

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PREVENTIVA
Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO VALOR FUNDANTE DE LAS
CIVILIZACIONES MODERNAS.

Santiago Fernández Penagos

Sebastián Hernández Álvarez

Facultad de Derecho de la Universidad EAFIT

Profesor Asesor: Sebastián Naranjo Serna

Octubre de 2021

Introducción

Capítulo 1: La institucionalidad de la medida de aseguramiento preventiva.

1. La detención preventiva analizada desde una visión utilitarista
 - 1.1. La primacía de la presunción de inocencia, libertad y debido proceso sobre la detención preventiva.
 - 1.2. Análisis de la detención preventiva en Colombia
 - 1.3. Los fines constitucionales de su aplicación según la ley 906 de 2004
 - 1.3.1. La obstrucción de la justicia
 - 1.3.2. El peligro de fuga y de no comparecencia
 - 1.3.3. Peligro para la comunidad o la víctima
- 1.4 . En la Jurisprudencia Colombiana

Capítulo 2: La presunción de inocencia como valor fundamental en las civilizaciones democráticas de la modernidad.

2. Consideraciones preliminares
 - 2.1 La detención excesiva como manifestación del principio de culpabilidad.
 - 2.1. Los juicios paralelos o justicia mediática.
 - 2.2. Jurisprudencia en el derecho internacional
 - 2.2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Ürfi Çetinkaya vs Turquía
 - 2.2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Francisco Lizaso Azconobieta vs España
 - 2.3. Núremberg

3. Conclusiones

4. Bibliografía

Introducción

Este trabajo aborda un fenómeno problemático y polémico para un Estado social y democrático de Derecho, ya que la detención preventiva como herramienta procesal presenta irresistiblemente un debate entre: derechos individuales como la libertad, presunción de inocencia, y debido proceso, versus la obligación del Estado de garantizar fines de la sociedad como la seguridad colectiva y la correcta administración de justicia. En el desarrollo de este análisis, se tendrá presente los argumentos de la corriente defensora del proceso penal con detención preventiva como herramienta procesal; de igual forma, se realizará la exposición del sector de la doctrina que defiende un proceso penal sin detención preventiva, por ser un detrimento a la presunción de inocencia, igualdad de armas, debido proceso, entre otros principios rectores del proceso penal. Se abordará la institución de la detención preventiva específicamente en Colombia, sus orígenes, naturaleza, y las causas que han llevado al uso desproporcionado de su aplicación. El segundo capítulo, estará centrado en la presunción de inocencia, su rol en las civilizaciones modernas y alguna jurisprudencia relevante. Finalmente, las consideraciones finales tendrán propuestas de valor ajustadas a la realidad colombiana y la Constitución Política.

Capítulo 1: La institucionalidad de la medida de aseguramiento preventiva.

1. La detención preventiva analizada desde una visión utilitarista

Esta medida confronta uno de los fundamentos en materia penal: la presunción de inocencia. Desde sus inicios que datan de la antigua Roma, así como su introducción doctrinal por Samuel Pufendorf en 1672, siguiendo con la aparición del Iluminismo en el siglo XVIII, esta institución ha sido la regla, como lo expresa Beccaria:

Un hombre no se le puede llamar culpable antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle la protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se la otorgó.

Pero, esta regla no surgió con carácter absoluto. Se puede ver que en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 se abre la posibilidad de restringir la libertad personal:

*Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.*¹

Se puede ver que desde sus comienzos, el interés colectivo de preservar el orden y la seguridad prevalecieron sobre el derecho individual. Esta posición fue asumida por grandes pensadores como

“Carrara, Beccaria, Bentham, Hobbes, Filangieri, Pagano y otros, quienes a pesar de encontrarle a la medida cautelar de privación de la libertad múltiples contradicciones con el Estado de derecho, la justificaron y la mantuvieron dentro de su esquema de ordenamiento jurídico.” (López, 2015)

¹ Art 9

Esta posición de restringir la libertad individual, se justifica dentro del proceso penal bajo un argumento utilitarista. Primero, ¿cómo se define el utilitarismo?

El utilitarismo es el campo de la filosofía que estudia la utilidad de una idea, en el sentido de que, entre las ganancias y las pérdidas posibles, debe darse un saldo positivo. El derecho penal es el ámbito más represivo del ordenamiento jurídico y, por ello, debe ser empleado con moderación por parte del Estado. Su utilidad debe ser la protección de bienes jurídicos y la mínima restricción de la libertad individual. (Martinelli, 2013)

Este poder que tiene el Estado, permite que la detención preventiva sea compatible con la libertad, presunción de inocencia y el derecho de defensa, en aras de la eficiencia de la administración de justicia. Este instrumento tiene sustento en estatutos internacionales como:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Organización de las Naciones Unidas [ONU], art. 9), la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 5) o la Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos [OEA], art. 7). (López, 2015)

Sin embargo, la ponderación que se tome entre intereses colectivos y derechos fundamentales personales determinará la relación Estado-ciudadano, como lo establece Roxin:

[El] orden interno de un Estado se revela en el modo en que está regulada esta situación de conflicto: los Estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, exageran fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal. En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esta situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano; el Estado mismo está obligado por ambos fines – aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano (Roxin, 2000).

Es deber del legislador en un Estado Social y Democrático de Derecho como el colombiano, mantener ese equilibrio entre comunidad e individuo, teniendo que respetar los derechos fundamentales individuales sobre cualquier razón. Este equilibrio, según García Morillo (1995), marca la evolución de los Estados de Derecho, ya que, si se prescinde de un lado, se está afectando necesariamente al otro. Es por esto, que el derecho penal debe ser el límite a la política criminal, frente a esa función preventiva. Es decir, debe limitarse exclusivamente para los casos que lo ameriten con la mínima intervención posible, evitando a toda costa el populismo punitivo:

Disposiciones como la denominada Ley de Seguridad Ciudadana –1453 de 2011– o el nuevo Estatuto Anticorrupción –Ley 1474 de 2011– pretenden resolver el problema de la delincuencia de la manera más simplista: mediante el aumento de penas, la restricción de los subrogados penales y la mayor severidad en la aplicación de la detención preventiva, lo que hace de ésta la regla general y no la excepción, ¿como debería ser?” (López, 2015)²

¿Pero, cuál es el límite a la detención preventiva? Según López (2015)³ el primer límite es la necesidad. En esa argumentación se debe perseguir fines legítimos procesales o personales relacionados con la correcta administración de justicia. Pero, no basta solo con esos fines esenciales que el legislador le ha otorgado a la medida, sino que también se debe demostrar una situación de hecho que amenace con el fin en sí mismo. Se deben presentar esas dos situaciones concurrentemente para que se decrete la medida.

² En el desarrollo de este análisis, se podrá observar como por ejemplo la Ley 1453 de 2011 ha sido el claro ejemplo de que la naturaleza procesal de la detención preventiva ha sido deformada por intereses eficientistas del legislador de atribuir fines de la pena a esta institución procesal, y lo que es peor aún, de manera anticipada.

³ El texto *“La inconstitucionalidad de la detención preventiva”* del mencionado autor oriundo de Popayán, es uno de los textos más rigurosos que se encontraron que aborda esta institución. Su monografía fue resultado de la tesis de Maestría en Derecho que cursó en la Universidad Sergio Arboleda, y de su bagaje académico: cursó Derecho en la Universidad Externado de Colombia donde, además, hizo estudios en Derecho Financiero y postgrados en Gobierno, Gerencia y Asuntos Públicos de la Universidad Externado de Colombia y la Columbia University of New York

El segundo límite es la proporcionalidad, que en palabras de López (2015) es entendida como la medida de menor impacto sobre los derechos de la persona afectada que consiga el fin de protección buscado.

El tercer límite es de naturaleza procesal y se refiere básicamente a los fines constitucionales del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal: evitar la obstrucción de la justicia por parte del procesado, asegurar la comparecencia a juicio, y la tercera de naturaleza personal: que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

Dentro de esta corriente utilitarista, se justifica la existencia de la detención preventiva con que esta se encuentra ajustada al principio de legalidad, toda vez que está consagrada constitucionalmente y aceptada por la sociedad como una respuesta a la demostración de seguridad que esta demanda. Este argumento tiene sus críticas, ya que se está atribuyendo a la detención preventiva, fines propios de la pena. Sin embargo, sus defensores sostienen que:

La función preventiva es común a las dos (2) situaciones de restricción de la libertad, como quiera que en el caso de la detención preventiva se busca neutralizar la peligrosidad del imputado y evitar que se atente contra la comunidad o la víctima; es una coincidencia que no implica la anticipación de la pena. (López, 2015)

Esta corriente, como se puede notar, no diferencia los fines de la pena con los fines procesales de la medida de aseguramiento preventiva.

1.1 La primacía de la presunción de inocencia, libertad y debido proceso sobre la detención preventiva.

Esta corriente, considera que los derechos y garantías del procesado prevalecen sobre la necesidad del Estado de garantizar ciertos fines sociales. Para este sector minoritario de la doctrina, la

presunción de inocencia tiene un valor absoluto que no acepta matices. En este sentido, esta medida es ilegítima en cualquier Estado garantista, democrático y liberal. (Ferrajoli, 2009).

Sus defensores sostienen que la presunción de inocencia sólo puede ser controvertida en juicio y sobre la base de la culpabilidad, es decir, que cualquier otro juzgamiento que se realice antes de determinar la culpabilidad del imputado, es una decisión arbitraria que va en contra del principio de jurisdiccionalidad “*que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo solo sobre la base de un juicio.*” (Ferrajoli, 2009).

Según López (2015), esta posición tiene incluso, razones históricas que niegan la detención preventiva. Antes, bajo los modelos inquisitivos en los que se obtenían las pruebas mediante la tortura y el encierro del individuo, se servían de la detención preventiva. Esta situación, con la evolución del pensamiento Ilustrado y en general con las garantías individuales, hizo impensable el uso de la medida cautelar. Es por esto, que la presunción de inocencia tiene entre uno de sus fines, garantizar al procesado que primero, sea tratado como inocente hasta que se demuestre lo contrario, en un escenario de juicio con sentencia condenatoria; y, segundo, impedir la ejecución anticipada de la pena.

Siendo una herramienta procesal, la medida de aseguramiento preventiva es aplicada como un instrumento meramente policial e inquisitivo que “*se dirige a, y sobre todo se mantiene para, constreñir al imputado a confesar o a colaborar*” (Ferrajoli, 2009)⁴. Según este pensador italiano, es una medida que no debe existir en un sistema penal acusatorio porque con ella, lo que se logra es que:

⁴ Tomado del texto “*Derecho y Razón*”. Este texto será citado frecuentemente, ya que Ferrajoli se caracteriza por ser un álgido defensor de un proceso penal sin detención preventiva en respuesta a la protección de un debido proceso y salvaguarda de derechos fundamentales como la libertad y la presunción de inocencia.

El proceso, una vez más, queda degradado a tour de forcé entre el imputado, inducido a la confesión o a la delación por el temor a la cárcel o por la esperanza de libertad, y la acusación pública, que experimenta, autorreflexivamente, in corpore vili, como en la antigua tortura, sus hipótesis acusatorias. A ello se añade la distorsión, ya comentada, de los tiempos y de las fases del proceso: la vista oral resulta comprimida y privada de contenido por la expansión simultánea, penal y procesal, de la fase de instrucción –en la que se predetermina el juicio y se pre-castiga al imputado– y de la fase ejecutiva –en la que se juzga a posteriori al condenado y se re-determina la pena en concreto– (Ferrajoli, 2009).

Es por esto, que el Dr. Fernando Velásquez Velásquez propone que mientras no sea erradicado, por lo menos se suavice esta medida limitando la aplicación de la medida a los delitos más graves⁵.

Según Ferrajoli, la erradicación sería la solución ideal porque:

Un proceso penal sin detención preventiva resalta la dignidad humana, materializa la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado y regla del juicio, además de asegurar el cumplimiento de necesidades procesales tales como permitir al imputado presentarse libre ante un juez, en condiciones de igualdad con su contraparte, a efectos de garantizarle una preparación eficaz y efectiva de su defensa. (Ferrajoli, 2009).

Hay que tener presente que con la entrada en vigor del Acto Legislativo 03 de 2002, se pasó de un modelo de tendencia inquisitiva a uno de corte acusatorio. En este modelo garantista se exalta la dignidad humana, y se tiene como regla, que es la culpabilidad lo que debe demostrarse con las pruebas legal y oportunamente obtenidas, y “*mientras se llega a ese estadio procesal, la persona*

⁵ Esta posición parece ser un término medio entre el criterio utilitarista y la primacía de los derechos individuales del imputado. Si ha de utilizarse, que sea bajo criterios rigurosos y en situaciones de extrema necesidad.

ha de estar en libertad.” (López, 2015). Especialmente, la libertad personal del acusado, el Dr. Velásquez lo relaciona con igualdad de armas entre las partes, para asegurar que se cumpla el principio de contradicción de forma correcta en el proceso. (Velásquez, 2005).

Este nuevo modelo acusatorio debía tener su fundamento en la Constitución Política y en su programa penal, entendido este último como:

[...] el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar. (Berdugo, 2004).

Dicho programa no significa un catálogo de soluciones, pero sí representa el reconocimiento normativo de la Constitución Política y la necesidad de los operadores jurídicos de tenerla como referencia dentro de sus libertades funcionales.

Los argumentos para sostener que esta medida es ilegítima son los siguientes:

- a. *Peligro de reincidencia:* los defensores de la medida cautelar argumentan que una de las razones para el uso de la detención preventiva es el peligro de reincidencia. Pero, lo que realmente ocurre con este argumento es que se está invirtiendo la presunción de inocencia por una presunción de culpabilidad teniendo al imputado en condiciones de inferioridad frente al ente acusador. (Londoño, 2003).
- b. *Peligro de fuga:* imponer esta medida por un hecho futuro que no ha ocurrido atenta contra la presunción de inocencia. Una persona encerrada preventivamente no está en igualdad de armas que el ente acusador. No tiene los mismos medios para defenderse, y además de eso se invierten las cargas, ya que es el acusado quien debe comenzar, una vez detenido preventivamente, a demostrar su inocencia.

c. *Evitar alteraciones del proceso:* esta razón es para este análisis, la muestra más clara de la ilegitimidad de la medida cautelar. Reconocer la incompetencia del Estado para proteger y preservar la prueba restringiendo la libertad del imputado es simplemente inadmisibile en un Estado social y democrático de Derecho. Habría que preguntarse, entonces, qué pasaría si fuera la Fiscalía en el caso colombiano quien tuviese la idea de alterar las pruebas. Un actor tan amparado y protegido por el poder estatal, que además tiene a su contraparte disminuida y limitada por la detención preventiva, *“tan solo logran imponer unos argumentos utilitaristas de corte inquisitivo, basados en la matización de principios fundamentales del derecho penal.”* (López, 2015)

Otra de las razones por la que se defiende la abolición de esta medida, es porque no es nada diferente a la pena, ambas tienen la misma naturaleza: afecta y restringe el mismo derecho de libertad, ambas se cumplen en establecimientos carcelarios bajo las mismas condiciones para condenados e imputados.

Tan cierto es que la medida cautelar privativa de la libertad es una pena que, de resultar condenada la persona al término del juicio, el tiempo que haya estado detenida preventivamente se le descuenta del monto impuesto en la condena. (López, 2015)

Londoño (1983) expone una de las razones más íntimas, importantes, que nada tienen que ver con el ordenamiento jurídico, y que quizás, pueda ser más trascendental que una sentencia absolutoria. El hecho de que una persona sea detenida preventivamente ya sea por la incapacidad del Estado, por resultados mediáticos que busque la Fiscalía, por intereses oscuros o por un error sin dolo del ente acusador, una persona detenida preventivamente que luego se sentencia inocente, tuvo que pasar por el escarmiento público, y las consecuencias de ello son más trascendentales que el mismo proceso penal:

Es indudablemente un postulado de clásica estirpe jurídica, pero en la realidad tiene las características y estigmas de una pena. Una simple sindicación que haya trascendido a la opinión pública, o unos pocos días de privación de la libertad por un delito, han derrumbado moral, social y económicamente muchas vidas y muchos hogares. Porque ocurre con mucha frecuencia que, a pesar de que la justicia absuelva o sobresea definitivamente en determinados casos, la maledicencia social seguirá condenando, seguirá manteniendo la incriminación sobre la persona que estuvo sub iudice. (Londoño, 1983)

1.2 Análisis de la detención preventiva en Colombia

El antecedente histórico de esta medida en Colombia se remonta a principios del año 2002, como desarrollo del Acto Legislativo 03 de 2002, que fue una herramienta que utilizó el Gobierno de aquel entonces para atacar la delincuencia organizada y común. Sin embargo, López (2015) se cuestiona ese plan de la denominada *seguridad democrática*, donde se utilizó la medida de aseguramiento preventiva como mecanismo central de la lucha contra el crimen y la delincuencia a pesar de su incompatibilidad con los principios del sistema penal. La situación colombiana de esa época, un país azotado por la violencia en todos los frentes, la presencia guerrillera, y ausencia estatal en gran parte del territorio, puede hacer que la ponderación entre seguridad colectiva y derechos individuales sea compleja. Pero, en un Estado de Derecho, constitucional y garantista, según el profesor Ferrajoli (2009), no hay lugar a matices, relatividades o flexibilidades en este aspecto. Pues, un proceso penal sin detención preventiva es *“fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable”*. (Ferrajoli, 2009).

Además, según Vélez (2012) la fundamentación de la detención preventiva nunca fue pensada como una herramienta para la lucha contra la criminalidad, ni mucho menos como indicador de gestión de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de que los objetivos de funcionarios y unidades de esta institución se mide en base al número de personas privadas de la libertad. Esta situación abre espacios lesivos para las garantías constitucionales de los ciudadanos. Pero, hay que aclarar que en principio, con el Acto Legislativo 03 de 2002, la detención preventiva era una medida excepcional (Zuluaga, 2013), con estándares altos de exigencia para su aplicación. Fue la ley 906 de 2004 y sus posteriores reformas como las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011 las que llevaron a que se empezara a detener para investigar y no al contrario, investigar para detener⁶.

Hay otro criterio que debe tenerse en cuenta como un elemento más de contradicción al debido proceso e igualdad de armas. La detención preventiva es solicitada por la Fiscalía, y negada o concedida por un juez de conocimiento. Pero, el espacio de la defensa en este debate es limitado, el tiempo y el material probatorio es poco, llevando a decisiones con un grado de probabilidad *“incierto y contaminado por el contexto político cultural (discrecional y peligrosista)”*. (Zuluaga, 2013).

El papel de la víctima en el proceso es otra situación que debe analizarse, porque la participación de la víctima debe estar limitada para no terminar siendo un factor más desequilibrante entre las partes. No quiere decir que las víctimas no puedan ejercer sus derechos, sino que su actuación, especialmente cuando no son representadas por la Fiscalía sino por cuenta propia, constituye una desigualdad de armas frente al procesado.

⁶ Se invirtió la naturaleza excepcional de la detención preventiva, porque con la entrada en vigencia de criterios auxiliares, los fines constitucionales se convirtieron simplemente en una causal más para su aplicación.

El principal garante de los derechos de las víctimas en el proceso penal es el Estado a través de la Fiscalía General de la Nación. La participación de la víctima en el proceso penal debe estar limitada por el contenido de sus derechos individuales, la presunción de inocencia y la igualdad de armas entre las partes. La Fiscalía General de la Nación es el vehículo a través del cual la víctima puede pretender y acceder a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación en el proceso penal. Tales derechos no pueden depender de la capacidad de acceso que se tenga a ellos en el proceso penal y sí de la actuación proactiva de quienes son garantes de los mismos, esto es, de las autoridades competentes en cada uno de los escenarios diferenciados. Así las cosas, se debe velar por una relación estrecha entre la víctima y el Fiscal, en especial en aquellos casos en que aquella no tenga representación letrada en el proceso penal. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2012)⁷.

1.3 Los fines constitucionales de su aplicación según la ley 906 de 2004

Hablando de su aplicación, es necesario que haya dos escenarios: el primero, es el de la inferencia razonable de la autoría o participación del imputado en el hecho punible. Este juicio lo realiza el juez, donde determina el grado de posibilidad de atribución del hecho al imputado. Este grado de probabilidad en el nuevo régimen procesal penal, según Vélez (2012) tiene una carga probatoria menor a la que se necesita para llegar a la inferencia razonable, porque antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 se exigía como requisito, que hubiera dos indicios graves de responsabilidad para decretar la medida.

El segundo escenario que se debe presentar para la imposición de la medida, es que se asegure uno de los fines constitucionales del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal: evitar la fuga o

⁷ Se trae al análisis el papel de la víctima, toda vez que el propósito de esta monografía es defender un debido proceso que debe ser equilibrado, sin ninguna clase de sesgo. Como se explicó, en ningún momento se critica su participación, sino que debe ser limitada para que no sea un factor adicional de desigualdad a la detención preventiva que se le impone al imputado.

no comparecencia, que no altere o modifique el material probatorio, y que no sea un peligro para la víctima o la sociedad. Esta última finalidad no hace parte de los objetivos de la detención preventiva como herramienta procesal para asegurar el debido proceso, pues el peligro para la víctima o la sociedad no constituye un peligro para el proceso. El profesor Londoño (1983) afirma al respecto que la detención preventiva con el fin de “ejemplaridad” o de “satisfacción del sentido público de justicia” constituye “un criterio injusto y aberrante”, además porque esa referencia está asignada a la pena, lo que también desdibuja la naturaleza de esta medida.

1.3.1 La obstrucción de la justicia

Desarrollado en el artículo 309 de la ley 906 de 2004, se refiere a la capacidad del imputado de interferir con el recaudo y conservación del material probatorio, ya sea con la obstrucción en las diferentes etapas del proceso o, a través de presiones y conductas indebidas sobre las personas que intervienen en el proceso como “coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.” Sin embargo, esta medida, no es una garantía para el proceso. Es una garantía para el ente acusador:

Es una garantía para que la Fiscalía General de la Nación asegure su trabajo investigativo sin la injerencia, ni siquiera presencia, del afectado por el ius puniendi, lo que desvirtúa el postulado procesal de la igualdad de armas, que no es otra cosa que la posibilidad de las partes de “acudir ante el juez con las mismas herramientas, oportunidades, elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales” como lo define la Corte Constitucional en la sentencia C-536 de 2008. (López, 2015)

En resumen, es una medida de subordinación del imputado respecto del ente acusador, facilitando sus labores. Pero, ¿cómo se puede asegurar que la Fiscalía no sea quien altere, modifique o

destruya elementos materiales probatorios que no sean de su beneficio? Es una pregunta que a la luz de esta medida no puede ser contestada.⁸

1.3.2 El peligro de fuga y de no comparecencia

Este fin está señalado en el artículo 308 numeral 3 de la ley 906 de 2004 y se considera como el objetivo principal de la medida de aseguramiento, *“pues en él se devela su naturaleza cautelar de asegurar la presencia del imputado en el proceso, para hacer efectiva la eventual sentencia condenatoria que en su contra se emitiera.”* (López, 2015)

Para determinar ese peligro de fuga, debe haber dos motivos: el primero, de carácter general que evalúa la gravedad, modalidad de la conducta y pena imponible. Y, con respecto a este primer motivo, parece ser que hay una correlación entre el riesgo de fuga y el tiempo de la pena, entre mayor sea el posible tiempo de condena, mayor es el riesgo de fuga. (Vélez, 2012; Londoño, 1983)

El segundo motivo del análisis, tiene que ver con aspectos como: el arraigo del imputado en la comunidad, *“entendida como la relación entre la persona y un espacio físico territorial en el cual tiene asiento su familia, su negocio o su quehacer diario”* (López, 2015). Lo que convierte a los habitantes de calle y demás marginados sociales en sujetos procesales de los que se predica una mala fe por el solo hecho de no tener un arraigo. *“Un argumento así es contradictorio en su esencia, pues nada dice que una persona que sí posea arraigo en una comunidad, no tenga intenciones de fugarse para evitar la acción de la justicia.”* (López, 2015)

La actitud del imputado frente al daño causado con la acción criminal: es la atribución que realiza el juez sobre una responsabilidad que no se le ha atribuido penalmente al imputado.

⁸ Este cuestionamiento se basa en hechos reales y que han sido de interés nacional como el polémico proceso penal “Colmenares”. La Fiscalía en el afán de buscar sentencia condenatoria, manipuló fraudulentamente material probatorio que entre otras razones, llevó a la absolución de las procesadas. En este caso no se debe analizar la culpabilidad de las procesadas, sino la desigualdad de armas en que se encontraban, toda vez que fue el mismo ente acusador quien procedió de forma indebida en la recolección de las pruebas (testigos).

(...) debe decirse que con esta previsión se constriñe al imputado a rendirse desde esta etapa procesal, vía la aceptación de cargos o la suscripción de un acuerdo y la indemnización de un daño frente al cual no hay convencimiento más allá de toda duda razonable de que él es autor o partícipe del mismo, so pena de una medida restrictiva de sus derechos, con lo que se exige del imputado un comportamiento propio de quien es culpable. (López, 2015)

Por último, está el comportamiento del imputado en procesos anteriores como pauta para la imposición de la medida. Esta en particular, es una contradicción al derecho penal de acto, ya que con esta circunstancia se está castigando al actor sobre hechos pasados, y que por lo tanto resulta necesaria su imposición, *“lo que hace que la medida se adopte por lo que esa persona es o se supone que es (¡un prófugo!), y no porque existan elementos de convicción suficientes para prever que en el caso concreto no se presentará.”* (López, 2015). Esta situación permite pensar que el hecho de haber sido condenado en el pasado, es un hecho imborrable e imperdonable por el legislador, y que además es motivo suficiente para ser asegurado con la detención preventiva.

1.3.3 Peligro para la comunidad o la víctima

El código de Procedimiento Penal, autoriza la medida de detención preventiva en todos aquellos supuestos en los que, además de que la inferencia sobre la posible responsabilidad del imputado ostente argumentos sólidos y convincentes, la medida *“se muestre necesaria para evitar que éste obstruya el debido ejercicio de la justicia ii) resulte probable que el procesado no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia o iii) que el mismo constituye un peligro para la seguridad de la sociedad”*. (Artículo 308 Ley 906 de 2004). La anterior norma, junto a los artículos 310 y

311 de la ley 906 de 2004⁹, que la desarrollan, son en particular contrarias a la presunción de inocencia que debe guiar el proceso, porque una vez el juez realiza el juicio de peligrosidad del imputado sobre su posible conducta en hechos futuros, este es tratado sobre una presunción de culpabilidad. Este análisis de la persona que realiza el juez en relación con posibles daños a bienes jurídicos invierte la carga probatoria del proceso. La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el peligrosismo social está prohibido en un Estado democrático de Derecho, que se debe regir por un derecho penal de acto y no de autor como en este caso. La Corte IDH dice que el peligrosismo es “*una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido*”. (Sentencia del 20 de junio de 2005, art. 94).

No solo se contradice el fundamento del proceso penal con el derecho penal de autor, sino que también se le asigna una función preventiva (negativa en el sentido que evita que el imputado cometa nuevamente un ilícito al tenerlo detenido, y positiva en cuanto a ser ejemplificadora para la sociedad y para afirmar la confianza de la misma en el sistema judicial), que es función exclusiva

⁹ **Artículo 311. Peligro para la víctima.** Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes.

Artículo 312. No comparecencia. Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, ~~en especial~~, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.
3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

de la pena. (Ferrajoli, 2009). Esta posición la comparten, tanto quienes defienden la medida como los que no lo hacen, porque su justificación en sí misma no es cautelar, sino personal, y su naturaleza punitiva es contraria a la presunción de inocencia. Ferrajoli también señala:

La perversión más grave del instituto, legitimada desgraciadamente por Carrara, y antes por Pagano, ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a «estrictas necesidades» sumariales, en instrumento 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, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo de la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida «procesal», o «cautelar», y, en consecuencia, «no penal», en lugar de una ilegítima pena sin juicio.

Para Sanguiné (2003), la prevención general y especial son fines exclusivos de la pena, y juzgar al imputado sobre un hecho futuro que no ha ocurrido sobre el supuesto de peligrosidad, es partir sobre una presunción de culpabilidad. Londoño (2003), desde la doctrina colombiana expresa:

Fundamentar la prisión preventiva en la prevención general positiva (prevención-integración), es una forma de legitimar el derecho penal simbólico, conforme al cual el sistema de justicia penal no está para proteger “derechos fundamentales” o “bienes jurídicos”, que es lo que supuestamente le da razón de ser a su existencia, sino que sus funciones reales son otras, generalmente silenciadas, encubiertas, mimetizadas por el discurso oficial y por el derecho positivo.

Por último, se debe añadir que con la entrada en vigencia de la Ley 1453 de 2011, este fin constitucional se convirtió en un elemento más para determinar la peligrosidad del imputado. Es decir, se puede notar cómo la detención preventiva ha sido reformada y ampliada en sus causales por el legislador para que su aplicación sea la regla y no la excepción, como debería ser. Con el artículo 24 modificado por la Ley 1453 de 2011, el legislador estima que para determinar la peligrosidad del imputado no será suficiente con los fines constitucionales sino que habrán más causales para que se aplique en mayor medida como:

- 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.*
- 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.*
- 3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. **NOTA: Expresión subrayada Declarada INEXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-121 de febrero 22 de 2012.***
- 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.*
- 5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.*
- 6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.*
- 7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.*
- 8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.*

La entrada en vigencia de estos criterios auxiliares no tiene un fundamento procesal ni goza de evidencia científica que sustenten, por qué, por ejemplo, el uso de un medio motorizado significa

mayor peligrosidad para la comunidad o la víctima. Es decir, que cometer un homicidio en carro o en moto es más grave que realizarlo en la vivienda de la víctima y salir a pie. No tiene sentido que una herramienta supuestamente procesal, se le asignen fines propios de la pena de manera anticipada.

1.4 En la Jurisprudencia Colombiana

En primer lugar es importante establecer la posición de la Corte Constitucional sobre la aplicación de la medida de aseguramiento a la luz de un principio tan institucionalizado como lo es el de la presunción de inocencia. En la Sentencia C-289 de 2012, en la cual el ciudadano Wilfredo Parra Lozano demandó la inconstitucionalidad del artículo 11 del decreto 1793 de 2000, el cual presuntamente violaba el derecho a la igualdad y la presunción de inocencia, ya que, a grandes rasgos, establecía sanciones distintas para oficiales del ejército que hubieran sido detenidos, 60 o más días preventivamente, y dependiendo de su rango jerárquico en la institución se aplicaba una u otra sanción, y entre esas sanciones estaban las de retiro absoluto o suspensión temporal. La Corte señaló:

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. Es decir, el detenido preventivamente debe seguir siendo tratado como una persona inocente en todos los ámbitos pues el hecho de que en su contra se haya dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad no equivale en modo alguno a una condena.” (Sentencia C-289 de 2012).

En ese orden de ideas, para la Corte Constitucional la aplicación de la medida de aseguramiento preventivo no constituye vulneración alguna al principio de la presunción de inocencia, toda vez que: *“Las medidas de aseguramiento son determinaciones eminentemente temporales de tipo preventivo que restringen los derechos fundamentales del imputado y que pueden ser adoptadas por el juez de control de garantías, a petición del fiscal, en el marco de un proceso penal.”*

Además, agrega que:

“(…) 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 (...) así, “por su propia naturaleza (...) tiene una duración precaria o temporal porque su finalidad no es sancionatoria, ni está dirigida a resocializar, ni a prevenir el delito ni a ejemplarizar, sino que su finalidad es puramente procesal y asegurar el resultado exitoso del proceso penal.”

No obstante, la Corte reconoce que a primera vista, la aplicación de esta medida puede parecer transgresora del territorio de la presunción de inocencia, y considera, que la aplicación de la misma debe estar sometida a estrictos criterios, que a la suma, justifiquen la detención de un ciudadano, previo a un pronunciamiento judicial de fondo.

Por otro lado, al construir un modelo de proceso penal para la persecución y el juzgamiento de los delitos, el legislador no le está permitido desconocer el debido proceso y los principios para el ejercicio del ius puniendi legados de la tradición democrática y liberal, igualmente sancionados en la Carta Política y ampliamente desarrollados en la jurisprudencia de la Corte. En consecuencia, no está habilitado para restringir sin estricta justificación constitucional la libertad del procesado, la plenitud de las formas de la investigación y el juicio, la presunción de inocencia, los principios de estricta legalidad,

juez natural, publicidad, imparcialidad, defensa técnica, doble instancia y la prohibición de doble incriminación, prisión perpetua, destierro y confiscación, entre otros. (Sentencia C- 289 de 2012).

Y hace la claridad también, que cuando no se reúnen los criterios suficientes que permitan justificar tal restricción de la libertad y de la presunción de inocencia, el juez:

(...) está inhabilitado para anular o restringir sin justificación constitucional, en particular, la libertad del procesado, la plenitud de las formas de la investigación y el juicio, la presunción de inocencia, los principios de estricta legalidad, juez natural, publicidad, imparcialidad, defensa técnica, doble instancia y la prohibición de doble incriminación, prisión perpetua, destierro y confiscación (...). (Sentencia C- 289 de 2012).

Sobre la libertad como derecho fundamental, en la sentencia C-221 del 2017, la Corte deja claro que si bien la libertad personal es un derecho fundamental, no por ello, está libre de restricciones:

En síntesis, (i) la libertad personal, consustancial al Estado constitucional y democrático de derecho no es, sin embargo, un derecho absoluto sino que está sujeto a restricciones. (ii) Estas tienen lugar esencialmente en el marco del proceso penal, en la forma de sanciones, pero también a través de medidas cautelares, denominadas medidas de aseguramiento (iii), en general, con propósitos preventivos, como garantizar la presencia del imputado, el cumplimiento de las decisiones y la protección de la comunidad y la víctima. (iv) Implican la privación o la limitación a la libertad personal o la imposición de otras obligaciones que garantizan fines legal y constitucionalmente admisibles. (v) Sin embargo, su incidencia más importante radica en las intensas injerencias a la libertad personal. (vi) Debido a este particular impacto, las medidas de aseguramiento se hallan

sometidas a un conjunto de límites constitucionales, que sirven de garantías para la salvaguarda de la dignidad humana y la proscripción del exceso en su utilización.

En su argumentación, el límite para que una persona esté privada de la libertad de forma preventiva, es lo que hace que esta herramienta procesal se diferencie de una pena anticipada. Se puede ver que la Corte asume una visión utilitarista, donde busca alcanzar fines constitucionales con el mínimo daño posible, que en este caso lo mitiga con el tiempo permitido que una persona puede estar privada de su libertad preventivamente. Sin embargo, es rescatable, que en medio de su argumentación como se verá a continuación, la misma Corte acepte que la medida trasciende efectos procesales:

(...) Ha sostenido también, en el anterior sentido, que la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los responsables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial. La detención temporal es una medida cautelar pero, innegablemente, “trasciende sus efectos procesales y repercute negativamente en la esfera de la libertad personal del inculpado”, lo cual revela la importancia de señalar términos máximos de su duración.

Si bien la Corte legitima la institución de la detención preventiva, esta se aparta del inciso 2 del numeral 4 del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, que fue declarado inexecutable. En la sentencia C-567 del 2019, la Corte señala que la decisión del juez de control de garantías nunca puede estar

basada exclusivamente en la personalidad o pasado del inculpado, ya que se estaría juzgando bajo un derecho penal de autor:

(...) la Sala encontró que la remisión hecha por el inciso 2 del numeral 4 del artículo 313 de la Ley 906 de 2004 a los artículos 308 y 310 del mismo cuerpo normativo implica concentrar la valoración de la medida de aseguramiento sólo en criterios subjetivos orientados por niveles de peligrosidad según las capturas decretadas o legalizadas en otros procesos. Estos elementos le permitirían al juez de control de garantías decretar la detención preventiva a partir solo del perfil de la persona, sin tener en cuenta otros elementos, tales como la conducta cometida y su gravedad, la necesidad de la imposición de la medida, entre otros.

De ser así, no solo se estaría afectando el modelo democrático del Estado social de Derecho, sino que se le estaría negando el fin resocializador a la pena:

De lo contrario, no solo se retornaría al modelo de derecho penal de autor, sino que también se desconocería el fin resocializador de la pena, consistente en permitir que la persona, una vez cumplida su sanción, pueda participar nuevamente en comunidad, sin que sufra etiquetamiento alguno.

También, encontramos sentencias como la C- 469 de 2016, en la cual se establecen los criterios y circunstancias que el juez debe valorar para establecer si la libertad del imputado representa un peligro para la comunidad. La demanda consiste en una acción de inconstitucionalidad, ya que el demandante considera que los numerales 2 al 7, y parcialmente, el numeral 1 del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal¹⁰, contraviene los artículos 28 y 29 de la Constitución Política

¹⁰ **“ARTÍCULO 310. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD.** Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1760 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

Colombiana¹¹, además de los artículos 7 (num. 2, 3, y 5) y 8 (num, 1 y 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹².

El demandante argumenta que:

La prisión preventiva está sometida a criterios de excepcionalidad y necesidad y no puede basarse en la peligrosidad del imputado, en la posibilidad de que cometa delitos en el

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales. 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos. 3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional. 5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas. 6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años. 7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada”.

¹¹ **ARTÍCULO 28.** *Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*

ARTÍCULO 93. *Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.*

¹² **Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal:** 2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.* 3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.* 5. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*

Artículo 8. Garantías Judiciales: 1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.* 2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*

futuro o en la repercusión social del hecho, por cuanto estas justificaciones se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva.

¹³(Sentencia C- 469 de 2016).

En ese orden de ideas, tal y como se sostiene al inicio del numeral 1.3.3, la asignación de los criterios anteriormente citados, en la evaluación de un hecho pasado, para intentar prever o evitar hechos que atenten exclusivamente contra la investigación penal, resulta en un atropello a la presunción de inocencia, toda la vez que el decreto de la detención preventiva se hace durante el proceso, de forma cautelar, y en aras de salvaguardar fines propios de una condena.

No obstante, la posición de entidades como El Ministerio de Justicia, debate con el postulado del demandante, señalando la excepcionalidad de la medida, y que su fundamento es legítimo, toda vez que a lo largo del ordenamiento jurídico, en las normas relativas a la detención preventiva, se reitera su excepcionalidad, se establecen límites de tiempo, y la obligación de tomar en cuenta la naturaleza del delito, reduciendo así, las similitudes con una condena de un fallo ejecutoriado. Además, El Ministerio de Justicia también invoca el artículo 250 de la Constitución Política, el cual permite la adopción de medidas cautelares dentro del proceso, para la consecución de fines como la protección para la comunidad.

Para la Procuraduría General de la Nación, la Corte debía declararse inhibida en razón de los elementos formales de la demanda, pero, brinda su concepto sobre la norma demandada, diciendo que son

(...) interpretaciones subjetivas de la disposición impugnada, sin tener en cuenta otras normas procesales concordantes con el artículo modificado, en las cuales se establecen

¹³ Este es el argumento base de Salustiano Fortich Molina, quien es el demandante.

criterios que el juez de control de garantías debe tomar en cuenta al decidir si impone al imputado una medida de aseguramiento privativa de la libertad (...).

Aludiendo también, al carácter excepcional, y los criterios que el juez debe considerar a la hora de imponer la medida.

En esa misma línea se pronunció la Universidad Santo Tomas de Aquino, Universidad Libre de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, y la Universidad de Cartagena, a lo que la Sala se adhirió, a través de la reiteración de Jurisprudencia relativa a la potestad de configuración que tiene el legislador para regular detalladamente en diversos sectores del ordenamiento jurídico, como el derecho procesal penal. Así las cosas, la detención preventiva hace parte de esa libre configuración, ya que en su regulación se detalla ese carácter de excepcionalidad.

La Sala también argumenta que la libre configuración del legislador, sirve no solo para penalizar conductas, sino *“para elaborar modelos de procesamiento acordes con la política criminal que pretenda promover, con los momentos y requerimientos de tipo histórico y político y las razones de conveniencia pública que crea aconsejable atender.”*

La Sala decide declarar la exequibilidad de la norma demandada, afirmando que los criterios de peligrosidad, de la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, se pueden vincular a una medida cautelar procesal, toda vez que esa no es regla general que deben aplicar los jueces, sino que es una decisión que se toma tras un riguroso análisis del hecho. Postura que además, atiende a la realidad coyuntural de Colombia.

La Sala Constitucional, sin embargo, no es ajena al argumento legal que plantea el demandante, en cuanto a que los criterios del 310 protegen, en efecto, fines del derecho sustancial, y en sentencias anteriores, ya se había pronunciado sobre esto, diciendo:

Así, la preceptiva del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, según la cual 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, pero que, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente las demás circunstancias allí contenidas, no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento. Al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad, la cual no puede estar determinada en esos dos criterios objetivos, máxime cuando en Colombia no existe una política criminal clara que determine cuáles son realmente las conductas graves. (Sentencia C-1198 de 2008).

En ese orden de ideas, pareciera ser que la postura de la Corte es, que el Juez, debe en primer lugar, valorar los criterios de necesidad y proporcionalidad, propios de una medida cautelar intra procesal, y además, valorar los criterios de peligrosidad, pero estos, no pueden ser los determinantes para la imposición de la medida.

Capítulo 2: La presunción de inocencia como valor fundamental en las civilizaciones democráticas de la modernidad.

Consideraciones preliminares

Desarrollar un tema como el de la medida de aseguramiento preventiva, generó en este análisis la necesidad de abordar el principio de la presunción de inocencia en un capítulo independiente, con el fin de exponer los motivos por los cuales se afirma, que el engranaje de este principio en los modelos legales del Common y Civil Law ha sido uno de los más grandes aciertos de las civilizaciones democráticas modernas.

El artículo 29 de la Constitución Política Colombiana, trae una definición teórica, integral y completa del principio de la presunción de inocencia. Allí, se dice que: “*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.*” Además, en su misma definición, establece que:

Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento, a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (Constitución Política Colombiana)

Incorporando así, en su mismo artículo, principios de alto rango constitucional y pilares del derecho penal, como lo son el derecho a la defensa, el debido proceso, y el non bis in ídem.

Desde la Antigua Roma, se acepta la idea de que es mejor que haya delitos impunes a que haya inocentes en prisión. En el *Digesto de Justiniano*, escrito que concentraba una gran cantidad de jurisprudencia para la época, se encontraban citas como:

“Sed nec de suspicionibus aliquem damnari, Divus Traianus Adsidio Severus rescripsit: satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.”

Que traduce:

“Nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente.” (Ulpiano, 228 d. C)

En doctrina más reciente, encontramos autores como Tiedemann (2003), que señalan que *“existen razones poderosas para afirmar que la presunción de inocencia es la base del derecho penal moderno.”* Este, lo justifica señalando que *“(…) esta presunción respeta seriamente el principio de la dignidad humana, considera al inculpado como persona humana, sujeto y portador de derechos individuales y no como un simple objeto de persecución penal.”*¹⁴ Dándole ese carácter humanístico al principio.

Para Ferrajoli (1995), la presunción de inocencia es una de las más importantes conquistas de la humanidad y añade que *“es responsabilidad de los juristas y de los legisladores defender los valores de la racionalidad, de tolerancia y de libertad que la sustentan.”*¹⁵ Éticamente, es una idea congruente a sociedades democráticas, ya que la diferencia en términos de alcance, fuerza, y recursos, entre el aparato de persecución penal estatal y una persona individual es demasiado amplia. Por ello, se entiende como uno de los límites más importantes, que los actores del escenario jurídico, pueden imponer frente al poder del Estado.

¹⁴ Klaus Tiedemann en *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, escrito en coautoría con Roxin y Gunther.

¹⁵ Luigi Ferrajoli, en *derecho y razón. Teoría del garantismo penal*.

El concepto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aterriza el derecho un poco más, y dice que “*toda persona acusada de una infracción tiene derecho a la presunción de inocencia*”, de forma tal, que sólo cuando una persona se encuentra sometido a una actuación por parte de la Administración de Justicia, se debe reconocer la calidad de inocente con el propósito de que el investigado pueda dar la batalla contra la fuerza del Estado.

Además, se destaca el concepto de Maier, el cual señala que:

*Las discusiones acerca de la presunción de inocencia se hubieran evitado si se hubiera comprendido el principio invirtiéndolo, ya que este principio no es para afirmar que una persona es inocente, sino que no puede ser considerada culpable hasta que exista una condena judicial.*¹⁶

Es decir, el autor no reconoce una calidad de inocente, sino que lo que reconoce es una calidad de no culpabilidad hasta que exista una sentencia judicial que diga lo contrario.

Reuniendo la opinión de los mencionados autores, se entiende entonces, que dentro del escenario procesal, se desprenden obligaciones, mandatos y prohibiciones, en virtud del principio de la presunción de inocencia, que deben ser exhaustos antes, durante, e incluso después de finalizado el proceso judicial.

2. La detención excesiva como manifestación del principio de culpabilidad.

Los derechos y las libertades individuales consagradas en Estados Constitucionales de Derecho dentro del marco del Common y Civil Law, establecen que el ser humano posee un valor intrínseco, independiente de sus creencias, raza, género, identidad, sexo, entre otros; que en suma, desprenden valores como el de la presunción de inocencia. Contrario sucede en estados totalitarios, dictatoriales y restrictivos, donde el valor individual de las personas no existe, se fundamenta el

¹⁶ Julio Maier, en *Derecho Procesal Penal Argentino*, Ed. HAMMURABI.

proceso penal en el principio de culpabilidad, y lo que se defiende es un ideal colectivo. Ejemplo de lo anterior, se tiene: Repúblicas socialistas con partido político único como China, Vietnam y Cuba, y monarquías absolutas como la de Arabia Saudita, Qatar, Omán, entre otras.¹⁷

Países como los anteriormente mencionados, incorporan en sus leyes, facultades excesivas a la hora de ejercer la administración de justicia. La aplicación de medidas restrictivas de la libertad, por ejemplo, son la regla general, toda vez que es por excelencia, la forma de silenciar a aquellas personas que sean consideradas como opositores al gobierno de turno. Por otro lado, en sociedades como las propias, (del Common y Civil Law) teóricamente amparadas por la democracia, se busca que la aplicación de medidas restrictivas de la libertad sean la última instancia, o *última ratio*, atendiendo al lenguaje estricto del derecho penal.

No obstante, si bien estas sociedades democráticas pueden presumir lo que sus Cartas Políticas establecen, en cuanto a lo que derechos y garantías a nivel individual se refiere, la realidad no lo respalda, y son muy evidentes aún, los rezagos de culturas inquisitivas, como la cantidad desmedida de personas en prisión preventiva, lo cual es incompatible con la vigencia de la presunción de inocencia, el ideal del sistema adversarial, y el Estado Constitucional de Derecho. Además, tampoco parece cumplirse el ideal de la *última ratio*, toda vez que los índices de encarcelamiento, definitivo y preventivo, son muy altos.

La editorial *De Justicia*, hizo un estudio¹⁸, en base a datos arrojados por The World Prison Brief¹⁹, sobre la ocupación carcelaria, en los principales países de Latino America, a la luz de la epidemia

¹⁷ Informe "The Global State of Democracy 2019", del Instituto Internacional para la Democracia y Asistencia Electoral (IDEA), que hizo un informe sobre los 32 países más restrictivos del mundo.

¹⁸ El informe se llama *Del Miedo a la Acción: Aliviar el Hacinamiento Carcelario*, y fue realizado principalmente para ofrecer alternativas, en términos de políticas públicas, para los países con niveles críticos de hacinamiento carcelario, en consideración a los posibles problemas que el COVID-19 puede contribuir a esto.

¹⁹ The World Prison Brief es una base de datos masiva, la cual recopila información sobre la gran mayoría de sistemas penitenciarios a nivel mundial.

causada por el virus del COVID- 19, en el cual detalló los índices de encarcelamiento en países, que para estos propósitos se hace relevante mencionar, incorporan una Carta Política democrática e insistente en derechos individuales de nivel constitucional, a saber:

En Colombia:

Hay 235 personas privadas de la libertad por cada 100.000 habitantes, y el 29% de la población carcelaria está en prisión preventiva. A corte de abril de 2020, según cifras del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (inpec), había un total de 121.010 personas privadas de la libertad, con un hacinamiento del 49.4%, teniendo en cuenta que el sistema está habilitado para alojar a 80.709 personas. (De Justicia, 2020)

Destacando de esto, lo que nos es obvio en Colombia, la existencia de un enorme problema de hacinamiento en las cárceles, y que, evidentemente, el fenómeno de la prisión preventiva, está contribuyendo a esto.

En Argentina:

Según el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (sneep) del Ministerio de Justicia de la Nación, al 31 de diciembre de 2018 había en las prisiones (federales y provinciales) del país 94.883 personas, representando una tasa de 230 personas por cada 100.000 habitantes. El 46% (43.597) de ellas se encontraba sin condena y la sobrepoblación se estimaba en un 22%, aunque varía entre los distintos sistemas. (De Justicia, 2020)

Resaltando de lo anterior, que el 46% de la población carcelaria, que tiene un 22% de hacinamiento, se encuentra privada sin una condena, o absolucón, que determine su situación.

En Chile

A marzo de 2020, 42.000 personas se encuentran en recintos carcelarios. Si bien no se tiene estadística oficial actualizada por tipo de delito, los últimos reportes de 2016 indicaban que el 22% lo estaban por delitos de la ley de drogas. Esta cifra podría ser mayor, ya que los informes de Fiscalía apuntan a un aumento en el número de condenados por este delito (Según el último informe del Observatorio del Narcotráfico en Chile (2018) de 7.275 personas condenadas en 2007 se pasó a 127.10 personas en 2017). (De Justicia, 2020)

Sobre lo anterior, se debe profundizar en la ley No. 20.000²⁰, la cual contiene una regulación muy estricta para las drogas en territorio chileno. La promulgación de esta ley, según el dato anterior, ha incrementado el número de personas en prisión, lo cual hace que se incremente el número de personas recluidas en calidad preventiva. Actualmente, la situación de más de 14.000 personas, de las 42.000 que están en prisiones chilenas, sigue siendo aquella de detención preventiva. (De Justicia, 2020)

En Venezuela:

Aunque no existen estadísticas oficiales publicadas, según diversas fuentes, el número de personas encarceladas en los distintos centros de privación de libertad dependientes del Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario está alrededor de los 40.000 reclusos. Una cantidad similar se encuentra en centro de detención policial, fuera de la jurisdicción del ministerio y de sus propias estadísticas. Aproximadamente 20.000 personas están sujetas a alguna medida alternativa que implica permanencia residencial. (De Justicia, 2020)

²⁰ Ley No. 20.000 de Chile, por la cual se sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

En Venezuela hay una situación de Estado de cosas fallidas, en todo el espectro, desde la economía, a la política, a la vida en sociedad. Nada distinto con la situación carcelaria. Venezuela está atravesando uno de los regímenes más restrictivos de la modernidad, y la persecución política a la oposición, ha resultado en el aumento de reclusión tanto preventiva como definitiva.

En Perú:

De acuerdo con el Instituto Nacional Penitenciario (inpe), hay 97.500 personas privadas de la libertad en 68 penales del país con capacidad de albergue solamente para 40.600 internos, lo que significa una sobrepoblación del 138%. La mitad de las personas presas no han sido condenadas, 51% en calidad de procesados.

En Perú, la situación es igual de preocupante, y se redonda en el hecho de que, de los 97.500 presos, más de la mitad, el 51%, están reclusos en calidad de procesados.

Es justo afirmar que el uso arbitrario y excesivo de la prisión preventiva, y en términos generales la detención sin sentencia judicial, que se da a nivel mundial, es una de las crisis de derechos humanos más ignoradas de la actualidad.²¹

En conclusión, las directrices que emanan las cartas políticas son obsoletas, si no vienen acompañadas del compromiso ciudadano que requieren. En eso consiste el contrato social, el compromiso que se adquiere con el Estado por permanecer en él, y en este caso, es el de sentirse valioso, sentir al prójimo valioso y, conceder el beneficio de la duda, para de esa forma, hacer valer la presunción, de que ante una acusación, en primer lugar está la presunción de inocencia, la dignidad y el valor individual, hasta que una sentencia judicial, proferida con los lineamientos legales correspondientes, diga lo contrario.

²¹ Como lo establece The Open Society Justice Initiative, fundada por George Soros, reconocida por ser la organización privada, de mayor financiación a grupos independientes que trabajan por la justicia, así como por la democratización de los estados y los derechos humanos.

2.1 Los juicios paralelos o justicia mediática.

Ahora bien, la presunción de inocencia no solo se enfrenta contra esta incoherencia legal, sino que también contra un actor externo que juega un papel fundamental en el atropello sistemático del derecho a la libertad, al honor y a la buena reputación de las personas: Los medios de comunicación y la distribución masiva de información. En la actualidad, sobre el rol de los medios de comunicación en las sociedades, hay consenso en cuanto a que es igual de relevante a cualquiera de los poderes estatales, y, cuando los medios de comunicación se encuentran politizados, como suele suceder, se puede entender la división del poder estatal en 4: Legislativo, ejecutivo, judicial, y medios de comunicación.²²

De allí, que se desprenden los *juicios paralelos*, que según Espín Templado (2004), por juicio paralelo:

*Debe entenderse el conjunto de informaciones aparecidos a lo largo de un periodo de tiempo en los medios de comunicación, sobre un asunto sub iudice a través de los cuales se efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos materia de investigación judicial. Tal valoración se convierte ante la opinión pública en una suerte de proceso.*²³

Cuando los medios señalan, o dan a entender que alguien es culpable de determinada conducta, se genera el fenómeno de la estigmatización ²⁴(Quispe Farfán, 2004), que en muchos casos es peor que la propia condena de prisión que la persona podría merecer. Y, es aún peor, cuando, como dice Roxin (citado por Quispe, 2004) “(...) los medios de comunicación pueden falsear la decisión en

²² El término cuarto poder, se le atribuye al escritor y político irlandés Edmund Burke, quien lo utilizó para referirse a la prensa ante el parlamento británico, diciendo que este era el más importante de todos.

²³ Eduardo Espin Templado, en su artículo para la Revista Poder Judicial de España, llamado *En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales*, brinda aquella definición de juicio paralelo.

²⁴ Fany Soledad Quispe Farfán, autora peruana, reconocida por su libro: “*PRESUMIRSE INOCENTE, SENTIRSE LIBRE Y AMPARADO: MOMENTOS CLAVES PARA DEFENDER LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA*”

sí misma, influyendo en el juez, por ejemplo con una campaña de prensa en perjuicio o a favor del inculpado (...)". La incidencia potencial de este fenómeno en la imparcialidad de los jueces es verdaderamente preocupante.

Preocupa además, dice Espín Templado (2004), porque hoy en día no existe regulación alguna al fenómeno prensa/ justicia, entonces es prácticamente imposible evitarlo, y solo se podría reivindicar la presunción de inocencia cuando el fallo judicial se haya emitido. Es decir, cuando el posible daño ya estuviera hecho. Es un dilema jurídico, ya que la ausencia de regulación se puede atribuir al conflicto subyacente entre instituciones constitucionales como la libertad de prensa, y demás libertades de expresión, con los derechos de las partes dentro de un proceso jurisdiccional y la integridad del proceso.

Francisco Leturia (2017), describe el fenómeno de los juicios paralelos o mediáticos, de esta forma:

Para intentar delimitar su significado, diremos como primera aproximación, que el concepto de juicio paralelo podría vincularse al seguimiento publicitado de un hecho aparentemente delictivo"²⁵.

A ello, le añade:

Esta primera definición no describe necesariamente una actividad negativa, pues podría corresponder a un correcto ejercicio de la actividad periodística, realizado bajo el amparo de la libertad de información, sobre asuntos de interés público (los procesos judiciales), que son además cubiertos por la exigencia de la publicidad procesal.

²⁵Francisco Leturia, doctor en derecho de la Universidad de Salamanca, en su investigación sobre los juicios mediáticos llamada: *La problemática de los juicios paralelos en la jurisprudencia y doctrina española*.

A lo cual, en ese primer momento, el juicio paralelo podría entenderse como algo complementario o consustancial a una sociedad democrática (Leturia, 2017). No obstante, para el derecho y la doctrina, el concepto de juicio paralelo tiene una connotación negativa y, como dice el autor, solo se debe utilizar para describir escenarios jurídicos en los cuales garantías constitucionales como la presunción de inocencia, el honor, la intimidad, la independencia e imparcialidad del juez, entre otras, se han visto afectadas por la prensa.

La anterior definición, incorpora entonces una delimitación a lo que se debe entender por juicio paralelo, toda vez que, como dice el autor:

(...) la difusión realizada por la prensa de pruebas, hechos delictuales, desarrollo del proceso y probabilidades de que los intervinientes sean declarados culpables o inocentes, en forma paralela al trabajo judicial, es fundamental tanto para la garantía del juicio justo como para el proceso democrático. (Leturia, 2017)

Queriendo decir que no se trata de abolir la labor periodística, sino de diferenciar cuales de esos actos periodísticos se adecuan a la definición acordada doctrinalmente de juicio mediático, y que, en aras de respetar el derecho a la prensa, y demás derechos de expresión ciudadana,

(...) parece más útil identificar aquellas acciones comunicativas e informaciones que implican afectaciones ilegítimas a bienes jurídicamente protegidos, lo que a su vez facilitará la compatibilización, en la mayor medida posible, de los derechos en juego. (Leturia, 2017).

Hoy en día, con la globalización y la distribución masiva de información, el problema de la justicia mediática ha aumentado de manera drástica. Las redes sociales, especialmente, han creado una plataforma para que todos puedan expresar sus opiniones y posturas libremente, y además, que estas puedan ser vistas por millones de usuarios a nivel mundial. Ahora, no solamente están los

medios de comunicación emitiendo juicios de valor, sino que, desde las mismas plataformas sociales, se está condenando y negando a las personas, su beneficio a la duda.

Los tribunales, por lo menos, le brindan la oportunidad al investigado de restablecer su honor ejerciendo el mecanismo de revisión de sentencia en una segunda y, a veces, tercera instancia. Frente a un juicio periodístico, o una multitud en twitter, no existe recurso alguno.

2.2 Jurisprudencia en el derecho internacional

En el ámbito del derecho internacional, se expondrán una serie de decisiones proferidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los cuales se ha protegido el derecho en cuestión. Para comenzar, el orden jurídico de las normas relativas al tema de análisis en el escenario internacional:

1. Declaración Universal de las Naciones Unidas.

*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. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.*²⁶

2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

*Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable (...).*²⁷

3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

²⁶ Artículo 11, párrafo 2.

²⁷ Artículo XXVI

*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*²⁸

4. Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969.

*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. (...) Criterio incluso que fuera analizado por la Corte Interamericana en el caso Cantoral Benavides en donde se estableció una clara violación a éste instrumento y ordenamiento al condenar a una persona sin prueba plena de su responsabilidad, además de haber sido exhibido ante los medios de comunicación.*²⁹

5. Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra, en 1955.

*El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia.*³⁰

6. El Comité de Derechos Humanos, establece a la presunción bajo tres dimensiones:

- a. *Derecho humano de las personas a la presunción de inocencia, siempre y cuando no se demuestre lo contrario.*
- b. *Impone la carga de la prueba al acusador; y*
- c. *Garantizar que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación, fuera de toda duda razonable, es decir, que el acusado tenga el beneficio de la duda.*³¹

²⁸ Artículo 14.2

²⁹ Artículo 8.2.

³⁰ Artículo 84, párrafo 2.

³¹ Observación general 32, artículo 14.

2.2.1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Ürfi Çetinkaya vs Turquía

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entiende que el campo de aplicación de la presunción de inocencia, trasciende el escenario jurídico, es decir, los tribunales (Camacho Belmonte, 2017)³². Para el tribunal, la presunción de inocencia debe ser protegida también, en la medida que sea posible, frente a la prensa y la opinión pública (Camacho Belmonte, 2017), tal y como está explicado en *Los juicios paralelos o justicia mediática*. Además, dice que las instituciones estatales tienen un deber especial de proteger este derecho, y no deben contribuir al flujo de información que posteriormente puede terminar en la estigmatización o deterioro de la reputación de las personas.³³ (Camacho Belmonte, 2017).

En este caso, está el señor Ürfi Çetinkaya, quien fue detenido en 2003 por tráfico de estupefacientes. El investigado fue puesto en prisión preventiva por las fuertes sospechas que lo vinculan al delito, naturaleza y gravedad de la posible infracción. El día 5 de diciembre de 2004, el comando general de la policía de Estambul, publicó un comunicado de prensa, previo a ser proferida una sentencia judicial, en el que se decía que se había incautado un sitio de producción de heroína y que esto parecía estar vinculado con “*el traficante internacional de droga Ürfi Çetinkaya*.”³⁴ (Sentencia ECHR 23-7-2013).

Posteriormente, tras años en prisión sin sentencia ejecutoriada, el señor Ürfi Çetinkaya, a través de sus apoderados, decide demandar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, a lo que el tribunal accede, ratificando su

³² María Camacho Belmonte, en su ponencia sobre *La presunción de inocencia: Dificultades de aplicación*, en el XVIII Seminario Internacional de Filosofía y Derecho Penal, Univ. de León, 2017.

³³ Camacho Belmonte citando la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en distintas sentencias, como la STEDH 23-7-2013 y la ECHR 23-7-2013.

³⁴ Sentencia ECHR 23-7-2013, *Ürfi Çetinkaya vs Turquía*.

línea jurisprudencial sobre la interpretación³⁵ de la de presunción de inocencia en un sentido amplio:

La publicación en prensa, por parte de la policía, acusando a un sujeto de traficante de drogas internacional, cuando se trataba de un sospechoso aún no condenado, fue una conducta contraria al derecho del artículo 6.2³⁶; pues el acusado no puede ser declarado culpable públicamente con carácter previo a su condena. (Sentencia ECHR 23-7-2013).

Si bien el tribunal local de Estambul halló a Ürfi Çetinkaya culpable por una serie de delitos relacionados al tráfico de drogas, en especial de heroína, castigó e instauró los correctivos necesarios al estado de Turquía, toda vez que sus mismas instituciones estaban afirmando que Ürfi Çetinkaya era un traficante de droga internacional, cuando aún estaba en prisión preventiva, y no se había fallado en su contra.

2.2.2 Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Francisco Lizaso Azconobieta vs España

El día 5 de junio de 1994, fue detenido el señor José Francisco Lizaso Azconobieta, en una operación llevada a cabo por la Guardia Civil española, por delitos relacionados con terrorismo, por su presunta participación en el grupo terrorista E.T.A. En ese mismo operativo, fue detenido el demandante, junto con otro señor llamado Francisco Ramón Uribe Navarra.

Tres días después, el día 8 de junio de 1994, el Gobernador Civil de Guipúzcoa, convocó a una rueda de prensa para dar los detalles de la operación. En la rueda de prensa, afirmó que el señor Lizaso Azconobieta pertenecía al grupo terrorista E.T.A, al comando Kirruli, y que se tenía certeza, de que había participado, por lo menos, en 3 atentados distintos³⁷. La rueda de prensa, fue llevada

³⁵ La misma línea del Libro Verde sobre la presunción de inocencia de la Comisión Europea de 26-4-2006.

³⁶ Artículo 6.2 del Convenio para la protección de derechos humanos: *Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.*

³⁷ Hechos obtenidos de la demanda No. 28834/08, *Asunto Lizaso Azconobieta vs. España*.

a cabo de manera precipitada, sin que las medidas previas a la acusación, fueran saneadas (precisión, cautela y constatación.)³⁸

El día 10 de junio de 1994, el señor Lizaso Azconobieta, fue puesto en libertad y se retiraron los cargos imputados, por instrucción del Juez 5to de la Audiencia Nacional. Así mismo, como lo dice la sentencia del TEDH, *el demandante no fue acusado posteriormente de ningún delito o crimen.* (Lizaso Azconobieta vs España, 2011).

El día 11 de junio de 2008, el señor Lizaso Azconobieta, acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras una larga batalla legal, desde 1994, con la jurisdicción interna española, por los delitos de injuria y calumnia, en la cual no había podido tener éxito alguno porque según los tribunales españoles, las declaraciones del Gobernador Civil *no tenían como objetivo atentar contra el honor del demandante, sino informar a la opinión pública de la operación policial.*³⁹

En la demanda presentada ante el TEDH, el demandante alega la vulneración del artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

EL 28 de junio de 2011, el TEDH, ratificó su línea jurisprudencial, que entiende el principio de la presunción de inocencia como algo más que una garantía procesal, y que trasciende el escenario procesal, diciendo que: *si bien la libertad de expresión y comunicación implica la posibilidad de poder hacer públicos los elementos objetivos del proceso, en cualquier caso, dichos elementos deben estar exentos de toda apreciación o prejuicio de culpabilidad.* (Institut de Drets Humans de Catalunya, citando al TEDH, 2011), ya que, el Gobernador pre juzgó los hechos, sin que, tan siquiera, un órgano judicial se hubiera pronunciado al respecto. El Tribunal, accediendo a las

³⁸ Así lo narra el Institut de Drets Humans de Catalunya, en su artículo: *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena a España por violación del derecho a la presunción de inocencia*

³⁹ Auto del 12 de diciembre de 1994, proferido por el Juez de instrucción No. 3 de San Sebastián, negando que las declaraciones del Gobernador Civil, hubieran constituido una violación a la presunción de inocencia.

pretensiones del demandante, ordenó al Estado Español a un pago de 12.000 euros, por concepto de daños morales, y 6.400 euros, por concepto de gastos y costas procesales⁴⁰.

2.3 Núremberg

Para este ejemplo, se hará un recorrido hasta la década de los 40, para hablar del papel de la presunción de inocencia en los Tribunales de Núremberg. Los juicios de Núremberg fueron una serie de procesos judiciales llevados a cabo después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, por iniciativa de los aliados vencedores de la guerra, en los que se determinó la responsabilidad penal a los dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen Nazi.

En el desarrollo de estos procesos, emergieron una serie de cuestionamientos legales, ya que para ese entonces no se había desarrollado el concepto de crimen de lesa humanidad. Los juristas de la época, debatían sobre el posible incumplimiento al principio de legalidad, ya que no había ley penal internacional. Por ende, se cuestionó la ausencia de tipicidad, toda vez que los delitos llamados crímenes de guerra, contra la paz y humanidad, carecían de desarrollo jurídico. Además, sobre el principio del juez natural, se dijo que nadie podía ser juzgado por comisiones especiales o jueces que no fueran designados por la ley, previo al hecho. Por último, la falta de pruebas no vencía la duda razonable.⁴¹ (López Soria, 2021)

Lo anterior, serviría como defensa a las acusaciones contra los alemanes investigados, a lo que el fiscal británico Hartley Shawcross contra argumenta con lo siguiente:

⁴⁰ El Tribunal, por unanimidad declaró: 1. Declara la demanda admisible; 2. Dice que ha habido vulneración del artículo 6 § 2 del Convenio ; 3. Dice a) que el Estado demandado debe abonar al demandante, en tres meses a partir del día en que la sentencia sea definitiva conforme al artículo 44 § 2 del Convenio, las siguientes cantidades: i. 12.000 EUR (doce mil euros) por daños morales; ii. 6.400 EUR (seis mil cuatrocientos euros) por gastos y costas, más cualquier importe que pueda ser debido en concepto de impuesto sobre dichas cantidades; b) que a partir de la expiración de dicho plazo y hasta el pago, este importe será incrementado por un interés simple calculado conforme al tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo aplicable durante este período, incrementado en tres puntos de porcentaje; 4. Rechaza la demanda de satisfacción equitativa en todo lo demás.

⁴¹ Yudith López Soria, para la Revista Universidad y Sociedad, Ecuador, en su artículo llamado: *Los juicios de Nuremberg, análisis de su enfoque a la culpabilidad*.

Aunque los perseguidos en Núremberg se basaban en una estrategia positivista para defenderse en cuanto al problema de la retroactividad de las leyes aplicadas al caso, otra posible estrategia para rechazar estos argumentos podía partir de la teoría del iusnaturalismo. En efecto, una simple respuesta podía ser dada a estos argumentos, en cuanto que existen comportamientos que una persona sabe que no puede hacer o por cuya realización sabe que se puede ver castigada duramente, ya estén expresamente prohibidos o no. Podría tratarse de actuaciones que van en contra de la ley moral o simplemente de ofender sensibilidades fundamentales de todo ser humano civilizado, la consecuencia es la misma: en el extremo comportamiento del hombre, no es necesario que exista una anterior prohibición legal.⁴² (López Soria citando a Shawcross, 2021)

En ese orden de ideas, los tribunales de Núremberg fueron fundamentales para la creación del derecho penal internacional, como dice Rainer Huhle, *“a partir de estos sucesos fue que comenzó a hablarse de Derecho Internacional Humanitario, de crímenes de lesa humanidad, de derechos humanos reconocidos en una Declaración, así como de crímenes contra la paz”*⁴³ (Huhle, 2005), lo que invocó la presunción de inocencia y su necesaria incorporación a las reglas de juego del Derecho Internacional Humanitario. Hartley Shawcross, en su misma intervención, dijo:

Los tribunales también establecieron importantes principios de derecho internacional como la responsabilidad de jefes de Estado, el rechazo total de la excusa que servía de argumento para la defensa de cualquier acusado de “solo seguía las órdenes”, la debilidad del argumento sobre la aplicación retroactiva de normas cuando se trata de crímenes de lesa humanidad o de genocidio. Pero, también, se destacó en estos juicios, el

⁴² Harley Shawcross, fiscal británico, fue el principal fiscal para el Reino Unido en los juicios de Nuremberg.

⁴³ Rainer Huhle, 2005, en: De Nuremberg a La Haya: los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Revista Coyuntura.

principio y el derecho a un juicio justo para cualquier criminal de guerra. (Lopez Soria citando a Shawcross, 2021).

Incluso en instancias críticas del derecho, como lo fue responsabilizar a los perpetradores de las atrocidades cometidas en la segunda guerra mundial, la presunción de inocencia equilibró la balanza entre el afán de castigar y las reglas de un juicio justo. En uno de los casos asignados a jueces norteamericanos, *Estados Unidos vs Flick, et als*, se dijo lo siguiente:

Algunas garantías escritas en la Constitución y en los estatutos de los Estados Unidos para las personas acusadas por crímenes, entre otras la presunción de inocencia; la regla de que la convicción depende de la prueba del crimen llevada más allá de una duda razonable; y el derecho del acusado a ser aconsejado y defendido por un abogado, son reconocidos, como ligadas al Tribunal de la misma manera que fueron reconocidas por el Tribunal Internacional Militar (IMT). Esto no es porque estén incluidos en la Constitución y en las leyes de los Estados Unidos sino porque están profundamente enraizados en nuestro sistema anglo- americano de jurisprudencia como principio de un proceso justo.
(Estados Unidos vs Flick, et als.)

La introducción de la presunción de inocencia en los tribunales de Núremberg, no puede ser visto como una blandes, todo lo contrario, debe ser visto como la ejecución del derecho en el más estricto sentido, como lo ameritaba la ocasión. El mensaje detrás del respeto a la presunción de inocencia, en Núremberg, es una de las realizaciones más grandes en la historia del derecho, y es, que si bien en este mundo existen personas capaces de cometer barbaries como las de la Segunda Guerra Mundial, los competentes para administrar la justicia, no pueden ceder el terreno del juicio justo, el que todos aspiran tener llegado el momento, por el simple goce de la retaliación.

3. Conclusiones

La detención preventiva constituye un instrumento polémico, con corrientes doctrinales que abogan por su aplicación con argumentos que justifican su necesidad al ser una herramienta procesal que respeta los fines constitucionales del debido proceso así como la correcta administración de justicia. De la misma forma, está la corriente opuesta que niega su naturaleza debido a que no hay diferenciación entre los fines de la pena y la detención preventiva. La ven como un detrimento a la igualdad de armas entre el ente acusador y el imputado que se encuentra recluso sin la capacidad de defenderse en las mismas condiciones que su contraparte.

La posición que plantea esta monografía se ubica en un punto intermedio entre dichas corrientes, pues se considera que la aplicación de la medida en la actualidad está desbordada y sin límites claros a la hora de que el juez realice el test de proporcionalidad para decretar esta medida. La cantidad de criterios auxiliares que han sido añadidos a su origen, le ha asignado fines propios de la pena a una herramienta que nació como una excepción a la libertad personal. Es preocupante la falta de rigor técnico del legislador en el momento de realizar consideraciones peligrosistas basado en populismo punitivo, pero sin criterios científicos que legitimen sus decisiones. El contenido político de ese populismo punitivo está permeado en gran medida por la participación de los medios de comunicación, que actualmente representan un poder desequilibrante para la imparcialidad de cualquier juez, que antes que nada, son seres humanos. Por otro lado, hay que tener presente la realidad colombiana, y es que el hacinamiento carcelario es una crisis humanitaria cada vez más grave. Por otro lado, más cárceles y más penas, ya se ha demostrado que no es un elemento disuasivo para la delincuencia y el crimen. Soluciones simplistas a problemas tan profundos como la falta de educación, oportunidades, familias disfuncionales, culturas narco, no se van a solucionar con el aumento de las penas. Son problemas integrales como sociedad que se

deben abordar desde la infancia para tener en un futuro, adultos íntegros que puedan vivir en sociedad. Por esto, la aplicación de la detención preventiva como se está haciendo en la actualidad, es una posición que se aparta de este escrito. Pero, su eliminación absoluta, tampoco parece ser una solución realista que se ajuste a la realidad colombiana. Desafortunadamente, Colombia se ha caracterizado por ser un país violento donde el conflicto armado siempre ha acompañado su historia, desde guerras civiles entre conservadores y liberales, hasta revoluciones guerrilleras armadas, narcotráfico, delincuencia organizada, entre muchas otras. Es por esto, que es innegable que hay actores y situaciones donde se hace necesario decretar la detención preventiva con el fin de proteger el proceso. Se debe aplicar la medida, volviendo a sus raíces de excepción, para crímenes y situaciones que realmente lo ameriten.

En cuanto al principio de la presunción de inocencia, se concluye que es un principio que requiere un alto compromiso por parte de la ciudadanía y los funcionarios de la administración pública, ya que se sostiene la idea de que el principio trasciende el escenario jurídico y normativo. Quispe (2004), dice: *“Lamentablemente, una reforma que privilegie la presunción de inocencia no es sólo normativa”*, aludiendo así al fuerte componente ético que debe acompañar a las sociedades que asumen este principio como fundamental en sus cartas políticas.

Acogiendo lo que expresa Quispe Farfan (2004), se propone ser estrictos con la reglamentación de indemnización de perjuicios, para las personas que se les haya sido violada alguna garantía constitucional dentro de un proceso, ya que según el mismo autor: *“el derecho empieza en la Constitución y todo lo que la infrinja, incluidas las actuaciones o las omisiones de los poderes públicos, deben también considerarse contrario al orden jurídico.”*

En cuanto al rol del principio de la sociedad, surge la necesidad de incorporar este principio en todos los ámbitos profesionales, no solo en el derecho. Un correcto énfasis, desde una temprana

edad, sobre la importancia de respetar el buen nombre de los demás, y aprender a conceder beneficio de la duda a través de la confianza, aumentará indudablemente el nivel de consciencia colectiva que se tiene sobre el principio de presunción de inocencia, abriendo las puertas, para que las sociedades del futuro, lo hagan mejor que ahora.

Este compromiso se traslada también, a los medios de comunicación, los cuales juegan un papel fundamental. Los intereses económicos y el sensacionalistas, no pueden primar sobre el principio fundante de las civilizaciones democráticas, y para aquellos medios que incurran en ese error, se les debe castigar con sanciones económicas (Quispe, 2004).

Por último, el principio de la presunción de inocencia es: el contrapeso al poder inconmensurable del Estado, el reconocimiento del individuo, el respeto por el ser humano, el beneficio de la duda que todos merecen, y sobre todo, el rechazo a culturas inquisitivas. Es el ideal democrático plasmado en las normas.

4. Bibliografía

1. Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
2. López, G. J. (2015). *La inconstitucionalidad de la detención preventiva*. Bogotá.
3. Jimenez, H. L. (1983). *De la captura a la excarcelación*. Bogotá.
4. Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos aires: del Puerto.
5. Velásquez, F. (2005). Colombia: ¡hacia un derecho penal expansionista! . *Revista Berbiquí*.
6. Berdugo, I. (2004). *Curso de Derecho Penal; parte general*. Barcelona.
7. Congreso, d. l. (2002). *Gaceta del Congreso*. Bogotá.
8. Lascurraín, J. (2009). Prisión provisional mínima.
9. Beccaria, C. (2000). *De los delitos y las penas*. Bogotá.
10. Londoño, H. (1983). *De la captura a la excarcelación*. Bogotá: Temis.
11. Vélez, L. (2012). *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo pen*. Medellín.
12. Sanguiné, O. (2003). *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia.
13. Derecho, M. d. (2012). *Comisión Asesora de Política Criminal. Informe Final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*.
Obtenido de e https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NON.pdf
14. Zuluaga, J. (2013). Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo pena. *Cuadernos de Derecho Penal*.
15. Martinelli, J. P. (2013). *UNA LECTURA UTILITARISTA DEL DERECHO PENAL MÍNIMO*.
Obtenido de

[https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12528/AD_17_2013_art_25.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=La%20visi%C3%B3n%20utilitarista%20del%20derecho,un%20mero%20elemento%20de%20c%C3%A1lculo.&text=Ese%20fin%20que%20debe%20lograrse,interpretarse%20de%](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12528/AD_17_2013_art_25.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=La%20visi%C3%B3n%20utilitarista%20del%20derecho,un%20mero%20elemento%20de%20c%C3%A1lculo.&text=Ese%20fin%20que%20debe%20lograrse,interpretarse%20de%20)

16. Londoño, H. L. (2003). La detención preventiva en las Jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001. *Revista nuevo foro penal*.
17. Roxin, Gunther, Tiedemann, . (2003). Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal. : Ariel. PG 169- 170
18. Maier, J. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino*. Argentina: HAMMURABI.
19. IDEA, (2019). The Global State of Democracy 2019.
20. Centro de Estudios de Derecho, Justicia, y Sociedad, . (2020). Del Miedo a la Acción: Aliviar el Hacinamiento Carcelario. Editorial de Justicia, (002)
21. Open Society Justice Initiative, (2014). Presunción de culpabilidad: EL uso excesivo de la prisión provisional a nivel mundial.
22. Álvarez-Peralta, M. (2016). “Informar sobre el informador. Crítica de la conceptualización del sistema mediático desde el modelo del ‘cuarto poder’.”, en *Perspectivas de la Comunicación*, Vol 9, nº 2. pp. 93-109.
23. Espín Templado, Eduardo, (2004), “En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de “Noticias Judiciales” en *Revista Poder Judicial de España*, No. Especial XIII. Madrid, Consejo General del Poder Judicial de España

24. Huhle, R. (2005). De Nuremberg a La Haya: los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, *Revista Coyuntura*, 18 (55), 20-38.
25. Quispe, F. (2004). *PRESUMIRSE INOCENTE, SENTIRSE LIBRE Y AMPARADO: MOMENTOS CLAVES PARA DEFENDER LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA*". Perú.
26. Leturia, Francisco. (2017). La problemática de los juicios paralelos en la jurisprudencia y doctrina española. *Ius et Praxis*, (2).
27. Camacho Belmonte, M. (2017). La presunción de inocencia: Dificultades de aplicación. España.
28. Lopez Soria, Y. (2021). Los juicios de Núremberg. Análisis de su enfoque a la culpabilidad. *Revista Universidad y Sociedad*, (13)