

CONSTITUCIÓN Y MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN EL MARCO DE LA LEY 906 DE 2004

Enrique del Rio González

RESUMEN

Las medidas de aseguramiento se constituyen en un tema de importancia extrema para la academia, en cuanto al derecho se refiere. No ha sido pacífico el tratamiento de este acápite dentro de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, sobre todo, cuando la enfrentamos al postulado constitucional y legal de la presunción de inocencia, pues, deviene en inexplicable, que al mismo tiempo, pregonemos el respeto irrestricto de la libertad y la presunción de inocencia, y detener preventivamente al procesado. Vasta y respetada ha sido la producción jurisprudencial en cuanto a la justificación de la medida restrictiva de la libertad antes de la sentencia, pero, en nuestro concepto no habrá líneas en el mundo suficientes para hacer coincidir en lógica estos conceptos. El debate no es novedoso, ya grandes estudiosos del derecho han observado la problemática y han esgrimido importantes opiniones, entre las que podemos resaltar las de Carrara, Beccaria, Manzini, Bentham, Voltaire, Ferrajoli, entre otros. Nosotros optaremos por hacer un repaso de la medida cautelar personal en las legislaciones foráneas, en la legislación nacional y en la jurisprudencia colombiana, precisando los alcances constitucionales. Resaltaremos los aportes del garantismo penal en cabeza de Luigi Ferrajoli, para finalmente, elevar a manera de conclusión algunas propuestas sobre el instituto bajo estudio.

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

Analizando la reglamentación de las medidas cautelares personales podemos decantar el siguiente análisis:

Para Sendra citado por Castro, la libertad es el derecho fundamental más valorado y altamente reglamentado. Desde esa perspectiva: “La privación de la libertad es el instrumento más radical de intervención estatal, pues repercute sobre el núcleo mismo del sistema de libertades, condicionando la ejecución práctica de los demás derechos”. Es así como todos los cuestionamientos para privar del derecho a la libertad a una persona obliga a una interpretación garantista de las normas que regulan dichas restricciones.

Castro señala que el Tribunal constitucional de Perú ha defendido tajantemente el derecho a la libertad personal, en la medida que las limitaciones al mismo deben ser equitativas y ponderadas, y además deben respetar el cumplimiento de condiciones estrictas para tal fin. Dicha corporación ha señalado los siguientes requisitos para restringir el derecho a la libertad: 1) Que se trate de una restricción expresamente autorizada por instrumentos internacionales, 2) Que tales restricciones se encuentren reglamentadas por la ley y 3) Que los fines a los cuales corresponda sean legítimos y obedezca a razones de interés general.

No obstante en la legislación peruana es aceptada la imposición de la medida de aseguramiento, a pesar de las múltiples críticas que ha suscitado en la doctrina, Castro manifiesta: “La detención imputativa o prisión preventiva reviste suma gravedad, por lo que es del caso rodearla de las mayores garantías jurídicas, en tanto se aísla al imputado del seno de su familia y del ámbito laboral, se le entorpece su derecho de defensa, limitándole la posibilidad de presentar pruebas y contra argumentos, así como de estructurar su defensa, al punto de que si la restricción a la libertad dura mucho, el Tribunal tiende a concebir que el investigado es culpable”².

² San Martín Castro, César. *La privación de la libertad personal en el derecho penal y el derecho internacional de los derechos humanos*. Profesor de la Universidad Pontificia Católica del Perú. Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Autónoma de México.

³Ib.

Es así como la prisión preventiva en el Perú se consagra como una privación de la libertad personal de duración restringida en el tiempo, dispuesta por la autoridad judicial, cuya finalidad es asegurar al presunto responsable de la conducta investigada, la cual debe revestir cierta gravedad, cuyas características son principalmente tener un carácter preventivo, ser una medida cautelar, y garantizar la futura aplicación de ius puniendi. Esta medida puede dictarse preprocesalmente o en el transcurso del proceso.

³En Argentina, Las normas constitucionales reconocen el derecho a la libertad, específicamente en el artículo 14, asimismo el principio de inocencia está consagrado en el artículo 18. Es menester señalar que estos derechos también hacen parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional. Por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reconoce la validez a la detención preventiva. La legislación argentina, consagra la prisión preventiva y señala que sólo se justifica cuando tenga fines procesales, esto es, que pretenda resguardar la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal. Por ello, para imponerla es necesario demostrar que se pretenda entorpecer la investigación o que se figure un riesgo de fuga, probados en el caso concreto. Contrariamente a lo anterior, el funcionamiento regular de la reglamentación penal argentina ha mantenido en prisión por varios años⁴ a los inculcados, mientras el sistema judicial procesa el caso para llevarlo a juicio. La utilización injustificada de la prisión preventiva ha traído como consecuencia violaciones de derechos humanos.

En Panamá⁵, la prisión preventiva es procedente cuando no existan otras medidas cautelares que aseguren las finalidades consagradas en el procedimiento penal, es decir, cuando se perciban antecedentes que permitan inferir la existencia del delito que se investiga, y que además que permitieren presumir fundadamente que inculcado ha tenido vinculación alguna con el hecho investigado. Asimismo que la libertad del imputado perturbe la seguridad de la comunidad o pueda perjudicar a la víctima.

Dicha consagración legal ha sido ampliamente criticada por tratadistas panameños, es así como en criterio de Carrasquilla⁶ el uso indiscriminado de la prisión preventiva ha agravado los problemas sociales de las comunidades que patrocinan su imposición y agranda el problema del hacinamiento carcelario y reflejo una alta reincidencia de los inculcados que aún no han sido condenados.

Es evidente la poca efectividad de las penas privativas de libertad⁷, al quedar demostrado que las mismas no retribuyen con justicia ni cumplen con la finalidad de prevención especial que pretende asignárseles. Además, la condena a una pena privativa de libertad produce en el individuo una fuerte estigmatización que opera limitando o condiciona su reinserción social y laboral. De ahí entonces, que ante este panorama y el convencimiento acerca de la nocividad de la pena privativa de libertad para delitos menores o no graves, se haya pensado en una gama de medidas alternativas, que no tengan tan fuerte impacto negativo sobre el individuo, tales como la suspensión del juicio a prueba, medios electrónicos de control penal, prohibición de concurrencia, prisión de fin de semana, multa reparatoria, entre otras.

En Venezuela⁸, el Código Orgánico Procesal Penal consagra que la prisión preventiva es procedente cuando se está en presencia de un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre prescrita; además cuando existan elementos de convicción debidamente fundados para presumir que el investigado está involucrado en la comisión de la conducta y que apreciando la circunstancias del caso se concluya que potencialmente se configura un riesgo de fuga o de obstaculización en la investigación criminal.

En República Dominicana, el Código Procesal Penal consagra la preventiva cuando que existan suficientes elementos de prueba suficientes para inferir, razonablemente que el imputado es, con probabilidad, autor o participe de la comisión de la conducta punible, asimismo que existe un elevado peligro de fuga y que el delito investigado tenga consagrada una pena privativa de libertad. Garrido⁹

³BADALONI Juan . *Prisión preventiva en la Argentina: Abusos y Excesos en el abismo del sistema Penitenciario Federal*. Extraído desde <http://espanol.upiu.com/view/post/1257812369222/> en fecha 22 de marzo de 2010.

⁴TORO María Cecilia. *Prisión preventiva - El plazo razonable de su duración*. Extraído en fecha 20 de marzo de 2010 desde www.terragnijurista.com.ar/.../prision_preventiva.htm

⁵Código de Procedimiento Penal de Panamá. Extraído en fecha 24 de marzo de 2010 desde <http://www.diariooficial.cl/actualidad/realacion/alegislacion/cpp/a00023.htm>

⁶CARRASQUILLA, Orlando. *Detención Preventiva o Condena Anticipada*. www.legalinfo-panama.com/.../articulos_32.htm

⁷Medidas alternativas a las penas privativas de la libertad. www.naoabogado.com.ar/descargar.php?...40ALTERNATIVAS%20A%20LA%20PENAS%20DE%20PRISION

⁸VALLO, Alfredo. *La privación judicial preventiva de libertad y las medidas cautelares sustitutivas establecidas en el Código Orgánico Procesal Penal Venezolano. Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al Título de Magister Scientiarum en Derecho Penal*. Universidad Santa María de Caracas.

⁹GARRIDO, Jhon. *Las Causales de la Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal Dominicano*.

señala que con la prisión preventiva se cometen abusos en detrimento del derecho a la libertad, en cabeza de los procesados judicialmente, y considera que la gran mayoría de los gobiernos la utiliza como un instrumento apaciguador de las masas que reclaman una rápida justicia, consiguiendo así que se calmen las alborotadas sociedad ante el delito, constituyéndose además en una gran carga fiscal para el Estado.

La legislación chilena¹⁰ consagra la prisión preventiva siempre que existan elementos de convicción fundados y graves que permitan inferir razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado en el delito bajo investigación; además que en razón a sus antecedentes, deducir que tratará de eludir la acción de la justicia u obstaculizará la averiguación de la verdad, asimismo para garantizar la seguridad de la víctima, la protección de los medios de prueba, y la seguridad social.

La Constitución Mexicana en su artículo 18 señala que la prisión preventiva procede sólo por delito que merezca pena corporal, y la reclusión del investigado debe ser independiente a la de los condenados efectivamente. Asimismo consagra que esta no podrá prolongarse por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso. Para Esparza¹¹ la prisión preventiva es una institución jurídica que, no tiene base científica y la "necesidad" de preservarla es difícil de demostrar para la totalidad de los casos para los que está prevista; pues es regla común en México para todos los delitos que ameritan pena corporal.

En Costa Rica¹², La prisión preventiva se encuentra aceptada en el artículo 37 de la Norma constitucional, y asimismo el principio de inocencia está legalmente reconocido para toda persona sometida a juicio. También es impuesta cuando permite garantizar los fines procesales, por ejemplo, restringiendo el riesgo de fuga. la prisión preventiva sólo pueda imponerse cuando los intereses judiciales permitan limitar el derecho fundamental a la libertad.

La Corte Suprema de los Estados Unidos¹³, justifica la prisión preventiva en función de la peligrosidad del imputado, denegándose así la excarcelación por la creencia de reincidencia criminal. Además por asegurar la comparecencia al juicio, evitar el riesgo de fuga y lograr la aplicación efectiva de la condena.

Esta Corporación ha sostenido que los intereses del gobierno en preservar la integridad de la comunidad pueden en determinadas circunstancias restringir la libertad de los investigados. Es así como el interés del gobierno permite en tiempo de guerra retener a personas que se consideren peligrosos, asimismo, las personas con trastornos psiquiátrico, que representen un potencial peligro para el público, incluso si se sospecha que un individuo cometió un delito, puede presentársele ante un juez para que este determine si hay o no causa probable.

No todas las conductas criminales permiten el pago de fianza para la excarcelación, además el juez es autónomo para determinar el monto de la misma, y si el investigado no está en condiciones de asumirla queda en custodia, es decir detenido mientras transcurre el juicio.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

El fundamento que proporciona la juridicidad a las normas deviene de manera directa de los contenidos axiológicos de la Constitución, los cuales definen su teleología. La revisión de las normas del sistema jurídico debe realizarse no sólo frente al contenido de la norma fundamental, sino también a otras disposiciones a las cuales se les atribuye jerarquía constitucional, configurándose así parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control. En materia de medidas de aseguramiento, tenemos en el mundo jurídico globalizado las siguientes reglamentaciones:

PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

En su artículo 9^o¹⁴ señala: La prisión preventiva de las personas que van a ser juzgadas no debe ser la regla

¹⁰CHICO ,Franco. *Prisión Preventiva. Alternativa contra la amenaza a la seguridad ciudadana o aseguramiento procesal.* Extraído en fecha 19 de marzo de 2010 desde <http://agendamagna.wordpress.com/2008/12/09/prision-preventiva-%C2%BFalternativa-contra-la-amenaza-a-la-seguridad-ciudadana-o-aseguramiento-procesal/>

¹¹ESPARZA, Abelardo. *Algunos criterios de política criminal.* Revista Vínculo Jurídico. Extraído en fecha 20 de marzo de 2010 desde www.uaz.edu.mx/vinculo/webrevj/rev4-8.htm

¹²SÁNCHEZ Cecilia. *La prisión preventiva en un Estado de Derecho.* Revista 14 Universidad de Costa Rica. Extraído en fecha 15 de marzo de 2010 desde <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2014/sanch14.htm>

¹³MATÍAS PINTO, Ricardo. *Los principios que motivan la prisión preventiva en la Jurisprudencia Extranjera.* Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Extraído en fecha 15 de marzo de 2010 desde <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt11.pdf>

¹⁴http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kgci_bWPiKgl:www.derechos.org/nizkor/ley/pdcp.html+PACTO+INTERNACIONAL+DE+LOS+DERECHOS+CIVILES+Y+POLÍTICOS&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co. Extraído en fecha marzo 10 de 2010

general pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y en su caso para la ejecución del fallo.

Reglas de Mallorca

En su artículo 20^o¹⁵ consigna: La prisión preventiva no tendrá carácter de pena anticipada y podrá ser acordada únicamente como última ratio. Sólo podrá ser decretada en los casos que se compruebe peligro concreto de fuga del imputado o destrucción, desaparición o alteración de las pruebas.

Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la asamblea general en su resolución 43/ 173 de diciembre de 1988.

Principio 36^o¹⁶: Sólo se procederá al arresto o detención de esa persona en espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones previstas en la Ley. Está estrictamente prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad en el lugar de detención.

Reglas mínimas de las naciones unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, adoptadas por la asamblea general en su resolución 45/ 110 de diciembre de 1990.

La prisión preventiva procederá como último recurso¹⁷, en el procedimiento penal sólo se recurrirá a ellas teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y la víctima. Su duración no superará el plazo establecido por la autoridad competente de conformidad con la ley.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

La constitucionalidad de la medida de aseguramiento se encuentra justificada en los principios de dignidad humana, orden justo, determinación de la verdad real, realización de la justicia material, núcleo de los derechos fundamentales, cláusula del Estado social de Derecho, prohibición de exceso, prohibición por defecto, situación de indefensión y prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. En concreto, el artículo 250, numeral 1^o de la Carta Política Colombiana, consagra como una de las funciones y deberes de la fiscalía la de: "Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección a la comunidad, en especial a las víctimas." Constituyéndose esta norma superior en el fundamento específico de las medidas cautelares personales, además, de esta misma norma se extraen las razones excepcionales para restringir preventivamente la libertad. Abordemos algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el particular:

En sentencia C- 456 de 2006¹⁸, la Corte reconoce que: "Entre el conjunto de los derechos individuales la libertad ocupa después de la vida, un lugar preferente dentro del ordenamiento jurídico, concebida como principio y derecho fundante del Estado Social de Derecho y comprende la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios¹⁹."

Siguiendo la línea anterior²⁰, la misma corporación señala que: "La libertad individual no se concibe como un derecho absoluto inmune a cualquier forma de restricción; pues en determinados

supuestos, ese derecho fundamental es susceptible de limitación”.

Asimismo, la sentencia C- 318 de 2008²¹ conceptúa que: “La institución de la detención preventiva se inserta dentro de la libertad personal como elemento básico y estructural del Estado Social de Derecho, que torna este derecho como limitado, dado la necesidad de armonización de los derechos fundamentales entre sí, de la cual podemos señalar que se trata de una medida de naturaleza preventiva o cautelar, de carácter provisional y que cumple unas finalidades específicas.”

La Corte Constitucional²² en uno de sus más importantes pronunciamientos sobre el tema, hace un análisis detallado de la medida de aseguramiento y su imposición frente al principio de presunción de inocencia, indicando, primeramente las finalidades, veamos: “Las medidas de aseguramiento hacen parte de las denominadas medidas cautelares, es decir, de aquellas disposiciones que por petición de parte o de oficio, dispone la autoridad judicial sobre bienes o personas, cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial...” para luego aterrizar en la compatibilidad de los dos institutos: “En los anteriores términos, la institución de la detención preventiva es compatible con la Constitución y no resulta contraria a la presunción de inocencia, en cuanto que, precisamente, tiene un carácter preventivo, no sancionatorio(...)La presunción de inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y a asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las normas legales preexistentes, existan motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes” Y continúa el alto tribunal diciendo: “La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución(...)La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal...” (Lo subrayado no lo es en el texto).

Sobre el mismo tema continúa expresando la corte en la sentencia en cita: “...El postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra una legítima limitación en la figura de la detención preventiva cuya finalidad, evidentemente, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales(...) No obstante, resulta relevante aclarar que, en materia de restricciones a la libertad personal, la facultad de configuración legislativa resulta válida en la medida en que, de un lado, se mantenga un equilibrio con las demás garantías y derechos reconocidos en la Constitución y en la ley, y, del otro, se expidan medidas coercitivas fundamentadas en un principio de razón suficiente que avale su operancia en el orden jurídico interno. En efecto, tal como lo ha sostenido la Corte, “aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto, es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo” Y sobre su utilización en la praxis judicial del país dice: “...La detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una

persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de los personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana (preámbulo, artículos 1º y 2º). Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma. El concepto de detención preventivo tiene en la Constitución, en principio, el carácter de indeterminado, en la medida en que, ni en la norma que la permite (Artículo 28 de la C.P.) ni en el resto de las disposiciones de la parte dogmática de la Carta, se definen su alcance o sus limitaciones...”

La medida de aseguramiento de detención preventiva, en criterio de la Alta Corporación²³ mencionada: “No comporta siempre la privación efectiva de la libertad, pues dada la presunción de inocencia que acompaña el procesado durante toda la investigación penal, la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los fines de la investigación penal”.

La Corte Constitucional en sentencia C- 591 de 2005²⁴ recuerda que las medidas cautelares personales son “Una institución constitucional, en la medida en que el Art. 2 del Acto Legislativo 03 de 2002 la introdujo dentro de su contenido, y que constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de estos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, por tal razón no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo.

Como puede observarse, la jurisprudencia constitucional encuentra justa y lógica la coexistencia de las medidas de aseguramiento y el principio de presunción de inocencia.

CRÍTICAS A LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

De la misma manera como las medidas de aseguramiento tienen apoyo en la doctrina y la jurisprudencia, se ha distinguido un grueso número de posturas que repudian dicha institución, fundamentalmente se realizan las siguientes críticas:

1. Se trata de una consecuencia penológica anticipada.

La permanencia del investigado en un establecimiento carcelario implica una consecuencia penológica anticipada²⁵ en la medida que restringe su derecho fundamental a la libertad por el tiempo que deba esperarse hasta la condena, no pudiendo mientras se desarrolla la actuación penal recuperar el derecho restringido, a menos que se logre sustituir o revocar la medida de aseguramiento en el evento de que sea evidente que las finalidades de la imposición de la medida han desaparecido. Es decir, debe reconocerse que el individuo privado de la libertad aún no ha sido escuchado ni vencido en un juicio oral y público, y debe soportar las dilaciones por la congestión en los despachos judiciales, recursos legales, cambio de funcionarios judiciales, entre otros.

La imposición de dichas medidas²⁶ es justificada ante la lentitud que supone el trámite del proceso penal, aún cuando todas las medidas cautelares estén sometidas legalmente a las exigencias de jurisdiccionalidad, instrumentalidad y provisionalidad, en tanto que tan sólo han de perdurar mientras se mantenga la situación que justifica su adopción. No podemos negar que, en la práctica, aunque en teoría se exprese lo contrario, la medida de aseguramiento intramural es una pena anticipada.

Ferrajoli²⁷, quien critica ampliamente la naturaleza de dichas medidas, considera: “el imputado debería comparecer libre ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también por necesidades procesales para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente su defensa. Asimismo, la supresión de la cárcel sin proceso, al eliminar el miedo y rehabilitar las funciones

²³Corte Constitucional. Sentencia C- 549 de 1997

²⁴Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

²⁵25 LONDOÑO, César. Medidas de aseguramiento. Análisis constitucional. Ediciones Nueva Jurídica. Primera Edición. Bogotá. 2009. Pág. 135.

²⁶26 SENDRA, Vicente. XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre Bogotá D.C.- Colombia; primera edición-agosto 2009 Pág. 26 yss.

²⁷FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Séptima Edición. Madrid. Pág. 559

²¹Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño

²²Sentencia C- 774 de 2001. Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil.

cognoscitivas con respecto a las potestativas de la jurisdicción, resolvería, la crisis de la legitimación del poder judicial y restituiría a los jueces su papel de garantes de los derechos de los ciudadanos. De esta manera, mientras una prueba determinada no sea producida mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena.”

2. Se vulneran indirectamente derechos diferentes a la libertad.

Cuando al imputado se le restringe su derecho fundamental a la libertad se produce una serie de eventos colaterales²⁸ que desmejoran las posiciones jurídicas de la familia del sujeto penable, de los terceros que se relacionan económicamente con el investigado, de las mismas víctimas pues el asegurado deja de ser un productor de ingresos y por lo tanto se aleja la posibilidad de reparación. Esencialmente, se produce una desprotección a los integrantes de la familia y un desmedro de su calidad de vida, y de la misma manera una afectación psicológica de los menores del núcleo familiar. Ante estas situaciones, el principio de proporcionalidad es pieza clave del proceso penal, pues el mismo permite dimensionar el potencial efecto nocivo que la imposición de la medida de aseguramiento puede acarrear y los daños colaterales que puedan llegar a ocasionarse, impidiendo un abuso del ius puniendi estatal.

Sobre el particular Sendra²⁹ señala que al ser decretada procesalmente la prisión provisional deberá expresarse: *“El juicio de necesidad o de ponderación de los derechos fundamentales en pugna, a través del cual se demuestre que la medida objetivamente se justifica, es decir, que, para alcanzar el fin constitucionalmente protegido (esto es, la futura actuación del ius puniendi del Estado, la protección de la víctima o la propia reinserción social del imputado), es necesario e indispensable el sacrificio del derecho fundamental imputado, porque, si hubiera otra medida menos lesiva de su derecho fundamental, no se justificaría y decaería su necesidad (...)”*.

3. Discutible temporalidad

El plazo se concibe como un tiempo³⁰ razonable para que el Estado cumpla con sus funciones de investigación, que de no ser estrictamente respetado conlleva a que sea vulnerado el derecho fundamental a la libertad. Usualmente, por razones extralegales este término se extiende por la complejidad del asunto materia de debate, congestión judicial, negligencia del funcionario judicial, entre otras razones. Toda reducción debería ser modulada, hasta el punto de evitar violaciones y abusos temporales en la ejecución de las medidas precautelares.

4. Presunción de responsabilidad penal

En palabras de Ferrajoli³¹: *“la perversión más grande del instituto de la medida de aseguramiento, ya legitimada anteriormente por Carrara, y por Pagano, ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal a ser utilizado como mecanismo de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y se traduce en una pena ilegítima sin juicio.”*

Las medidas de aseguramiento menoscaban la integridad del principio de presunción de inocencia, cuando de su imposición se desprende una presunción de mala fe y culpabilidad, en la cual el Estado trata al asegurado como a un condenado y no como a un ciudadano que ejerce su legítima defensa al interior del proceso penal.

Es necesario decir que, incluso cuando se valora el acápite de fines constitucionales de la medida de aseguramiento, esto es, la protección a la comunidad y a la víctima; asegurar el cumplimiento de la pena y la protección de la actividad procesal, en especial las pruebas, estamos ante la evidente presunción de culpabilidad, pues sólo quien sea considerado culpable o por lo menos, presumido culpable, puede

²⁸Ob. Cit. Pág. 137.

²⁹29 Ob. Cit. Pág. 39 y ss.

³⁰30 Ob. Cit. Pág. 139.

³¹31 Ob. Cit. Pág. 553

estar en posición real de constituir un peligro social y para la víctima, o un evasor de la pena, o un modificador de la actividad probatoria dentro de un proceso.

5. En la práctica la medida de aseguramiento no descansa en los fines constitucionales.

En la práctica jurisdiccional del derecho penal la discusión sobre las finalidades³² y sus formas de valoración son redundantes, pues el funcionario judicial se alarma frente a la severidad, modalidad e intensidad de la conducta, y los riesgos de reiteración o fuga pasan a un segundo plano retórico, quedando excluidos en la generalidad de los casos a meros referentes verbales que no sustentan la imposición de las medidas de aseguramiento.

Ferrajoli³³ reconoce que la alarma social producida por la idea de que un delincuente aún no juzgado no sea castigado de forma inmediata es un argumento del que se valen muchos defensores de la prisión provisional, es decir, una parte de la opinión pública asocia y exige la imposición de esta medida. Pero esta idea primordial es precisamente una de aquellas contra las que nació el delicado mecanismo del proceso penal: que no sirve, como se ha dicho para tutelar a la mayoría, de sino para proteger incluso contra la mayoría, a los individuos que, aunque fueran sospechosos, son pruebas no pueden ser considerados culpables.

Sendra³⁴ reconoce que en algunas ocasiones: *“El interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal. Pero esa privación o restricción de la libertad, en los Estados democráticos deben ser excepcionales y no puede ser arbitraria, pues precisamente la justificación racional de la limitación se opone a la arbitrariedad. Y la excepcionalidad está absolutamente marcada por el legislador a partir de la exigencia de que la afectación de la libertad personal solamente responda a la necesidad¹², porque se valore que el individuo es un peligro para la sociedad y/o para la víctima; porque se considere racionalmente que el individuo nunca más comparecerá a la actuación o, en fin, porque, de la misma manera, se concluya que alterará la integridad de los elementos materiales o evidencias que habrán de ser presentados, en su momento, con miras a convertirse en prueba”*.

De la lectura desprevenida de la 906 de 2004, se aprecia como este punto de crítica ha sido avalado por la ley procesal en comento, en la medida que se tiene como criterio para determinar la peligrosidad social la gravedad y modalidad de la conducta³⁵.

6. Precariedad de los motivos razonablemente fundados y la inferencia racional.

El motivo razonablemente fundado se constituye como un límite al ejercicio de la persecución penal del Estado. La ley procesal exige que se resuelva sobre la imputación y la imposición de una medida de aseguramiento, sólo cuando el Estado tenga suficientemente construidos los presupuestos probatorios para la vinculación formal y material de un sujeto jurídico al proceso penal. Ha de tenerse configurada la existencia y materialidad del hecho con trascendencia penal, la individualización e identificación del posible autor o partícipe y las evidencias recolectadas conforme a los parámetros prescritos por el sistema jurídico. Debe estar sustentado exclusivamente en medios cognoscitivos que tengan la potencialidad de ser pruebas en el futuro y la vocación de ser parte del fundamento demostrativo de una sentencia condenatoria, puesto que se desarrollan para obtener un grado superior de probabilidad en la prueba de ejecución del hecho y la participación del inculpaado.

Uno de los mayores inconvenientes en la imposición de medidas de aseguramiento lo constituye este acápite³⁶, pues el soporte probatorio que las ampara usualmente es insuficiente y muchas veces ni siquiera se sustentan las finalidades que deben cumplirse para dichas restricciones. Toda medida de aseguramiento debe estar sustentada por medios probatorios. Los motivos razonablemente fundados apuntan a colegir una evaluación indirecta sobre los riesgos de obstrucción, reiteración y fuga, se dice indirecta pues dichos motivos evidenciales no especifican situación real alguna sobre la necesidad de la medida.

³²Ob. Cit. Pág. 143

³³Ob. Cit. Pág. 559

³⁴Ob. Cit. Pág. 34 y ss.

³⁵Artículo 310 de ley 906 de 2004: *“Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible...”*

³⁶Ob. Cit. Pág. 145

Incluso, Monroy³⁷ señala : “No obstante que no se trate de pruebas en estricto sentido por el alcance ya visto de dicho concepto en el proceso penal, los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información, cuentan con la misma entidad demostrativa que de ellos se predica tras su consentimiento a la contradicción bajo las reglas del proceso adversarial”. Lo anterior nos permite comprender que el soporte probatorio valorado para la imposición de la medida de aseguramiento, aún sin haber sido controvertidos en el juicio oral, tienen suficiente fortaleza para restringir el derecho fundamental a la libertad del inculpado. Aunque en la práctica judicial nos encontremos ante decisiones contradictorias, pues muchos operadores jurídicos consideran que la prueba dentro del proceso penal consagrado en la Ley 906 de 2004, sólo se surte en el juicio oral y público, y que, antes de ese escenario jurídico procesal no puede hablarse de prueba. Este fundamento es utilizado para negar solicitudes varias entre las que podemos contar el restablecimiento de los derechos de las víctimas, pues consideran concretamente que la tipicidad requerida para restablecer el derecho, no puede hallar demostración de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que no se lleven al juicio oral y público, luego no podrá antes de ese momento procesal restablecerse el derecho por ausencia de pruebas. Es este mismo criterio el que puede ser utilizado para determinar que la inferencia razonable de responsabilidad y / o los motivos fundados no podrán ser aplicados antes del juicio porque no estarán demostrados ya que se repite, antes del juicio no puede hablarse de pruebas. Este criterio ha sido ya definido por la Corte en la medida en que se ha admitido que antes del juicio oral si existe actividad probatoria, pero dicha actividad no puede ser fundamento de condena si no es incorporada o practicada dentro del juicio oral, más sin embargo, con dicha actividad si se pueden tomar decisiones previas, tales como imponer la medida de aseguramiento.

La inferencia razonable es una operación lógico analítica encargada de determinar la existencia de una situación a partir de la realidad objetiva de otra. Comprende un juicio de valor de probabilidad o potencialidad inminente. Puede definirse por lo tanto, como la exigencia persuasiva establecida para los actos jurisdiccionales de verificación restrictivos de derechos fundamentales, que permita sostener las hipótesis de la investigación penal, solamente puede aducirse con base en la existencia de un mínimo probatorio debidamente obtenido, allegado a la indagación y controlado a través de la contradicción en la audiencia en la que se define la imposición o no de una medida precautelativa.

Una inferencia³⁸ obedece al estudio de mínimo dos extremos que han de relacionarse entre sí por medio de un juicio de valor cognoscitivo que no requiere de certeza, sino de un vínculo de conocimiento tenue que constituya una relación grave entre los dos extremos analizados. Dicho conocimiento inferencial probable se cimienta en juicios cercanos a la especulación, lo que acarrea dos fantasmas supuestamente erradicados: la responsabilidad objetiva y el derecho penal de autor. Esta situación se ve ampliamente reflejada cuando no se demuestra un vínculo mínimo material entre el sujeto y las finalidades de la medida y se reduce al inculpado a un individuo que proyecta su peligrosidad aún después de haberse materializado la conducta punible que se le imputa, aunque no exista mínimamente motivos fundados reales, provocándose una presunción de peligrosidad del sujeto frente a la víctima y el Estado.

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LA LEY 906 DE 2004

Dentro de la ley 906 de 2004, y a partir del artículo 306, se regula todo lo referido a las medidas de aseguramiento. Pero desde el Art. 295 de la obra procesal en cita, se marca el inicio del título IV, que se refiere al Régimen de la Libertad y su restricción, que incluye además el estudio de la captura, la que como sabemos difiere profundamente del concepto de medida de aseguramiento. En desarrollo del derecho fundamental de la libertad nace el Art. 295 que consagra el principio de afirmación de la libertad consistente en que todas las disposiciones consagradas en la ley procesal penal que autorizan la privación preventiva de la libertad deben ser interpretadas de manera restrictiva, de igual manera se aclara que la privación de la libertad preventivamente debe corresponder a los criterios de necesidad, proporcionalidad, adecuación, y razonabilidad.

³⁷ MONROY, William; XXVII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL-Universidad Libre; Bogotá D.C.-Colombia, Pág. 61 y ss

³⁸Ob. Cit. Pág. 146

El catálogo procesal en cita, en desarrollo de los criterios constitucionales y jurisprudenciales establece como finalidades de la restricción preventiva a la libertad, al tenor del Art. 296, evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, y el cumplimiento de la pena.

Es necesario, de antemano, dejar claro que las medidas de aseguramiento son de aplicación excepcional, por la evidente y necesaria aplicación del derecho fundamental de la presunción de inocencia (Artículo 29 Constitución Política) decantado, como norma rectora, (en el artículo 7 de la ley 906 de 2004) además de la aplicación del derecho fundamental de la libertad (Artículo 24 de la Constitución Política y 2 de la ley 906 de 2004).

Las medidas de aseguramiento, filosóficamente hablando, son inconstitucionales ¿cómo es posible que se presuma la inocencia y al tiempo se le prive de la libertad a una persona no condenada? Pues no existe explicación lógica, menos dentro de un sistema de características acusatorias, donde la libertad es regla general. Ferrajoli señala³⁹ que los principios ético- políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: “Dichos principios, pueden romperse, pero no plegarse a placer; y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por “necesidades procesales”, ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por “necesidades penales”.

Para justificar la imposición de las medidas de aseguramiento, el legislador las cataloga de excepcionales, y de aplicación exclusiva para cumplir alguno de sus fines. Dichos fines suponen el desmedro de la garantía de presunción de inocencia, en pos de salvaguardar otros derechos de rango general, aplicando ponderación.

Las medidas de aseguramiento deben ser solicitadas por el fiscal competente, ante el juez de control de garantías en audiencia preliminar, es obligación del fiscal indicar la persona para quien se pide la medida, el delito que le ha achacado, los elementos de conocimiento (Probatorios), necesarios para sustentar la medida y su urgencia.

Para que el juez de control de garantías pueda fulminar con una medida de aseguramiento de detención preventiva se requiere que se satisfaga los siguientes requisitos:

Uno de carácter objetivo probatorio, de conformidad con el Art. 308 de la Ley 906 de 2004, se hace necesario que el juez, de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta. Lo que implica que se requiere un mínimo probatorio que lleve al juez de control de garantías, a inferir razonablemente la responsabilidad del imputado. La inferencia razonable exige la utilización de la metodología para la construcción de los indicios, lo que implica que los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información legalmente obtenida se comportan como hechos indicadores, a los que se debe imponer una regla veraz de experiencia, luego de la cual se hace un esfuerzo o inferencia lógica y se llega a una conclusión. Debe el juez de control de garantías armar tal inferencia racional para poder justificar el mínimo probatorio necesario para imponer una medida de aseguramiento. Se ha dicho que la inferencia razonable⁴⁰ es una operación lógico analítica encargada de determinar la existencia de una situación a partir de la realidad objetiva de otra. Comprende un juicio de valor de probabilidad o potencialidad inminente. Puede definirse por lo tanto como la exigencia persuasiva establecida para los actos jurisdiccionales de verificación restrictivos de derechos fundamentales, que permita sostener las hipótesis de la investigación penal, requiere por lo tanto de un patrón probatorio objetivo y reflejado en la motivación antecedente o precedente del acto de injerencia estatal.

Una vez satisfecho el requisito probatorio, (conditio sine qua non), se debe solventar, obligatoriamente, la necesidad constitucional de la medida de aseguramiento, es decir justificar la finalidad de la detención preventiva, para tal efecto la ley procesal (Art. 308 de la Ley 906 de 2004)

³⁹Ob. Cit. Pág. 555

⁴⁰Ob. Cit. Pág. 404 y ss.

estipula como finalidades las de:

1. Evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Cuando el imputado sea un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Verificar que el imputado comparecerá al proceso y cumpla con la sentencia.

Vale decir, que los dos requisitos, el probatorio y el de la finalidad constitucional, deben cumplirse al unísono, en ausencia de alguno de los dos la detención preventiva será improcedente, lo que implica que es perfectamente posible que se mantenga en libertad a un imputado sobre el cual pesa mérito probatorio de responsabilidad, pero para el cual no es necesaria una medida de aseguramiento, y a contrario sensu podemos observar el caso de un imputado para el cual sea necesario una medida de aseguramiento pero que estará en libertad por no contar con el requisito probatorio mínimo.

Otro requisito objetivo representado por el monto de la pena mínima imponible conforme a la conducta investigada, el tipo de delito, la competencia y la reiteración⁴¹.

Conforme el artículo 307 de la ley 906 de 2004, existen dos tipos de medidas de aseguramiento:

A. Las privativas de la libertad:

Las cuales son respectivamente la detención preventiva en establecimiento de reclusión y la detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento.

B. Las No privativas de la libertad:

Las no privativas de la libertad, implican cierta restricción sin llegar al trauma de la privación de la libertad, tales como: La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica, la obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, la obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez ante sí mismo o ante la autoridad que él designe, la obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho, la prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares, la prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa, la prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas, la prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Bloque de Constitucionalidad

Este principio aparece como una de las grandes conquistas de los revolucionarios franceses que la consagraron en el artículo 9 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789 al determinarse en su Art. 9º: “. Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley”.

Hace parte igualmente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A de 10 de diciembre de 1948 al señalar en su

⁴¹Art. 313 de la Ley 906 de 2004

Art. 11º: “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 las garantías necesarias para su defensa.

Es reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Panamericana celebrada en Bogotá en 1948 al determinarse en su Art. XXVI.: “ Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”

Igualmente aparece consagrado en el Pacto Universal de Derechos Humanos al precisarse en su Art. 14º.2. “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la Ley”.

Asimismo en la Convención Americana de Derechos humanos se señala en su Art. 8º: “Garantías judiciales. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

La Constitución Nacional Colombiana en su Artículo 29 establece: “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. Dicho norma se complementa con el Art. 30 de la misma obra: “Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el habeas hábeas, el cual debe resolverse en un término de treinta y seis horas”. Incluso, podemos mencionar como antecedente inmediato sobre la Presunción de Inocencia, el Proyecto de Acto Reformatorio que el Gobierno presentó a la Asamblea Nacional Constituyente, el cual, en su página 17 señala: “El derecho a la presunción de inocencia favorece al acusado mientras no sea definitivamente establecida por un fallo judicial. No se pueden establecer presunciones de culpabilidad. El Estado debe aportar pruebas para demostrar que el acusado no es inocente...”.

Reglamentación Legal

La Ley 600 de 2000, aún vigente en algunos casos especiales, consagra en su Art. 7: “Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del procesado. Únicamente las condenadas proferidas en sentencias judiciales en firme tienen la calidad de antecedentes penales y contravenciones”.

En la Ley 906 de 2004 dicho principio está consagrado en el artículo 7º, se define así: “Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”.

De igual forma, dentro del cuerpo normativo de la ley 906 de 2004, se consagran diversas normas en desarrollo de este principio, tales como la que estipulan la presentación facultativa de la teoría del caso para la defensa⁴², así como la presentación optativa de la alegación final⁴³.

Fundamentos Jurisprudenciales

La Corte Constitucional se ha pronunciado de manera reiterada sobre la presunción de inocencia. En Sentencia C-416 de 2002 señaló: “Cuando el artículo 29 inciso 4º de la Constitución Política, dispone que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”, se establece un postulado que no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para

⁴²Art. 371 de la Ley 906 de 2004.

⁴³Art. 443 de la Ley 906 de 2004.

desvirtuar su alcance. La presunción, entonces, asume en el ordenamiento jurídico colombiano el rango de derecho fundamental. En este sentido, quien se haya vinculado a una investigación no está obligado a ofrecer pruebas a fin de demostrar su inocencia. Son las autoridades judiciales competentes quienes deberán probar la culpabilidad del acusado.” (Lo resaltado no lo es en el texto)

En la misma línea la sentencia C-774 de julio 25 de 2001 recordó que la presunción de inocencia se constituye como postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance. Así, adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse a favor del acusado.

En sentencia C-301 de 1993 la Corte señaló: “El derecho a la libertad personal, no obstante ser reconocido como elemento básico y estructural del Estado de derecho, no alcanza dentro del mismo ordenamiento jurídico un carácter absoluto e ilimitado. Los derechos fundamentales no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por lo tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles”

En sentencia T-827 de agosto 10 de 2005 la Alta Corporación señaló: “El derecho a la presunción de inocencia presenta al menos tres aspectos que se podrían sintetizar así: Un aspecto que hace referencia al modo como se establece la responsabilidad penal y, más concretamente, a la forma como opera la carga de la prueba. No es el acusado quien debe probar su inocencia, pues él se presume inocente hasta tanto el Estado no pruebe lo contrario, a saber, que es culpable. Otro aspecto tiene que ver con la imputación de la responsabilidad penal o de participación en hechos delictivos a un individuo que no ha sido juzgado. Es factible que a una persona o a varias se les achaque el haber participado en la comisión de un delito. Ese solo hecho, sin embargo, no significa que con la acusación la persona o personas puedan ser tenidas por culpables. Solo podrán serlo en el momento en que su responsabilidad haya sido debidamente comprobada por medio de un juicio justo. El tercer aspecto y quizá el más delicado y contradictorio hace relación al tratamiento de personas que están siendo investigadas por un delito y como consecuencia de ello se les ha dictado medida de aseguramiento bien con beneficio de libertad provisional o bien sin beneficio de libertad provisional. Aquí es preciso señalar que en cualquiera de estos dos eventos no se está imponiendo una sanción, pues no existe aún convicción sobre la responsabilidad penal del sujeto indagado. En relación con el tema de las medidas de aseguramiento no se puede dejar de lado el peso que le cabe al derecho a la presunción de inocencia. No se pueden perder de vista, sin embargo, las dificultades teóricas y prácticas que las medidas de aseguramiento implican cuando se proyectan sobre el derecho a la presunción de inocencia, sobre la garantía de libertad y sobre el derecho de defensa y contradicción. Bien sabido es que a la presunción de inocencia le subyace una valoración muy profunda que se conecta justamente con la necesidad de proteger la libertad del sindicado así como con su derecho de defensa y contradicción”

En la Sentencia C-578 de 1995 la Corte Constitucional sostiene: “... Desde la perspectiva de los requisitos reseñados, cabe anotar que la norma comentada contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino en la forma y en los casos previstos en la ley, de donde surge que la definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el legislador, mediante la ley, el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable. Se deduce de lo expuesto que el constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo

contrario, fluye del propio texto superior que en determinados casos en que tal limitación tenga lugar han de venir fijados por la ley, siendo claro, en consecuencia, que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal. Sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no sólo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la Nación; del artículo 2º que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona “se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable” y que quien sea sindicado tiene derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”.

En la Sentencia C-634 de 2000, la Corte considera que las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, sí forman parte del bloque de constitucionalidad, toda vez que, la presunción de inocencia es un derecho humano, el cual no es susceptible de limitación o restricción en los estados de excepción, ya que el derecho al debido proceso y el principio de legalidad no admiten restricción alguna.

En Sentencia C-317 de 2002 la Corte Constitucional señala que en un Estado social de derecho corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito, produjo el daño, o participó en la comisión del mismo, lo que se conoce como principio *onus probandi actori*. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad. Por ello, a luz del principio del *in dubio pro reo* si no se logra desvirtuar la presunción de inocencia hay que absolver al acusado, y toda duda debe resolverse a su favor implicando su absolución.

De suerte que, todo proceso penal debe iniciarse con una prueba a cargo del Estado que comience a desvirtuar la presunción de inocencia. Por ello, el legislador no puede implantar en una norma penal de carácter sustantivo una presunción de culpabilidad en sustitución de la presunción de inocencia so pena de violar el artículo 29 de la Constitución.

Consecuencias de la Presunción de Inocencia

Podemos entonces manifestar que se constituyen como consecuencias de esta presunción, las figuras jurídicas del *In dubio pro reo* y el desplazamiento de la carga probatoria a la parte acusadora. Toda duda conforme al principio *in dubio pro reo*, debe resolverse a favor del procesado, en el desarrollo de todas las actuaciones penales, disciplinarias o contravencionales, prevalece, en teoría, el principio de la presunción de inocencia. En consecuencia, la carga de la prueba estará siempre a cargo del Estado, en todas las etapas del proceso.

La presunción de inocencia se concreta en el *In dubio pro reo*, porque al dudarse la responsabilidad del sindicado se deberá absolver, como respuesta al principio de que es mejor dejar libre a un culpable que condenar al inocente por los perjuicios irreparables y por la incertidumbre social por los fallos inmerecidos.

Todo lo anterior implica, que una vez el individuo sea vinculado a un proceso penal, se le arroga la calidad de inocente, hasta que no sea condenado en sentencia firme. Este es un avance importante de la presunción de inocencia, ya que no pueden hacerse efectivas las consecuencias jurídicas de una sentencia hasta ese momento.

Como lo afirma Fernández⁴³, en Colombia sí bien se consignan estos derechos al rango constitucional y se aplican criterios de valoración de la prueba del Derecho Penal de acto, la realidad o la práctica nos indica que no pasa de ser una ilusión, ya que aún se aplican los criterios de valoración de la prueba del Derecho penal de autor. A pesar que todos los días el sistema hace justicia, también comete errores que agravan siempre a los más débiles judicialmente hablando, pues si bien se garantiza en la Constitución y en las leyes la presunción de inocencia, no existe realmente forma alguna que la asegure. El individuo que se encuentre acusado de un delito queda inmerso dentro del proceso, con la inversión de la carga de la prueba y la tendencia agravada de los funcionarios judiciales de presumir la culpabilidad.

La verdad, es que en el transcurso del juicio⁴⁴, con sus fases sucesivas, la presunción de inocencia poco opera. Inconscientemente, o ¿conscientemente?, se invierte la carga probatoria. Si bien se garantiza la presunción de inocencia, no existe una forma tangible de que eso ocurra. El individuo una vez investigado y acusado, queda hundido dentro del proceso y fuera de él en la inversión de la carga, debiendo aportar pruebas que desvirtúen los hechos denunciados, los fundamentos de la captura, la detención preventiva, la prohibición de excarcelación, los de la acusación o de la pena; todos, mecanismos que reducen la libertad y por lo tanto, contradicen la presunción de inocencia.

CONCLUSIONES

Luego del análisis sistemático de la medida de aseguramiento en el marco constitucional y legal colombiano, así como del derecho y principio fundamental de la presunción de inocencia, hemos de colegir las siguientes conclusiones.

1. Las medidas de aseguramiento son aplicadas a nivel internacional bajo la premisa de ser necesarias principalmente para lograr la comparecencia del procesado y además para proteger a la comunidad y a la víctima, así como también para evitar la obstrucción de la actividad probatoria.

2. La jurisprudencia colombiana constitucional, en concordancia con los tratados internacionales, encuentra justificada la medida de aseguramiento, y además coherente con el derecho fundamental y principio rector de presunción de inocencia.

3. Existen diversas críticas sobre la medida de aseguramiento, entre las que se destacan: el ser considerada una consecuencia penológica anticipada, que su imposición vulnera indirectamente derechos diferentes a la libertad, la configuración de la presunción de responsabilidad penal, la precariedad de los motivos razonablemente fundados y la inferencia racional y el desconocimiento, en la práctica, de los fines constitucionales.

4. La presunción de inocencia es un derecho fundamental y norma rectora de procedimiento, que utilizando una interpretación lógica, no admite ninguna merma o doblegación diferente a la sentencia condenatoria ejecutoriada.

NUESTRO ARGUMENTO FINAL A MANERA DE PONENCIA

Es nuestro criterio, que la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario es inconstitucional. Entendiendo que la presunción de inocencia es un derecho constitucional fundamental, de carácter prevalente, y a su vez un principio rector de procedimiento penal. Por lo tanto, resulta incomprensible que pueda coexistir la detención preventiva intramural y la presunción de inocencia. Es que, por mucha demagogia y eufemismos, definitivamente, jamás se podría conciliar una postura en que se propugne por considerar al procesado, antes de una sentencia condenatoria ejecutoriada, inocente, y además, exigir un trato de inocente, y al tiempo mantenerlo privado de la libertad. Por tal razón, conforme con nuestro derecho procesal penal constitucional, podríamos proponer, para efecto de ser consecuentes, lo siguiente:

⁴³FERNÁNDEZ, Whanda. *Procedimiento Penal Constitucional*. Librería Ediciones del Profesional Ltda.. Segunda Edición. Bogotá. 2003. Pág. 76

⁴⁴BERNAL, Jaime. "Presunción de Inocencia", en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Vol. II, No.20. Bogotá, 1996, pág. 193.

1. Debemos aceptar que la medida de aseguramiento se torna necesaria para efectos de cumplir diversidad de fines en pos del beneficio particular y general. Caso en el cual, debemos también admitir que estamos ante la inexistencia práctica del derecho constitucional fundamental y principio rector de procedimiento penal de presunción de inocencia. En este caso admitiríamos entonces en concreto, que no hay presunción de inocencia en Colombia, y en ningún país de la orbe donde opere la detención preventiva.

2. Debemos derogar todas las normas e interpretaciones que permitan la prisión preventiva, lo que implica que solamente podamos encarcelar a una persona en la medida que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada. En este caso admitiríamos que existe presunción de inocencia.

3. Una posición ecléctica sería, para efectos de no caer en errores del idealismo extremo, conciliar entre la coexistencia de la prisión preventiva y la presunción de inocencia, en la medida que sólo sean aplicables, luego de verificados todos los requisitos (constitucionales, probatorios y legales) medidas cautelares personales no privativas de la libertad, para lo cual, la ciencia y la operatividad estatal deben esforzarse por buscar mecanismos que sean óptimos para solventar los fines de la medida de aseguramiento sin necesidad de adelantar la consecuencia punitiva. Es decir, por ejemplo, la ciencia buscará perfeccionar la seguridad de los dispositivos electrónicos de seguimiento; el INPEC reforzará el manejo administrativo de la vigilancia de los que se encuentran privados de la libertad en su lugar de residencia. De esta forma, haríamos honores a los criterios de necesidad, ponderación, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, creando una distinción notable entre quien goza de la presunción de inocencia y quien ha sido condenado penalmente. Esperamos que este criterio sea aceptado prontamente, en realidad no vemos tan remota esta posibilidad, en la medida, que ya nuestra ley procesal penal ha dado los primeros pasos, reglamentando medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.