

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMENTARIOS A LA PONENCIA DEL DOCTOR JAIME BERNAL CUELLAR

Dr. BERNARDO GAITAN MAHECHA

12. La presunción de inocencia está instituida como un derecho fundamental por la Constitución de 1991 en su artículo 29: "Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable". Esta presunción que admite prueba en contrario, y de ahí la posibilidad de la condena cuando se ha probado la culpabilidad, prevalece hasta el momento de la sentencia. Al mismo tiempo, no permite la inversión de la carga de la prueba por medios legales, ya que toda la responsabilidad de probar le compete al Estado en general; en particular, a los sujetos procesales a cuyo cargo está la acusación, como ocurre con el Fiscal y con la parte civil.

La Constitución de 1886 nada decía al respecto. De la escueta redacción del artículo 26 de ese estatuto, no surgía sino la exigencia del debido proceso, y fueron muchas las normas legales que establecieron la presunción de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba. Así el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal de 1971 cuando disponía que, "constituye asimismo presunción legal de que una persona es responsable del delito de robo o hurto, el hecho de encontrarse en su poder la cosa robada o hurtada, o el de haberla enajenado con posterioridad a su sustracción ilícita, siempre que esa persona haya sido anteriormente condenada en sentencia ejecutoriada por un delito contra la propiedad". De idéntica factura eran las presunciones de la famosa ley "Lleras" que lo fue la 45 de 1946, cuando en Colombia se seguían los patrones de la Escuela Positivista de Derecho Penal sobre la peligrosidad criminal; así, por ejemplo, decía el artículo 3o de esa ley: "Es presunción legal de responsabilidad en los delitos de falsificación o alteración de moneda, ser el sindicado, a sabiendas, poseedor o mero tenedor de máquinas o instrumentos adecuados para la falsificación de monedas".

El decreto sobre los Estados peligrosos, el 014 de 1955, y el 1699 de 1964 sobre conductas antisociales, fueron concebidos bajo el sistema de las

presunciones, y de la punibilidad de todo acto que por sí mismo fuese indicativo de comportamiento orientado a la delincuencia. Bien sabido es que ese sistema presuntivo repetido en multitud de normas, no produjo sino transitorios efectos disuasivos de la criminalidad. Sea por fallas en la organización misma de la administración de la justicia o por el desbordamiento de la delincuencia, ley tras ley, decreto tras decreto fueron cayendo sin utilidad especial que diera seguridad a los ciudadanos. Naturalmente bajo el amparo de ese método presuntivo se cometieron innumerables abusos, y sobre todo se trató de contrarrestar una fenomenología que fue en casi todos los tiempos de naturaleza económico-social.

Desde antiguo la ciencia del Derecho Penal y la política de las libertades públicas, aunadas en la defensa de los derechos, predicaban la presunción de inocencia, mientras por el Estado, mediante el debido proceso, no se probara la responsabilidad.

Según el pensamiento de Carrara: "...se le daría muerte a la confianza que pueda tenerse a la justicia humana, al tomarse como motivo de la condena, no el haber sido declarado culpable sino el haber sido acusado" (Programa, 816, n-1).

La presunción de inocencia fue consagrada en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789) en su artículo 9o.: "Debiendo presumir inocente a todo hombre declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo vigor innecesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley". Modernamente encontramos afinado el principio en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 11 dice: "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". Habiendo acogido Colombia por medio de la Ley 74 de 1968 el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el principio se incorporó a la legislación del país conforme al artículo 14 inciso 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". Vino luego la Constitución de 1991 que lo refrendó en el artículo 29, y se desarrolló en el artículo 2o del Código de Procedimiento Penal vigente: "En desarrollo de las actuaciones penales prevalece el principio de la presunción de inocencia según el cual toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre su responsabilidad penal".

En el libro "De los Delitos y de las Penas" Cesare Beccaria escribió lo siguiente: "Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida. ¿Qué derecho sino el de la fuerza será el que dé potestad al juez para imponer

pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o es inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o incierto; si es cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes un hombre cuyos delitos no están probados". (Capt. 16 De la tortura).

Toda esa larga e importante consagración legal en los pactos internacionales y en las leyes internas del país, no ha pasado de ser letra muerta. Lo cierto es que la presunción de inocencia no se ha podido desarrollar en la práctica, de modo que la administración de justicia sea verdaderamente el producto de la acción del Estado como titular de la acción en materia penal. Prácticamente la presunción de inocencia fue construida para evitar la tortura que era un método mediante el cual en el antiguo régimen se satisfacía la conciencia del juez cuando con ella obtenía la confesión. Fue contra esa práctica que se levantó el fervor de los iluministas que se condensó en el artículo noveno de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. De eso hace doscientos seis años y sin embargo ha sido necesario que en la Constitución de 1991 se escriba en el artículo 12, que nadie será sometido a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, recogiendo lo que se ha proclamado y escrito en el sistema jurídico internacional. No hay duda de que en los años recientes una de las batallas jurídicas que mas hondo calado ha tenido es la que se refiere a la tortura practicada a lo largo y ancho del mundo por los regimenes totalitarios, los de hecho, los de la seguridad del Estado. La presunción de inocencia ha sido duramente ignorada por los sistemas que encuentran en la tortura, la forma de hallar a los responsables de cuanta acción, por razones distintas, se hace punible.

¿Cómo y de qué manera contra la presunción de inocencia invierte el debido proceso la carga de la prueba? La apertura de la investigación conduce necesariamente a la indagatoria y ésta es en esencia una especie de pliego de cargos, semejante al que se usa en los procesos disciplinarios, a los cuales hay que responder y contestar probando exactamente lo contrario de cuanto el pliego supone y da por cierto. En la indagatoria que se hace sin juramento y bajo la idea de que es una oportunidad que se brinda para que el sindicado confiese, con rebaja de pena incluida, se parte de ciertos hechos que han permitido al instructor suponer fundadamente que el sindicado es autor o partícipe del hecho que se investiga. Por eso se le llama a rendir indagatoria. De ahí que resultaba irrito en el anterior sistema procesal originario del Código de 1938 el que solamente a partir del llamado auto de proceder se entendiera que el sindicado sabía de qué se le estaba acusando, como si desde la indagatoria no supiera exactamente porqué asunto se le indagaba, se le instruía proceso, y eventualmente se le dictaba auto de detención; qué si no un esfuerzo para demostrar la inocencia era la actividad del apoderado dentro del sumario, y qué sino el empeño de la parte civil para demostrar la responsabilidad y la necesidad de que el sindicado fuese llamado a juicio?

Cuando en el proceso penal se dicta medida de aseguramiento o detención preventiva es porque el funcionario considera que hay mérito para presumir que el sindicado es culpable. De ahí en adelante lo que hay es una permanente acción de la defensa para demostrar la inocencia que no se presume, ¿Qué otra cosa es la resolución acusatoria que pronuncia el Fiscal sino la afirmación categórica de que el acusado es culpable y que debe ser condenado? Contra esa acusación se proyecta la defensa delante de un juez que en el sistema acusatorio permanece casi siempre inactivo observando el duelo judicial entre acusación y defensa. No es propiamente bajo la presunción de inocencia que se adelanta el juicio; por el contrario, bajo la presunción de culpabilidad. Los procesos en que no hay detenido por falta de mérito probatorio, generalmente mueren por prescripción.

A nadie se le ocurre pensar que ese fenómeno se produjo porque el sindicado era inocente. El pensamiento general es el de que el asunto prescribió porque no hubo la manera de probar la culpabilidad, pero tampoco la inocencia. No hace mucho varios sindicados fueron puestos en libertad, después de largo tiempo de estar presos, sindicados del asesinato de Galán, porque demostraron que eran inocentes, no porque se presumiera que lo eran.

Bajo la presunción contraria derivada de pruebas erróneas, purgaron una pena por un hecho que no habían cometido. Hay una inconsciente y grave tendencia en la sociedad colombiana a presumir la culpabilidad. En reciente carta dirigida al Presidente de la República, la embajadora en Londres, de muy buena fe, orientada por esa inconsciente tendencia de la sociedad colombiana, estampó en su carta esta frase: "Debo reconocer su ejemplo al someterse al fallo de la justicia. Nada haría más digno a nuestro país, ni más feliz a mí, que el señor Presidente demuestre su inocencia".

Sin darse cuenta en esa frase se invierte de manera absoluta la presunción del artículo 29 de la Constitución. Mientras la Comisión investigadora no demuestre que el Presidente es culpable, este es inocente. El Presidente no tiene que demostrar que es inocente. Ni corto ni perezoso el Presidente le recordó a la Embajadora: "Usted ha sido testigo de excepción del interés que he puesto desde el momento mismo de mi elección, para que se llegue a esa verdad, respetando las reglas del debido proceso que nos enseñaron en la Universidad, una de las cuales establece la presunción de inocencia".

Todo lo anterior demuestra cómo en el debido proceso la tal presunción de inocencia es un mito. Inconscientemente y por los medios legales se invierte la carga de la prueba.

En los regímenes democráticos y bajo el manto de los sistemas del Estado de Derecho, se han ideado las más variadas formas para hacer del proceso un ordenado método para juzgar. En él se proclama como principio fundamental la presunción de inocencia. Acosado por la dificultad, el Estado, para establecer la

prueba del crimen, a la confesión la ha rodeado de garantías con el fin de buscarla por la libre y espontánea acción del reo. De allí las rebajas de penas por confesión, las leyes de sometimiento a la justicia, los beneficios por la colaboración eficaz, las negociaciones de penas. La protección de los testigos se ha instaurado también como método para facilitar mediante la prueba testimonial la colaboración ciudadana. Siempre dirigido todo hacia un proceso que evite los drásticos métodos que hicieron famosa a la inquisición.

De otro lado, si bien se garantiza en la Constitución y en las leyes la presunción de inocencia, no existe realmente forma alguna que la asegure. El ciudadano acusado de delito, o investigado por cualquiera acción que parezca ser delito y amerite la indagación preliminar, queda inmerso al interior del proceso, y al exterior del mismo, en la automática inversión de la carga de la prueba. Con lo cual la presunción de inocencia no pasa de ser una entelequia. Bien sabemos ahora que los sistemas presuntivos de responsabilidad que se usaron en tiempos pasados, eran innecesarios porque el proceso democrático, el debido proceso, el del Estado de Derecho, lleva envuelta en su estructura no el principio de la presunción de inocencia sino todo lo contrario. Y si las falencias de la administración de justicia han sido reemplazadas y sustituidas por los medios de comunicación, menos tiene importancia y transcendencia el tal principio. ¿Cómo y de qué manera encontrar el modo de que la presunción de inocencia ampare al inocente? Amparar al culpable para que no sea llevado a la tortura ya es de suyo notable logro del sistema jurídico, no todavía satisfecho de manera absoluta, como lo prueba la historia reciente y la vida contemporánea.

Que el proceso llamado "debido proceso" haya sido construido de modo que invierte de manera total la carga de la prueba respecto del que es verdaderamente culpable, no conlleva, seguramente, consecuencias censurables por la sociedad, si se respetan los derechos que de todos modos son inalienables aún tratándose de los autores y de los cómplices del crimen. Y que el fiscal y acusador y juez de hecho en que se han constituido los medios de comunicación concuerde con la tarea de la justicia, sin interferirla, ni condicionarla, en el caso del autor o del cómplice del crimen, resulta tolerable socialmente, si con ello no se vulneran los derechos de personas ajenas al delito que circunstancialmente, por razones de amistad, parentesco o cualquiera otra, alguna relación tienen con el reo. ¿Pero cómo asegurar que la presunción de inocencia ampare al inocente que por circunstancias erróneas es sindicado o acusado de delito? ¿Cómo hacer para que el debido proceso no le invierta la carga de la prueba y que los medios de comunicación no se equivoquen extendiendo el manto de la infamia sobre el presunto delincuente, su esposa, sus hijos, sus amigos, sus negocios, su profesión y todo su patrimonio moral y material?. Cuestión ardua para que ella se ocupe la ciencia del derecho procesal. Ninguna oportunidad como esta en donde se congregan ilustres abogados y profesionales y profesores del Derecho Procesal, para reflexionar sobre algo que nos envuelve a todos, que nos golpea a diario, que nos confunde y agrede de manera vital.

Sin duda alguna la crisis de la justicia y el auge mundial, desde todo punto de vista, de los medios de comunicación han hecho que éstos se conviertan en fiscales, acusadores y jueces, dimensionando en forma nunca antes vista la noticia y haciendo de la imputación del delito, del hecho criminal, fuente y motivo de información, análisis, investigación a profundidad y divulgación escrita, hablada y por medio de imágenes. De esta manera en función de la libertad de prensa es facilísimo que el ciudadano quede expuesto a que sin tener en cuenta la presunción de inocencia, quede imputado de delito sin que haya mediado sentencia o decisión judicial alguna; con el agravante de que esas públicas imputaciones se extienden a todo el grupo familiar, en líneas ascendentes, descendentes, colaterales y afines, en una moderna recreación de la pena de infamia contra la cual también se levantó la voz del iluminismo y se redactó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

El 19 de febrero de 1989 el ilustre periodista Alfonso Cano Isaza escribía en El Espectador, en página editorial, lo siguiente: "Emplazo a quienes critican la labor de la prensa colombiana a comprender los peligros que la asechan, si ésta no es económicamente fuerte e independiente. Y emplazo, a la vez, a industriales y comerciantes a anunciar sin timideces en la prensa escrita, pilar básico de una democracia actuante. En esa prensa escrita que en el mundo entero es "notario" de la noticia, y, en Colombia, por obra de las circunstancias, procurador y fiscal, y muchas veces juez, por aquellos de que, ante la flagrante impunidad, al menos produce una real "condena moral".

Es la verdad monda y lironda: En Colombia la prensa en todas sus formas se ha convertido en fiscal y juez. Esto naturalmente afecta el manejo de las reglas consagradas en la Constitución y en las leyes, en relación con la presunción de inocencia. Necesariamente nadie osaría discutir la libertad de prensa, sin la cual ninguna democracia puede subsistir; entre las fundamentales libertades del hombre está la de divulgar el pensamiento, informar y ser informado. Ese derecho es inalienable. ¿Pero cómo compaginar ese bien jurídico, con la natural y legítima atribución del hombre de no ser declarado culpable sin que medie decisión judicial?

Vale la pena recordar las inmortales frases de Rafael Núñez: "La imprenta debe ser antorcha y no tea, cordial y no tósigo; debe ser mensajera de la verdad y no de error y calumnia; porque la herida que se hace a la honra y al sosiego es con frecuencia la más grave de todas".

Los anteriores comentarios a la importante ponencia del Doctor Jaime Bernal Cuéllar coinciden con sus planteamientos de fondo, aunque con una visión distinta del problema. La tesis del Doctor Bernal Cuéllar parte de la idea de que siendo la cuestión de la inocencia, indicio o presunción, la finalidad del proceso en cuanto se adoptan decisiones que comprometen la responsabilidad del imputado, es la de desvirtuar la presunción manteniendo sin embargo su fuerza en cuanto la

autoridad debe pronunciarse favorablemente cuando existe duda sobre la responsabilidad. Ciertamente es que para condenar se requiere la plena prueba de culpabilidad; pero esta es una garantía constitucional que garantiza la libertad que no puede ser conculcada sin fundamento. Cuando existe duda sobre si se es culpable o inocente, la duda se resuelve en favor del procesado, como consecuencia del principio de favorabilidad. Poco o nada tiene que ver en la conciencia del Juez la presunción de inocencia. Ni menos los recursos como la apelación y la casación significan extensión o reconocimiento de la presunción de inocencia; son consecuencia del derecho de defensa, que es otra garantía constitucional.

Ciertamente es que hay que investigar lo favorable y lo desfavorable; también que está prohibida la incomunicación absoluta que impida el nombramiento de defensor, y que existen en el sistema procesal variadas garantías; pero todas ellas están construidas sobre la necesidad del debido proceso, la favorabilidad que es un principio humanitario o de garantía de la no retroactividad, y sobre todo el aseguramiento del derecho de defensa. Pero está la titularidad de la acción por parte del Estado para perseguir el delito, para capturar, detener, enjuiciar. La inocencia se reconoce pero mediante el aporte de las pruebas que desvirtúan la denuncia, los fundamentos de la detención, los de la acusación, los de la condena. El hecho es que el imputado o procesado con derecho a la defensa, encara un fenómeno de inversión de la carga de la prueba que le es determinada por la acción del Estado, del fiscal acusador, de la parte civil y en ocasiones por la acción del Ministerio Público. La acción de revisión está montada íntegramente sobre el derecho de defensa o sobre el poder de acusación. En todo caso no procede de oficio, ni siquiera para la proposición de los medios probatorios.

Comparto las recomendaciones del ponente Doctor Jaime Bernal Cuéllar sobre las medidas que deben adoptarse para garantizar la presunción de inocencia, pero quiero sugerir las de mi propia reflexión, en la medida en que según mi discurso la tal presunción es una mera entelequia:

1) Variar la redacción del artículo 29 de la Constitución para que en cambio del texto vigente se diga con claridad que "Nadie puede ser condenado sin que obre en el proceso la prueba plena de la culpabilidad", texto que antecedería a la frase del artículo que dice: "Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable".

2) Establecer que la presunción de inocencia obliga no solamente a los administradores de justicia, sino también a los particulares y en especial a los medios de comunicación, los cuales tienen derecho a informar pero dentro de las limitaciones que establezca la ley. Estas limitaciones deben legislarse en función de garantizar la efectividad del proceso en la sanción del hecho punible, y en la protección de los sindicados o acusados sin justa causa.

