

## PRESUNCION DE INOCENCIA

Dr. JAIME BERNAL CUELLAR

Abordar el tema propuesto de manera integral necesariamente implicaría un detallado recorrido histórico de la institución jurídica cuyo tratamiento ha sido oscilante de acuerdo a los múltiples factores que deben tenerse en cuenta para precisar los fines del proceso penal y las funciones adscritas a la rama jurisdiccional, cuando en desarrollo de su actividad pretende determinar el fundamento de la responsabilidad penal y consecuentemente concretar el *ius puniendi*, dentro de un punto de equilibrio que evite la impunidad para los autores de comportamientos ilícitos y la protección debida a la libertad como derecho fundamental de toda persona. Por esta razón sólo nos ocuparemos de los aspectos más importantes.

Factores que inciden para la comprensión de la presunción de inocencia:

a) La concepción de los diferentes esquemas propuestos para explicar la estructura del hecho punible, que implicaría transitar desde la teoría clásica del delito, pasando por el positivismo, la dogmática jurídica, la teoría finalista de la acción, la imputación objetiva, entre otras, para poder comprender los fundamentos de la responsabilidad penal.

Lo anterior haría imprescindible repasar la concepción de la responsabilidad con criterio objetivo: el peligrosismo, el determinismo, el derecho penal de autor, la presunción de responsabilidad, para oponer estas posiciones extremas, a aquellas que pregonan el principio de culpabilidad, la responsabilidad subjetiva, derecho penal de acto y presunción de inocencia.

Obsérvese que la inocencia como presunción, indicio o categoría jurídica, no constituye algo autónomo que permita múltiples interpretaciones, sino que conforma una categoría cuyo origen, desarrollo y aplicación depende necesariamente de la forma como sea concebida la responsabilidad penal.

Las diferentes tendencias del derecho penal, en cuanto a la responsabilidad, procuran concebir su estructura desbordando el contenido puramente objetivo del comportamiento o conducta, para dar respuesta a múltiples interrogantes formulados partiendo del presupuesto fundamental que el protagonista del derecho penal es necesariamente el hombre, como un concepto integral de materia y espíritu.

En la última revista de derecho procesal, aparece un interesante estudio del profesor JAIRO PARRA QUIJANO, en el que precisa los postulados de algunas escuelas penales y el criterio de eminentes autores, de donde se deduce que el tratamiento de la presunción de inocencia se altera correlativamente a los postulados de determinadas escuelas como la clásica o la positiva, dependiendo de la concepción de cada uno de sus principales representantes. (Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, volumen II, No. 18-19 1995 pág. 135 ss.).

Para algunos debe darse prevalencia a la protección de la inocencia, para otros es necesario dar mayor importancia al poder social sobre las garantías constitucionales; no son extraños los que opinan que la presunción de inocencia solo debe tener relevancia jurídica en el período preparatorio del juicio que entre nosotros tendría su equivalente en la indagación previa y etapa de instrucción; hay quienes pregonan este principio referido únicamente a la prueba material del hecho o, quienes afirman que la presunción solo puede predicarse cuando se está frente a la prueba indiciaria.

En desarrollo de todos estos postulados que a partir de las escuelas mencionadas, han sido estudiados, se da tratamiento diferencial a la presunción de inocencia, en algunas oportunidades mencionándola expresamente, en otras afirmando que dicha presunción no tiene un contenido real, pero de todas maneras existe un común denominador orientado a delimitar exactamente cuándo se es responsable frente a un hecho delictuoso y en la mayoría de casos se rechaza la simple responsabilidad objetiva.

b) La ubicación y contenido de la presunción de inocencia, no es ajena a la estructura de los diferentes estados. Para una correcta comprensión del tema, debe desentrañarse la organización de los diferentes modelos de estado y delimitar el alcance que se le quiere otorgar al derecho penal, como forma adecuada o inadecuada de solucionar conflictos sociales a través del inconsulto incremento punitivo o de elevación a la categoría de delitos de comportamientos que ordinariamente no admiten reproche punitivo. Esta delimitación es indispensable por la necesidad de dar desarrollo a las diferentes figuras jurídicas dentro del marco conceptual de la conformación del Estado, donde deba darse desarrollo a la presunción de inocencia.

La estructura del Estado tiene radical incidencia en el tratamiento de la inocencia de la persona comprometida en un proceso averiguatorio y por eso es

de fundamental importancia tener en cuenta que Colombia, a partir de la Constitución de 1991, consideró que se enmarcaba dentro de la concepción de un estado social y democrático de derecho, lo que significa que existe un cambio fundamental en el sentido de que el estado debe entenderse como un prestador de servicios para beneficio exclusivo de la sociedad, y no el conglomerado social al servicio de la conservación del Estado como ente jurídico; así mismo, tal concepción permitió que la Carta Política enunciara un catálogo de derechos fundamentales cuya prevalencia no puede discutirse frente a cualquier otro interés político, colectivo o estatal; implica lo anterior que el Estado a través del servicio público de administración de justicia debe proteger la presunción de inocencia como derecho fundamental.

c) También es necesario precisar que la presunción de inocencia se estructura, desarrolla e interpreta en relación directa a la concepción de lo que debe entenderse por debido proceso, la función y finalidad del mismo; finalidad que debe entenderse como la reconstrucción de la verdad histórica del hecho y la función como la forma de concretar el derecho sustancial y procurar su restablecimiento en caso de demostrarse el quebrantamiento del mismo.

Por esta razón algunos afirman que el proceso busca es la declaratoria de culpabilidad, para lo cual se exige certeza; mientras que la inculpabilidad no requiere de este grado de conocimiento. En otros términos, la absolución no siempre constituye certificación de la inocencia de una persona, sino simplemente la falta de demostración de su responsabilidad. Conclúyese de lo anterior, que la presunción de inocencia, estructurada por el legislador, no debe en estricto sentido y de manera abstracta demostrarse o comprobarse, el proceso en ningún caso se elabora con la finalidad de ratificar la inocencia.

El proceso como contenido de etapas sucesivas, permite decisiones que objetivamente constituyen contradicción a la presunción de inocencia, o más exactamente aparente desconocimiento de este derecho fundamental. Piénsese en la captura, medidas de aseguramiento, prohibición de excarcelación, etc., como formas de restricción a la libertad y consecuentemente como mecanismos que desnaturalizan la inocencia de una persona, así se le dé el tratamiento de indicio, presunción o una categoría jurídica respaldada por la Constitución Nacional.

Hemos dicho que el Estado Colombiano se ha incorporado en el denominado Estado social de derecho con democracia participativa, lo cual implica que el Estado es un servidor de la sociedad, y por ende vigilante permanente de las garantías fundamentales en las que se incluyen la presunción de inocencia y el debido proceso.

No resulta de fácil entendimiento y comprensión la presunción de inocencia, como categoría jurídica abstracta y las tomas de decisión en el proceso penal que apuntan aparentemente al desconocimiento de dicha presunción, decisiones

que limitan el derecho a la libertad o la disponibilidad patrimonial para efectos indemnizatorios. Puede ser más afortunado considerar que el fundamento de la presunción es una realidad que se va desnaturalizando de acuerdo a los elementos probatorios que se concretan en una determinada resolución judicial, y es necesario agregar que esa desnaturalización permite el desarrollo de otras finalidades propias de múltiples instituciones jurídicas, como son la captura o las medidas de aseguramiento, que solo pueden entenderse frente a la presunción de inocencia, como medios idóneos para proteger la investigación, lograr el cumplimiento de la sentencia, evitar que desaparezcan los rastros del delito, procurar que no se manipule el proceso penal, impedir que la persona siga infringiendo la ley penal y, en otras muchas ocasiones, para obstaculizar la venganza privada cuando el sujeto pasivo de la infracción no ve una respuesta positiva inmediata a la lesión de sus derechos protegidos legalmente.

d) El desconocimiento, aceptación o, en últimas, desarrollo de la presunción de inocencia frente al proceso penal, corre pareja con el manejo de los medios probatorios, la forma de interpretación, el alcance de cada uno de ellos, y en especial la estructura del indicio de responsabilidad.

Resulta de trascendental importancia tener una concepción clara de los medios probatorios y su alcance, para reafirmar, no demostrar, la presunción de inocencia y para estructurar la responsabilidad penal.

Conclúyese de todo lo anterior que la inocencia no es algo que pueda manejarse de manera autónoma o aislada, sino que su entendimiento, comprensión y análisis depende de múltiples factores, que tentativamente pueden concretarse en los siguientes:

1. Estructura del Estado en cuanto a la función que debe cumplir frente a la sociedad, insistiendo que el estado colombiano es un estado social y democrático de derecho.
2. El procedimiento penal debe constituir un instrumento garantista de contención específica al poder estatal, representado en el *ius puniendi*.
3. Las pruebas penales no pueden ser miradas con un criterio de independencia frente a la presunción de inocencia, en especial cuando maneja la responsabilidad, teniendo como presupuesto los indicios.
4. El derecho fundamental de la libertad debe constituir el punto límite entre la presunción de inocencia (*favor rei, favor libertatis*) y la persecución del delito para evitar la impunidad.
5. La concepción teórica de la estructura del delito, incide necesariamente en el tratamiento que deba otorgarse a la inocencia para poder justificar la pena y en especial para delimitar los presupuestos propios de la responsabilidad.

**CONSAGRACION LEGAL****a) Antecedentes por fuera del derecho interno.**

1. Revolución francesa, que entre otras consecuencias trajo la declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, como reacción al sistema inquisitivo. En dicha declaración se coloca a la persona que infringe la ley dentro del marco de inocencia, a partir del cual debe demostrarse con certeza la responsabilidad por parte del Estado.
2. Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8º Garantías judiciales).
3. Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14 num. 2º).
4. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 26 inciso 1o).

**b) Derecho interno.**

1. Artículo 29 Constitución Nacional (debido proceso).
2. Artículo 248 Constitución Nacional. Norma en la cual se consagra expresamente que solo puede tenerse como antecedente la sentencia definitiva.
3. Artículo 250 de la Constitución Nacional, inciso último y artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, que obligan a investigar lo favorable y desfavorable.
4. Ley 74 de 1968, Artículo 14. Disposición que tiene prevalencia sobre el resto de legislación por mandato del artículo 93 de la Constitución Nacional.
5. Artículo 2o. Código de Procedimiento Penal. Norma rectora que prevalece sobre las demás disposiciones del Código, de acuerdo al artículo 22 de la misma legislación.
6. Artículo 445 Código de Procedimiento Penal, que consagra el principio denominado **in dubio pro reo**.
7. Establecimiento de la acción de revisión que persigue a través de algunas de sus causales el reexamen del proceso penal, cuando se ha proferido sentencia condenatoria. (Corte Constitucional, julio 27 de 1995. Sent. SU 327 M.P. Carlos Gaviria Díaz).
8. Artículo 81 Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción).

### UBICACION CONSTITUCIONAL

Es imprescindible tener en cuenta el contenido de la Constitución Nacional para una correcta comprensión y desarrollo del reconocimiento de la inocencia durante el proceso penal. La afirmación obedece a que la Constitución de 1991, no solamente hizo un cambio radical en la estructura del Estado colombiano al definirlo como estado social y democrático de derecho, sino que consagró una pluralidad de normas con incidencia directa en el tratamiento del derecho penal y en especial del derecho procedimental. Normas que obligan al intérprete a revisar la concepción de la responsabilidad y el fundamento de las medidas de aseguramiento referidas a personas y bienes por razón de decisiones progresivas en el proceso penal que se apoyan en elementos de convicción diferentes en cuanto se avanza y se aproxima la sentencia definitiva.

#### a) *Derechos fundamentales.*

La Asamblea Nacional Constituyente, en los primeros artículos de la Constitución, establece un catálogo de los llamados derechos fundamentales, que pretenden dar relevancia jurídica al desarrollo cultural de los países: aspira a concretar el producto de las relaciones sociales que constituyen verdaderos valores que han permitido la creación de diferentes instituciones, a nivel internacional y nacional; se procura el desarrollo del individuo dentro del conglomerado social a través de la protección de unos mínimos derechos, como es la selección de trabajo, la igualdad, la intimidad, etc., pero en especial se estipulan presupuestos para dar desarrollo adecuado a la contención que debe existir al poder estatal.

#### b) *Derechos de garantía.*

Quizás como nunca antes de la Constitución Nacional, dentro de una concepción amplia, menciona dentro de los derechos fundamentales, algunos que son verdaderamente garantistas frente al derecho penal, por ejemplo, el principio de reserva o legalidad, la favorabilidad, la necesidad de la antijuricidad y culpabilidad, la proporcionalidad de la pena y, de manera categórica, la presunción de inocencia.

Dentro de este derecho garantista, la Constitución, sin hacer un desarrollo exhaustivo, elimina la concepción del derecho penal de autor para sustituirla por el concepto de derecho penal de acto, conducta o comportamiento, enunciado que se deriva, como lo sostiene Augusto Ibañez Guzmán, de la redacción del artículo 29 de la Constitución Nacional, cuando afirma: "...Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al **acto** que se le imputa..." Augusto Ibañez Guzmán, Derecho Penal y Criminología (Volumen XIV - No 4748 mayo diciembre 1992, pág. 91 y ss.).

Observados en conjunto los derechos fundamentales como algo intrínseco a cada ciudadano, se llega a la conclusión de que algunos de ellos permiten la reclamación al estado de protección que se desarrolla a través de múltiples mecanismos, como el acceso a la educación, el respeto a la intimidad, el derecho de asociación, el principio de igualdad, etc., y otros están encaminados a limitar el poder punitivo del estado ante la posible violación de un derecho ajeno; son en nuestro entender, derechos garantistas que tienen concreción en el trámite del proceso penal.

La prevalencia del derecho sustancial no escapa al más desprevenido intérprete, si se tiene en cuenta que constituye un derecho fundamental, incluido en el artículo 228 de la Constitución Nacional, por lo que su prevalencia es indiscutible y permite afirmar que, si bien la inocencia no se demuestra, ésta debe ser intangible mientras no se produzca una sentencia condenatoria, fundamentada en la certeza de existencia del hecho y la consiguiente responsabilidad.

## **FUNDAMENTO DE LA PRESUNCION**

### **1. Una realidad.**

Como se ha dicho, se discute si la inocencia de la persona que enfrenta un proceso penal constituye indicio, presunción o una categoría jurídica especial.

No parece de suma importancia definir si se trata de un indicio o de una presunción, porque tal como lo afirma Yesid Reyes Alvarado, las dos instituciones jurídicas obedecen a la misma elaboración en cuanto a su esquema y se diferencia de que la presunción está dada por el legislador, mientras que el indicio es un esquema lógico formal, elaborado directamente por el funcionario. (Yesid Reyes Alvarado -La Prueba Indiciaria- Bogotá - Ediciones Reyes Echandía Abogados Ltda. Segunda edición 1989 págs. 219 - 220).

Trátase de indicio o de presunción, debe quedar en claro, que por su propia naturaleza admite prueba en contrario y por ello hemos afirmado que la hipotética inocencia de la persona se desvirtúa a medida que el proceso avanza y se adoptan decisiones que comprometen severamente la responsabilidad.

Como categoría jurídica puede aceptarse el concepto de inocencia, entendido como un postulado estático que requiere la valoración que de cualquier persona hace el resto del conglomerado social, o sea como lo dice Jairo Parra Quijano, es el derecho a exigir que se le tenga como inocente "que se le repunte como tal. Merece ser mirado como hombre sin mácula. Parte del talante del hombre se finca en la creencia de ser mirado en esa forma. El hombre antes de ser encartado, goza de su presunción de inocencia, como una especie de trono no disputado.

No se requiere darle tonalidad a la presunción, porque sería innecesario, la presunción de inocencia es algo virtual". (Trabajo citado).

Pero la presunción de inocencia en su momento dinámico, o sea, cuando se atribuye comportamiento ilícito a una persona, constituye una verdadera realidad que permite exigir en concreto decisiones favorables de la autoridad, cuando existe duda sobre la responsabilidad y protección a las garantías procesales consagradas constitucionalmente.

Es importante el esquema propuesto por el profesor citado, cuando demuestra cómo se construyó la presunción de inocencia, y al respecto nos permitimos transcribir su pensamiento:

"A) Empleando el método inductivo (experimental), se observa lo que casi siempre ocurre. En el caso que nos ocupa, la experiencia, la observación demuestra que la mayoría de los hombres no delinquen.

"B) El hombre termina inclusive su formación física fuera del vientre materno en relación con el ambiente y con los demás hombres, que por regla general no delinquen, eso significa que recibe una formación de la mayoría para no delinquir.

"C) Luego resulta fácil concluir, que si lo normal es que el hombre no delinca, se debe tener como "construida" la inocencia, en vez de "construida la sospecha".

"D) Como no es posible construir una presunción "inmaculada", sin contaminación "ideológica", esta presunción corresponde a una concreción de la ideología liberal para detener los "vértigos" represivos, justificados en una supuesta defensa del interés social en perseguir al delincuente".

## 2. Una concepción jurídica.

Afirmamos que la presunción de inocencia como realidad, adquiere contenido jurídico a través de diferentes instituciones que encuentran desarrollo a lo largo del Código de Procedimiento Penal y que constituyen fundamento del tratamiento que debe dársele a la persona a quien se atribuye comportamiento ilícito.

Mencionaremos las principales instituciones jurídicas que respaldan nuestra afirmación:

### a) *In dubio pro reo* (Artículos 376 No 3 y 445 C. de P.P.).

La institución del *in dubio pro reo* es la máxima concreción de la presunción de inocencia como principio de carácter constitucional, consiste en resolver toda duda que sobre la responsabilidad pueda presentarse a favor de la persona procesada.

La normatividad vigente, antes de la reforma procesal, permitió al intérprete reconocer la duda a favor del procesado, ordinariamente en la sentencia definitiva, por considerar que durante la etapa de instrucción y juzgamiento podían afectarse derechos fundamentales, de manera transitoria, mientras se determinaba la concreción o no de responsabilidad penal.

El nuevo estatuto exige que se reconozca el in dubio pro reo en momento procesales antes de la sentencia, con el fin de proteger el derecho fundamental de la libertad. Tres mandamientos legislativos dan respaldo a nuestra afirmación, a saber:

1) Si al momento de ordenar la vinculación legal de una persona, surge duda con relación a la estructuración de una causal de justificación o inculpabilidad, el funcionario judicial debe abstenerse de ordenar la captura y procederá simplemente a la citación para tal fin (artículo 376 No 3 C.P.P.).

2) Tampoco procede medida de aseguramiento "...cuando la prueba es indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las circunstancias excluyentes de antijuridicidad o de culpabilidad". (Artículo 410 C.P.P.).

3) El nuevo esquema procesal consagra únicamente dos formas para calificar el mérito del sumario; resolución de acusación o preclusión. De lo anterior se deducen dos modificaciones sustanciales consistentes en la eliminación de la reapertura de investigación y en la no consagración específica de requisitos para precluir la etapa instructiva.

El sobreseimiento temporal, el archivo transitorio y la reapertura eran formas que desconocían la presunción de inocencia y permitían mantener en entredicho al procesado hasta que prescribiera la acción penal. En otros términos la ineficacia investigativa era una carga en contra del sindicado.

De lo anterior se infiere que el estatuto procedimental sólo establece los requisitos probatorios, que dentro del principio de legalidad se exigen para fundamentar la resolución acusatoria, por lo que es viable concluir que el intérprete, al momento de calificar, solo debe ocuparse de establecer los presupuestos requeridos por la norma para concretar cargos en contra del procesado, en caso de no encontrar respuesta positiva, originada en los medios probatorios, indiscutiblemente debe preferir preclusión de la investigación como forma de exonerar de responsabilidad al sindicado.

Obsérvese que la preclusión en este momento procesal, no exige plena prueba de las causales taxativamente consagradas en el Código Procesal, por lo que es factible dar por concluida la investigación y optar decisión favorable al procesado, a pesar de que subsista duda en cuanto a la responsabilidad. En otros términos el

reconocimiento que ordinariamente se hacía en la sentencia del in dubio pro reo, se trasladó para la resolución calificatoria, sin que esto impida reconocer la institución jurídica mencionada en el fallo definitivo.

## **2. Medidas sustitutivas de la detención.**

Si bien es cierto que la aplicación rigurosa de la presunción de inocencia debía impedir la adopción de medidas de aseguramiento que afecten la libertad o bienes del procesado hasta antes de dictarse sentencia condenatoria, múltiples razones han llevado al legislador a tomar providencias que limitan el derecho de locomoción y la disponibilidad de bienes, sin que se haya determinado en definitiva la responsabilidad penal. A pesar de lo anterior se han creado medidas sustitutivas a la detención que rigió para prácticamente todos los delitos, con el propósito de dar un desarrollo, así sea parcial, al derecho fundamental de la inocencia que debe predicarse de todo ciudadano.

La conminación y la caución exigen los mismos requisitos sustanciales de la detención, pero impiden que la persona sea afectada físicamente en su libertad y permite que continúe desarrollando las actividades ordinarias hasta tanto no se dicte la sentencia condenatoria definitiva.

## **3. Ejecución de la sentencia.**

Si la persona viene gozando de determinados beneficios, que son revocados en la sentencia definitiva, no es factible ejecutar la decisión judicial y ordenar la aprehensión del sentenciado, hasta tanto no adquiera firmeza la providencia donde se deduce la responsabilidad penal.

Significa lo anterior que a pesar de existir fallo de primera instancia condenatorio, es factible que la persona siga en libertad hasta que se tramite la segunda instancia y el recurso extraordinario de casación; lo que demuestra que la presunción de inocencia continúa vigente en el proceso hasta que se agoten todas las posibilidades previstas para atacar la postura jurídica de los funcionarios juzgadores (artículo 198 C. de P.P.).

## **4. Protección a la libertad.**

El indubio pro reo tiene como presupuesto para desarrollar sus alcances, la protección de la libertad de la persona. El Código establece varias disposiciones donde se procura, de manera clara, dar desarrollo a estas instituciones jurídicas y por tal motivo, en ciertos casos, impide hacer uso de la captura facultativa e impone la obligación al funcionario de citar a la persona para que rinda indagatoria.

Así mismo consagra la libertad inmediata de quien ha sido capturado para su vinculación cuando el delito no permite detención o, permitiéndola, es factible la libertad provisional.

En otros eventos la legislación es tan celosa que siendo factible hacer uso de la captura facultativa, le permite a la persona presentarse voluntariamente, convirtiendo este acto de disponibilidad como mecanismo para evitar que se realice aprehensión física por parte del funcionario. En estos casos queda amparado el sindicado de la discrecionalidad del funcionario judicial, quien debe oír en indagatoria inmediatamente o citar para fecha posterior a la persona.

Por último, el funcionario tiene limitación para privar de la libertad en el momento en que se realiza la diligencia de indagatoria, y solo puede hacerlo cuando de la misma vinculación surge la prueba de responsabilidad.

Desafortunadamente en el trámite que cumplen los funcionarios regionales, se establece la captura obligatoria para efectos de oír en indagatoria al procesado (artículo 352 C.P.P.).

#### **5. Excarcelación, detención domiciliaria, suspensión de la detención y detención en el lugar de trabajo.**

Estas instituciones jurídicas obedecen a diferentes fundamentos sociales y de política criminal, pero en nuestro entender prevalece la presunción de inocencia; el legislador procura proteger la libertad física de la persona, pero simultáneamente ha creado fórmulas que permitan reconocer parcialmente la responsabilidad con base en simples juicios de probabilidad y no de certeza, por lo que regula las limitaciones a la libertad sin la medida extrema de su ejecución material en establecimientos carcelarios.

#### **6. Sentencia anticipada y audiencia especial.**

El Código de Procedimiento Penal vigente establece dos formas abreviadas para terminar el proceso penal mediante decisión de reconocimiento de responsabilidad penal. Las dos instituciones que se fundamentan básicamente en el reconocimiento expreso de responsabilidad, exigen para su aplicación que se encuentren demostrados los requisitos probatorios previstos en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Algunos con criterio errado, han sostenido que la aplicación de los institutos jurídicos mencionados es factible con la sola manifestación del procesado en el sentido de aceptar que en su contra se profiera sentencia condenatoria. Esta interpretación viola ostensiblemente el principio de legalidad consagrado a nivel constitucional.

El legislador sólo permite hacer uso de estas instituciones cuando plenamente se encuentre prueba sobre la cual se edifique la sentencia condenatoria. Así lo establecen especialmente los artículos 37 y 37B, al ordenar que el juez debe rechazar cualquier acuerdo entre fiscal y procesado, cuando se lesionan derechos fundamentales, entre los que se incluye el debido proceso y el principio de legalidad.

En la audiencia especial se permite la transacción probatoria cuando existe duda en relación con aspectos diferentes a la responsabilidad, por ejemplo grado de participación, especie de culpabilidad en que pudo actuar la persona, etc. Decimos que no se puede negociar la duda en cuanto a la responsabilidad, porque en este caso debe darse aplicación al **indubio pro reo**.

Si el procesado solicita sentencia anticipada, pero del expediente surge dudas sobre la responsabilidad, tal circunstancia impide aceptar el pedimento de la persona vinculada al expediente en cumplimiento de la presunción de inocencia.

### 7. **Controversia probatoria.**

La persona se defiende probando que su comportamiento no admite reproche penal; significa que el procesado tiene facultad para presentar pruebas o controvertir las que sean presentadas en su contra (artículo 29 C.N.). Controversia que se extiende a todas las etapas procesales, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional al declarar inexecutable la norma que restringía este derecho en la etapa de indagación previa o preliminar. (Corte Constitucional, Sentencia C 150 del 22 de abril de 1993).

En consecuencia el funcionario judicial no puede arbitrariamente negar o rechazar la prueba solicitada por el procesado. Para optar por esta determinación, debe fundamentar su decisión con el fin de dar oportunidad de que el sujeto procesal interponga los recursos de ley como forma adecuada de demostrar su inconformidad.

Así mismo, no es permitido al funcionario rechazar la práctica de pruebas cuando el proceso contiene la polarización de dos opiniones con un determinado fundamento probatorio. En otros términos, puede ocurrir que existan elementos de juicio que respaldan la posición del procesado, y otros que la desconocen. A pesar de que el funcionario participe de uno de los dos extremos, está impedido para desconocer o no realizar diligencias que permitan la aducción de medios probatorios orientados a reforzar la posición jurídica de la cual no participa el juzgador, porque ello implicaría el desconocimiento de la presunción de inocencia.

### **8. Motivación de las decisiones.**

Es cierto que la inocencia no se demuestra, debe demostrarse la responsabilidad; por esta razón se exige que las medidas que afectan la libertad de la persona deben ser motivadas, de manera clara y precisa, ya que es la única forma adecuada para demostrar que la presunción de inocencia empieza a desnaturalizarse a lo largo del proceso. Las decisiones que no limitan el derecho de locomoción, se motivan con la finalidad de poner de presente que los elementos de convicción aportados no tienen la fuerza vinculante para estructurar la responsabilidad y, consecuentemente son inidóneos para lesionar el principio mencionado.

### **9. Investigación de lo favorable y desfavorable.**

La Constitución Nacional y el Código de Procedimiento Penal obligan al funcionario que dentro del objeto de investigación practiquen la prueba que pueda perjudicar al procesado, pero también, aquella que lo favorezca; la labor investigativa debe desarrollarse dentro del marco de presunción de inocencia (artículos 250 inciso final C.N. y 333 C.P.P.).

### **10. Prohibición de la incomunicación con el defensor.**

La constituye el artículo 377 del Código de Procedimiento Penal, que consagra los derechos de la persona capturada, especialmente el que se refiere a la comunicación que puede tener con el abogado defensor. Consideramos que este derecho parte del supuesto de que al aprehendido no se le puede considerar como responsable y le asiste el derecho de empezar a ejercitar la defensa mediante la comunicación con el profesional del derecho.

### **11. Protección a la Reserva Sumarial.**

El artículo 331 del Código de Procedimiento Penal establece sanciones para quien viole la reserva sumarial. La norma en comento tiene como finalidad evitar que se obstaculice, obstruya o desvíe la investigación, pero especialmente está protegiendo la condición humana de la persona vinculada o que puede vincularse al proceso, para evitar detrimento de su patrimonio moral, porque para ese momento procesal se desconoce si existe o no responsabilidad penal.

**12.** La Ley 81 de 1993 corrigió un ostensible error atribuible a la comisión legislativa y estableció un término exacto para que el estado ejerza su función punitiva, vencido dicho término pierde esta potestad y debe cerrar la investigación y si es el caso ordenar la preclusión.

El término máximo de instrucción constituye protección a la presunción de inocencia, en cuanto no se puede dejar en entredicho a una persona hasta que prescriba la acción penal.

### **DESARROLLO DEL PROCESO PENAL**

El proceso penal se desarrolla fundamentalmente en dos grandes etapas: la instrucción y acusación a cargo de la Fiscalía General, y el juzgamiento a cargo de los jueces de la República.

Durante el desarrollo del proceso debe estar siempre presente la presunción de inocencia, a pesar, como ya se dijo, que pueden adoptarse medidas que limitan el derecho a la libertad y a la disposición patrimonial. En el proceso no se pretende probar o tutelar la inocencia, sino por el contrario, demostrar la responsabilidad, y por ello a medida que el proceso avanza es factible que se vaya estructurando la responsabilidad, pasando de la probabilidad a la certeza y correlativamente vaya perdiendo consistencia o se vaya desnaturalizando el derecho fundamental de la presunción de inocencia.

Pero debe tenerse en cuenta que la función que cumple cada uno de los encargados de perfeccionar las etapas procesales, es diferente y obedece a criterios propios de la técnica investigativa y del juzgamiento, sin que una u otra función pueda arbitrariamente desconocer la presunción de inocencia.

#### **1. Etapa de instrucción**

En esta etapa el funcionario debe tener vuelo investigativo, en el sentido de formular hipótesis y trabajar utilizando la sospecha en contra de la persona, sin que tal mecanismo permita fundamentar decisiones limitantes a derechos fundamentales. Nuestra aseveración obedece a que el investigador debe seleccionar varias posibilidades para tomar el hilo conductor que lo lleve al descubrimiento de la verdad material. En ese trabajo selectivo le es permitido hacer conjeturas, juicios sin mayor respaldo probatorio, aproximaciones a la reconstrucción de los acontecimientos, etc., sin que esto signifique desconocimiento de la presunción de inocencia, porque una cosa es hacer conjeturas o partir de sospechas para fines estrictamente investigativos, y otra, adoptar decisiones por fuera de los elementos probatorios permitidos en el estatuto procesal.

A pesar de lo anterior el investigador en esta etapa, debe dar cumplimiento al principio de legalidad cuando decide proferir medidas de aseguramiento.

## 2. **Etapa de juzgamiento**

El juzgador es personas que no puede desconocer los medios probatorios y dar vía libre a su imaginación, sino que debe limitar su función al análisis sereno, racional y en conjunto de los elementos de convicción aportados, producto de las plurales hipótesis formuladas por el instructor.

En desarrollo del principio de legalidad, con base en el cual se fundamenta la acusación, el juez constata la veracidad de dichos medios probatorios, le da alcance y contenido de acuerdo a la crítica que haya seleccionado para su valoración y determina la certeza para fundamentar sentencia absolutoria o condenatoria. A pesar de que el funcionario que juzga parte de pruebas aducidas legal y oportunamente al proceso, no puede desconocer la presunción de inocencia, porque la resolución de acusación solo tiene poder vinculante para obligar el trámite de juzgamiento, pero en ningún caso para proferir necesariamente sentencia condenatoria.

## 3. **La presunción de inocencia durante el proceso penal.**

A pesar de lo dicho anteriormente, que la progresiva consolidación de la responsabilidad demerita correlativamente la presunción de inocencia, debemos afirmar que si durante el proceso, incluyendo la etapa de juzgamiento y la indagación previa, se permite la controversia probatoria, necesariamente debe concluirse que la presunción de inocencia prevalece o está presente durante el desarrollo de todo el proceso penal.

La adopción de medida de aseguramiento y el proferimiento de la resolución de acusación, no extingue por ningún motivo la presunción de inocencia que solo desaparece cuando se profiere sentencia condenatoria, tal como lo enseña la Constitución Nacional al afirmar que sólo se admite como antecedente penal, la decisión que demuestre la responsabilidad una vez esté ejecutoriada (artículo 248 C.N.).

Recuérdese que el derecho penal no es de autor, sino de acto o comportamiento, por lo que solo es factible imponer sentencia condenatoria por lo que se hizo y no por la condición de quien realiza el comportamiento.

Se deduce que las decisiones que se adoptan en el proceso son transitorias y han sido entendidas como formas para dar adecuado trámite al esquema procesal que requiere especialmente de la concreción de pliego de cargos para dar desarrollo a la actividad de juzgamiento.

No se trata del desconocimiento de la presunción de inocencia, sino del cumplimiento de decisiones que protegen la prueba, el proceso, la sociedad,

etc., y que se requieren para el agotamiento de las etapas procesales que estructuran el debido proceso.

### **LOS MEDIOS PROBATORIOS Y LA PRESUNCION DE INOCENCIA**

La reconstrucción histórica de los hechos y la concreción del derecho sustancial solo puede obtenerse con base en la utilización de los diferentes medios probatorios previstos en el Título V del Código de Procedimiento Penal. De la misma manera la defensa se ejerce adecuadamente mediante la utilización de los mismos medios probatorios y de la contradicción de los que se aduzcan en contra de la persona procesada.

La utilización, manejo y valoración encuentra regulación en los principios rectores de la prueba y en ocasiones de manera especial en el tratamiento individual de cada medio probatorio.

Así mismo, dentro del marco del principio de legalidad se gradúan los requisitos sustanciales probatorios para fundamentar determinadas decisiones judiciales; piénsese por ejemplo en los presupuestos requeridos para vincular legalmente a una persona al proceso (artículo 352 del C. de P.P.); requisitos para adoptar medida de aseguramiento (artículo 388 C.P.P.), para formular resolución de acusación (artículo 441 del C. De P.P.); para proferir sentencia condenatoria (artículo 247 C.P.P.), y para precluir la investigación u ordenar la cesación de procedimiento en momento procesal diferente al calificadorio.

La prueba aportada al expediente debe valorarse en conjunto como lo ordena expresamente el artículo 254 del estatuto procesal; el funcionario judicial "...expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".

El mandato legal a que se ha hecho referencia apunta a complementar el deber atribuido al investigador en cuanto debe buscar "...la determinación de la verdad real, para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia del hecho punible, agraven o atenúen la responsabilidad del imputado, y las que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de ella" (artículo 249 C.P.P.).

La normatividad mencionada exige, en nuestro entender que el funcionario evite confrontar individualmente cada prueba con el derecho fundamental de presunción de inocencia, porque es posible que tomada de manera insular determinada prueba, pueda arribarse a una conclusión diferente de cuando se toma en conjunto el acervo probatorio.

A continuación nos referiremos a dos medios probatorios (confesión e indicios) y a la flagrancia, por constituir temas de profunda discusión frente a la presunción de inocencia.

**a) Confesión.**

Formalmente quien confiesa está aportando la prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia. Sin embargo, el legislador fue cauteloso en el sentido de exigir al funcionario el cumplimiento de requisitos fundamentales para aceptar este medio probatorio, y a más de ello debe recordarse que el servidor público no queda relevado de la obligación de orientar las diligencias posteriores hacia la demostración de veracidad de dicha confesión, porque subsiste la presunción de inocencia hasta tanto no se dicte sentencia condenatoria.

Para respaldar nuestra afirmación basta confrontar el contenido de los artículos 297 y 298 del C. de P.P.

Ni siquiera le es permitido al juez dictar fallo condenatorio de acuerdo con la aceptación de los cargos hechos por el procesado, cuando solicita sentencia anticipada, que implica una confesión de lo afirmado por el funcionario en la medida de aseguramiento. Frente a esta hipótesis y ante la posible duda de no concurrir los requisitos del artículo 247 del C. de P.P., el legislador le otorga la facultad al fiscal de ampliar la indagatoria y de realizar pruebas tendientes a corroborar la aceptación hecha por el procesado; la razón en nuestro entender es que ante esta circunstancia existe el derecho fundamental de la presunción de inocencia (artículo 37 C.P.P.).

**b) Prueba indiciaria.**

Queremos hacer referencia expresa a este medio probatorio relacionado con la presunción de inocencia, porque en la práctica se han presentado casos en los que se viola ostensiblemente dicho derecho fundamental, o se da aplicación indebida a este medio probatorio para evitar afectar al sindicado con cualquier medida que restrinja su libertad.

Para una concepción clara de este problema jurídico, nos permitimos invocar a la persona más autorizada en este tema, como lo es el Doctor Jairo Parra Quijano, quien afirma lo siguiente:

"5. Necesidad de relacionar la prueba indiciaria con la presunción de inocencia.

"Nadie nos negaría, que cuando se trata de valorar por ejemplo la prueba testimonial, el fiscal o juez explica y exhibe los motivos que tuvo para valorar en uno u otro sentido la mencionada prueba. Cuando se trata de la prueba indiciaria el funcionario (en términos genéricos) cree que es suficiente que diga por ejemplo: "existen indicios" y olvida que el artículo 300 del C. de P.P., muestra como elemento del indicio la regla de la experiencia (todo indicio ha de basarse en la experiencia). El artículo 389 del C. de P.C., también se debe aplicar a la prueba indiciaria

cuando refiriéndose a los requisitos formales de la medida de aseguramiento establece: "Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad del sindicado, como autor o partícipe". El artículo 442, cuando se refiere a los requisitos sustanciales de la resolución de acusación, en el numeral 2, establece que se deben indicar y evaluar las pruebas allegadas a la investigación. El olvido de indicar el hecho probado y la regla de la experiencia viola la presunción de inocencia como explicaremos a continuación.

#### 6. Explicación de la regla de la experiencia.

"Como lo hemos dicho en otra oportunidad, la regla de la experiencia debe ser aplicada al hecho que tenemos demostrado, para que nos pueda mostrar el que nos interesa para la investigación.

"Esta regla debe indicarse, por ejemplo: en una investigación por el hurto de un florero, podemos decir que no parece normal que una persona compre un florero y lo "entierre en el jardín de su casa", que esa conducta muestra por lo menos que la persona sabía o intuía su proceder ilícito.

"Encontrarle a una persona por ejemplo 1.000 gramos de cocaína, excede la provisión de un consumidor (es decir, para el auto-consumo).

"Siendo entonces la regla de la experiencia elemento del indicio debe explicarse para que se entienda por qué se dicta sentencia o medida de aseguramiento según sea el caso, en uno u otro sentido.

#### 7. Relación entre la presunción de inocencia y las reglas de la experiencia.

"El indicio como lo hemos dicho en otras oportunidades, es un hecho que para que nos pueda servir de prueba, debe estar plenamente probado. Como la regla de la experiencia lo compone (como elemento que es de él), debe estar plasmada. Si no se explica la regla de la experiencia, la decisión se está tomando sin base probatoria y se está violando la presunción de inocencia. Obsérvese: El artículo 246 del C. de P.P., regla: "Toda providencia debe fundarse en pruebas legales, regular y oportunamente allegadas a la actuación". La prueba indiciaria es el hecho más la regla de la experiencia, si no se explica la regla, como ya dijimos, la decisión no se está tomando con base en pruebas legal y regularmente aportadas,

#### 8. Qué función cumple la regla de la experiencia frente a la presunción de inocencia.

"Dentro de la sociedad en general, se encuentra anidado el criterio que indicio es lo mismo que "sospecha", que "intuición" que "pálpito" o "llama", pero esa hermandad o identidad sólo fue válida cuando la "racionalidad era mágica",

pero cuando aparece nítida la racionalidad sólo se habla de indicio: Cuando tenemos un hecho demostrado en el proceso (no en la mente del intérprete) que junto con una regla de la experiencia (no de la imaginación) nos muestra otro (el que interesa).

“Para demostrarle a los sujetos procesales y la sociedad en general, que la decisión se está tomando con base en pruebas objetivas, se debe explicar el hecho, y, de qué manera la regla de la experiencia muestra (indica el otro hecho).

“9. Mostrar el hecho indicio y la regla de la experiencia, permite ejercitar el derecho de contradicción y como consecuencia se da aplicación a la presunción de inocencia.

“Estrechamente relacionado y hermandado con la presunción de inocencia, encontramos el derecho de contradicción. Este se puede ejercitar en el caso específico de la prueba indiciaria, cuando se ha dicho en la decisión qué indicio se tiene y cuál es la regla de la experiencia que también hace parte de él, para que el interesado pueda enjuiciar y mostrar el error cometido por tener un hecho como probado sin estarlo o por la equivocación al escoger la regla de la experiencia que se debe aplicar.

“10. Presunción de inocencia y control demostrativo de la prueba de indicios.

“En las democracias que hemos vivido por suerte, todo o por lo menos el poder ejecutivo y el legislativo se legitiman a través de la mayoría. El órgano jurisdiccional logra su legitimidad utilizando la racionalidad. La mayoría no legitima la condena de un inocente. Se puede condenar (legítimamente) como virtualmente lo dice el artículo 247 del C. de P.P., cuando obre prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.

“Obsérvese: Casi todas las providencias son ricas en citas de autores del derecho material, mientras son generalmente raquíticas en el análisis de los hechos y en la explicación de las reglas de la experiencia.

“El pueblo de las democracias no puede ejercer control sobre la cita de los autores del derecho material, porque ello requiere formación jurídica, pero sí la puede ejercer sobre los hechos, la manera de enjuiciarlos y sobre las reglas de la experiencia que aplicó el juez. Cualquier persona de mediano juicio entiende que si a una persona le encuentran 80 toneladas de cocaína, no puede entender que es para su auto-consumo, sino para expenderla.

“Cuando, como sucede la mayor parte de las veces, la sentencia o la resolución es raquítica en el análisis de los hechos y de las reglas de la experiencia, se está evitando el control social de la providencia, y como consecuencia, la publicidad es pura especulación, porque no puede haber publicidad sin entender”. (Jairo Parra Quijano, estudio citado).

Las precisiones hechas por el Doctor Parra Quijano, son fundamentales en el manejo de la prueba indiciaria, porque ordinariamente se desconoce la estructura lógica del indicio o se da alcance errado a sus diferentes elementos estructurales, especialmente lo referente a las reglas de experiencia.

### **c) Flagrancia.**

La flagrancia, de acuerdo con el artículo 32 de la Constitución Nacional y 371 del C. de P.P., consiste en sorprender a la persona que está ejecutando un hecho punible o que por la demostración de ciertas circunstancias permita inferir que momentos antes ha realizado un delito.

Pudiera afirmarse que si la persona es sorprendida en estas condiciones carece de relevancia o se desnaturaliza la presunción de inocencia. Sin embargo, debe adelantarse integralmente el proceso bajo el amparo de dicha presunción, porque una cosa es la prueba indicativa de autoría material del hecho y otra la prueba de responsabilidad. Por esta razón el legislador diferencia los requisitos para tomar indagatoria o vincular a una persona al proceso, con los requisitos para proferir medida de aseguramiento; los primeros apuntan a la comprobación de la posible autoría y los segundos a la demostración de la probable responsabilidad fundamentada en los juicios positivos de antijuridicidad y culpabilidad.

Conclúyese en consecuencia, que la invocación del principio de presunción de inocencia, no se opone a la flagrancia, porque es factible que la persona sorprendida en dichas condiciones pueda ser absuelta y aún puede presentarse la situación extrema de no ser afectada por medida de aseguramiento, ante la duda de que concurra causal de justificación o inculpabilidad.

### **PRESUNCION DE INOCENCIA Y MEDIOS DE COMUNICACION**

Sin pretender ahondar en este tema por haber sido tratado por diferentes autores, basta con decir que el derecho a la comunicación o información está consagrado en el artículo 20 de la Constitución Nacional, pero así mismo el derecho a la intimidad y la presunción de inocencia encuentran consagración en la Carta Política (artículos 15 y 29 de la Constitución Nacional).

Tampoco desconocemos que los medios de comunicación realizan un verdadero control social a la actividad que despliega la justicia, tanto en etapa de investigación como en la de juzgamiento.

Estamos frente a dos derechos fundamentales con órbita de aplicación diferentes, pero que requieren de un exacto equilibrio en su aplicación para evitar desbordar sus límites y lesionar derechos legalmente protegidos.

Desafortunadamente se está incurriendo en errores recurrentes cuando se da información sobre la existencia de una denuncia, investigación o juzgamiento sin que exista todavía fallo definitivo sobre la conducta atribuida a cualquier persona. Los errores radican especialmente en dos aspectos:

a) Desconocimiento de la terminología adecuada para precisar el estado procesal de una investigación y de la misma situación jurídica del imputado, o procesado. Se utiliza con el mismo alcance la expresión captura o detención, acusación y responsabilidad, etc.

b) Ordinariamente la manera de presentar la noticia, permite concluir a quien no es versado en las disciplinas jurídicas-penales, que la persona cuyo nombre aparece, es responsable de un comportamiento ilícito, cuando solo existe una indagación previa.

De otra parte el protagonismo de las autoridades y el deseo de publicidad de algunos profesionales, están entorpeciendo las investigaciones y lesionando el patrimonio moral de los ciudadanos sometidos a investigación previa o formal.

La presunción de inocencia por razón de los anteriores motivos, se reciente o lesiona, porque prácticamente se está dando paso a la presunción de responsabilidad.

A lo anterior debe agregarse la forma como en ocasiones las autoridades encargadas de la investigación atribuyen veracidad a ciertas supuestas pruebas, incluyendo anónimos para a partir de este elemento de juicio exigir de las personas pruebas que demuestren su inocencia invirtiendo en ocasiones la carga de la prueba.

Resulta indispensable en este momento, reflexionar sobre los límites del derecho de información para proteger adecuadamente la presunción de inocencia y en especial, como ya dijimos, el patrimonio moral de las personas. Nos parece acertado el mandato contenido en el artículo 78 de la Ley 190 de 1995, en el que solo se permite la información de algunos aspectos del proceso penal, a partir del momento en que se haya adoptado la medida de aseguramiento, porque si bien en este estado debe continuarse aplicando la presunción de inocencia, al menos existe una decisión que adoptada rigurosamente dentro de los marcos probatorios exigidos por la ley, empieza a desnaturalizar la presunción mencionada.

### **SANCIONES POR VIOLACION DE LA PRESUNCION DE INOCENCIA**

No existe en concreto ninguna sanción cuando se viola de manera ostensible el derecho fundamental previsto en la Constitución Nacional bajo el nombre de presunción de inocencia. Sin embargo creemos que pueden aplicarse algunos mecanismos que afecten la actuación cumplida o que permiten deducir responsabilidad al funcionario, a saber:

a) Inexistencia del acto procesal en el entendimiento de que la presunción de inocencia se realiza a través de múltiples instituciones jurídicas, algunas de las cuales hemos mencionado en acápite anteriores. (Nulidad de pleno derecho de la prueba artículo 29 C.N.).

b) Nulidad de la actuación por irregularidades sustanciales que lesionan el debido proceso, radicadas en el desconocimiento de instituciones que protegen indirectamente la presunción de inocencia.

c) Sanciones por violación de la reserva sumarial (artículo 332 C.P.P. y 78 Ley 190 de 1995) y límites para que tengan conocimiento los medios de comunicación.

d) Reparación de los daños ocasionados por la privación injusta de libertad como lo permiten los artículos 93 de la Constitución Nacional y 414 del C. de P.P. Normas que encuentran desarrollo en la ley estatutaria de la justicia artículo 65 y ss.

e) Es factible imponer sanciones disciplinarias y penales al funcionario que viola el debido proceso de manera intencional y consecuencialmente la presunción de inocencia.

f) Acción de **Habeas Corpus**, para impedir la privación ilícita de libertad.

Si prospera esta acción procede investigación contra el funcionario que lesionó el derecho de locomoción.