prestar la seguridad que estos merecen, se opta por la otra vía, encarcelar al indiciado, la más expedita. Otro ejemplo es que en vez de tomar copias a archivos para asegurar la recopilación de prueba documental, la Fiscalía prefiere tener al investigado en prisión, supuestamente, para impedir que adultere registros o documentos, la pregunta es, si la Fiscalía ya los tiene bajo cadena de custodia, ¿qué puede falsear o alterar el reo?

En la cuestión referente a la obstrucción de la justicia como lo indican el numeral 3 del artículo 308 y el 309, aunque esto mereciera una explicación más amplia, se tomarán un par de argumentos buscando desvirtuar la teleología de las medidas en este punto, i) si realmente se quisiera atentar contra las víctimas (Bovino, 2005) o el proceso, la privación de la libertad no asegura que ello no se haga y, ii) el Código Penal consagra los delitos contra los medios de prueba y otras infracciones¹¹. En este especial apartado, resulta particular, que una persona sea internada preventivamente en

11 Artículos 454ª, 454B y 454C, adicionados por el artículo 13 de la Ley 890 de 2004.

prisión pero no se le inicie ninguna causa por amenazar testigos u ocultar, alterar o destruir elementos materia de prueba.

Como se anunció, si las medidas no privativas de la libertad fueran cumplidas se garantizarían la protección de la comunidad, la integridad del proceso y la comparecencia del procesado. Se defiende la idea que sólo cuando estas medidas tan fáciles de verificar se dejen de observar es procedente cambiarlas por una medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario. En otras palabras, apenas cuando la persona interfiera con la víctima, continúe comunicándose con quien no puede, salga del territorio fijado o no se presente ante la autoridad designada, sólo ahí puede predicarse que sea un riesgo para la sociedad, para la administración de justicia o que no comparecerá al proceso.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el internamiento carcelario preventivo se dicta con fundamento en supuestos no probados o en premisas objetivas que nada tienen que ver con la persona. Dentro del primer grupo se puede anotar, dentro del riesgo de no comparecencia, las facilidades que se tengan para abandonar el país o para permanecer oculto, lo que significa que si se tiene mucho dinero para salir de Colombia existe riesgo de fuga, y si por el contrario, no se tiene un peso, también existe el riesgo porque es más fácil permanecer en el anonimato u oculto. Dentro del segundo grupo entran las ya analizadas de los delitos cometidos contra menores, que como se previno, en esos casos el internamiento preventivo es automático.

De vital importancia en la actual propuesta es el artículo 316 del Código de Procedimiento Penal, que posibilita sustituir la medida de aseguramiento no privativa de la libertad por otra de la misma categoría o por reclusión en el domicilio y sólo cuando esta nueva se incumpla, es posible imponer una privativa de la libertad.

A pesar de haberse consignado que sólo cuando se incumple una medida cautelar no privativa de la libertad es procedente su cambio por una privativa, existe otra posibilidad de imponerla y es cuando el imputado acepta los cargos formulados.

La aceptación de cargos ante el juez de control de garantías supone, de manera libre, consciente y voluntaria, la renuncia a la no auto-incriminación y a un juicio oral para probar la responsabilidad penal y, consecuentemente, la asunción de ésta y el descalabro de la presunción de inocencia, pero no por parte del Estado como ocurre en la prisión preven-

tiva, sino por una manifestación que reconoce la autoría en la comisión del ilícito imputado.

Atención especial merece la captura en flagrancia, que para algunos como Ferri y Garofalo, citado por Vélez Mariconde, es ya indicativa del quebrantamiento de la presunción de inocencia, pues aseveran que en el delito flagrante, la fuerza lógica y jurídica de la presunción no es la misma (Ferri, 2006) y la culpabilidad es evidente (Vélez Mariconde, 1982).

La presunción de inocencia no logra anularse con la flagrancia. Con ésta se percibe la comisión de un delito pero, sólo con el juicio, logra demostrarse, vocablos que fijan precisos linderos y permiten decir que la sentencia se basa en medios de prueba legal y oportunamente allegada al proceso, mientras que la flagrancia, en estricto sentido, no es un medio de prueba y nunca podrá arrimarse al proceso como tal (Rodríguez, 2000).

Al respecto, también comenta Orlando Alfonso Rodríguez, que la flagrancia constituirá un hecho indicador para abrir una investigación, decretar una detención preventiva o desarrollar un juicio. No se comparte la tesis del jurista en cuanto a que la flagrancia dará lugar a la detención preventiva, si se sostiene que sólo desvirtuada la presunción de inocencia procede la detención y que no puede protegerse a la sociedad o al proceso de un inocente, mal haríamos en avalar el argumento expuesto, precisamente lo contrario es lo que defendemos.

En resumen, la prisión cautelar debe reservarse a indiciados que incumplan las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad o a quienes voluntariamente hayan reconocido la comisión del delito. En la primera hipótesis se tendrían argumentos de peso y palpables sobre la necesidad del internamiento preventivo y, en la segunda, estaría rota la presunción de inocencia.

CONCLUSIONES

La presunción de inocencia, debido a su consagración en la Carta Política y a la ratificación de Tratados Internacionales por Colombia y su consecuente incorporación al Bloque de Constitucionalidad, goza en nuestro ordenamiento jurídico del rango de derecho constitucional, y sometida a estudio en sede de exequibilidad de leyes, la Corte Constitucional ha entendido que no admite excepción alguna y que se precisa del debido proceso para desvirtuar su alcance, ello es, una sentencia condenatoria en firme.

El problema de la prisión preventiva es resuelto conforme al derecho a la libertad, que al no ser absoluto, puede verse restringido debido a la potestad de configuración legislativa y a la reserva judicial para imponerla, pero debido al amplio margen de configuración, el legislador casi obliga a la imposición de medidas preventivas intramurales indiscriminadamente.

No se encuentran razones para privar de la libertad a alguien que no ha sido declarado responsable penalmente, por tanto, debe considerarse inocente hasta que ocurra, respetándosele en todo caso su libertad individual.

Es preciso reformular la imposición del encarcelamiento cautelar, de manera que adquiriera verdadero carácter excepcional, procediendo la detención preventiva sólo en dos eventos: i) incumplimiento de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad y, ii) aceptación de la comisión del delito, siempre que la pena deba cumplirse en prisión.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2005). “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”. *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. México: Universidad Autónoma de México.
- Bovino, A. (2005). “Contra la inocencia”, en *Estudios en homenaje al doctor Francisco J. D’Albora. Abeledo-Perrot*, Buenos Aires.
- Carrara, F. (1980). *Opúsculos de derecho criminal*. Bogotá: Temis.
- Charry Rivas, D. (2000). “Medidas de aseguramiento, presupuestos probatorios, presunción de inocencia”, en *Alé-Kumá Revista Jurídica*. Neiva: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-774, Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia C-1154, Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia C-456, Bogotá.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferri, E. (2006). *Sociología Criminal*. Madrid: Centro Editorial de Góngora.
- Martínez Rave, G. (1992). *Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Monroy Victoria, W. (1999). “Medidas de aseguramiento, presupuestos probatorios, presunción de inocencia. Derecho comparado” en *XX Congreso de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Moreno Catena, V. & otros. (1996). *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex.
- Quintano Ripollés, A. (1963). *Curso de Derecho Penal*. Madrid: Editorial revista de Derecho privado.
- Riego, C. (2010). Una nueva agenda para la prisión preventiva, en *Sistemas judiciales*, Año 7, No. 14., Buenos Aires.
- Rodríguez, O. A. (2000). *La presunción de inocencia*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Sampedro Arrubla, C. (1999). “Garantías, seguridad jurídica y proceso penal”, en *XX Congreso de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Velásquez V., F. (2009). *Derecho Penal, parte general*. Bogotá: Librería jurídica Comlibros.

- Vélez Mariconde, A. (1982). Estudios de Derecho procesal penal. Tomo II. Córdoba, Argentina: Editorial Córdoba.
- Zepeda Lecuona, G. (2010) ¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? México: Open Society Justice Initiative.