

PRESUNCION DE INOCENCIA

Dr. Jairo Parra Quijano
Profesor de las Universidades
Nacional y Externado de Colombia
Distinción: "Docencia Excepcional" de la
Universidad Nacional de Colombia

1. TEXTO CONSTITUCIONAL

El inciso 4o., del artículo 29 de la Constitución Nacional, establece: "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable".

Está consagrado en nuestra Constitución como un derecho fundamental.

2. LA PRESUNCION DE INOCENCIA EN LA DECLARACION DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

La declaración de derechos francesa, viene a cristalizar las ideas defendidas por los pensadores de la ilustración.

En el año de 1764, César Beccaria, publica su libro **De los Delitos y de las Penas**, que recoge todo lo que pensaba sobre tan delicado tema. "Parte en su libro de una visión muy crítica del proceso de tipo inquisitivo, dentro del cual, el imputado es tratado como culpable de tal manera, que, si quiere eludir la condena, se verá en la necesidad de probar su inocencia"¹.

¹ VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*. Editorial La Ley, Madrid (España) 1993, página 15, número 2.

No acepta Beccaria que una persona se le pueda tener como culpable sin haberse establecido la misma².

De cara al tema que nos ocupa, el libro de Beccaria, causó un profundo impacto en toda Europa. Sus planteamientos ejercieron gran influencia. El filósofo Voltaire, igual que Beccaria, consideraba "que el proceso penal de tipo inquisitivo trataba al inculpado como si hubiera sido juzgado culpable". "De la misma manera, el filósofo francés ve en el tormento y en la prisión provisional las dos más importantes manifestaciones del fenómeno consistente en tratar al inculpado como si ya se hubiera declarado su culpabilidad. Voltaire recoge el argumento de Beccaria según el cual, el tormento es rechazable, porque supone la imposición de una terrible pena a quien todavía no ha sido declarado culpable. También Voltaire concibe la prisión provisional como pena anticipada y reclama que se reduzcan al mínimo sus rigores"³.

Todo el ambiente creado por la obra de Beccaria, inclusive obligó a la Monarquía a realizar reformas y Luis XVI suprime el empleo del tormento en el año de 1780. En 1788, un edicto aborda una reforma urgente del procedimiento criminal⁴.

La revolución francesa, culmina el empuje iniciado con anterioridad y por sobre todo enriquecido por los pensadores de la ilustración. En la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo IX, se hace referencia expresa a la presunción de inocencia.

² Escribe BECCARIA: "...Una crueldad consagrada por el uso en casi todas las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, ya para obligarle a confesar un delito, ya por las contradicciones en que incurra, ya para el descubrimiento de los cómplices, ya por que no sé qué metafísica e incomprensible purgación de infamia, ya finalmente por otros delitos de que podría ser autor, pero de los que no es acusado".

³ Un hombre no puede llamarse reo antes de la sentencia de Juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando está decidido que él ha violado los pactos con que dicha protección le fue acordada. ¿Cuál es, por tanto, sino el derecho de la fuerza, el que le da a un juez la potestad de aplicar una pena a un ciudadano mientras se duda si será reo o inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o incierto: Si es cierto, no le corresponde más pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto no se debe atormentar a un inocente, porque tal es según las leyes un hombre cuyos delitos no se han probado (Capítulo XII, Del Tormento. Versión Castellana por Pascal Vincent. Madrid, 1879, página 71). VEGAS TORRES, Jaime. Ob. Cit., página 18.

⁴ VEGAS TORRES, Jaime. Ob. Cit., página 18.

3. EL ARTICULO 27.2 DE LA CONSTITUCION ITALIANA. LAS ESCUELAS ITALIANAS EN TORNO AL MISMO

El artículo 27.2 de la Constitución italiana, reza: "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva".

No hay, en la frase transcrita una referencia expresa a la presunción de inocencia.

Es necesario, para mostrar toda la importancia de la presunción hacer un buceo con algún detenimiento en las Escuelas Penales. Procedemos a ello:

3.1 Escuela clásica:

GIOVANNI CARMIGNANI, sostiene que como los juicios públicos, tienen por objeto que se inflinjan las penas establecidas en la ley, no debe existir mayor arbitrio para el que juzga. Al establecer las formas el legislador debe con ellas tratar de proteger más la inocencia que la represión del delito. Se "debe tener más en cuenta la defensa de la inocencia que el castigo del delito"⁵.

3.2 Carrara:

El planteamiento de Carmignani, logra mayor desarrollo con Carrara, con el planteamiento llamado "dualista": Castigar a los delincuentes, por un lado, y evitar que sean castigados los inocentes, por otro.

Carrara, amplía en forma fundamental el campo de acción de la presunción de inocencia. La presunción de inocencia se convierte "en un principio estructurador

⁵ CARMIGNANI, Giovanni. *Elementos de Derecho Criminal*. Editorial Temis, 1979. Bogotá, Colombia, página 180.

En el Título 11. Naturaleza de los Juicios Criminales. Consecuencias generales de la definición de juicios públicos. "Los juicios públicos tienen por objeto el que se inflija la sola pena conminada por la ley. Por lo cual se necesita que los juicios criminales sean de tal naturaleza, que concedan el menor arbitrio posible a quien deba juzgar. Puesto que el fin de los juicios públicos es descubrir no solo los delitos sino también la inocencia, conviene que el legislador, al establecer los métodos, no conceda más a la represión del delito que a la protección de la inocencia. Al contrario, puesto que los derechos naturales, en lo que no toca con el orden esencial de la sociedad, prevalecen con mucho sobre los derechos políticos, se debe en todos los casos tener más en cuenta la defensa de la inocencia que el castigo del delito. La base de los juicios públicos es la imputación criminal, y como ésta es un juicio alrededor de cosa de hecho, los juicios criminales, para que correspondan plenamente a su objeto, deben admitir solo aquellas clases de prueba aptas para suministrar un criterio de verdad histórica".

que extiende su eficacia sobre el proceso penal en su conjunto. Todo el proceso penal se pone al servicio de la presunción de inocencia: "Cuando (la doctrina criminal) prescribe estricta adhesión a la competencia; leal, completa y oportuna intimación de los cargos; moderación en la custodia preventiva; plenitud de prueba; prudencia en cuanto a la veracidad de los testigos; condiciones para la legalidad de las confesiones; exclusión de toda sugerencia, de todo fraude, de todo artificio doloso que pueda darle a lo falso aspecto de verdad; crítica imparcial en la apreciación de los indicios; libérrimo campo para el ejercicio de la defensa; amplio trato para los abogados; formas sacramentales para la sentencia; recursos de apelación y de revisión; en una palabra, cuando prescribe todo cuanto ella ordena como condición absoluta para la legitimidad del procedimiento y del juicio, no pronuncia sino estas solas palabras: "Haced esto, porque el hombre de quien vosotros sospecháis es inocente, y no podéis negarle su inocencia mientras no hayáis demostrado su culpabilidad, y no podéis llegar a esa demostración si no marcháis por el camino que os señalo"⁶.

Ferri sostiene⁷ que así como desde Beccaria se han disminuido las penas como reacción "contra la severidad empírica y exagerada de las represiones de la Edad Media", igualmente el procedimiento penal de nuestro siglo se ha caracterizado por arremeter contra los abusos del sistema inquisitorial de la edad media "en la dirección de un aumento incesante de las garantías individuales contra el poder social".

Afirma que se ha exagerado en la defensa de los derechos del individuo en perjuicio de la defensa social⁸. Dice también que la presunción de inocencia y con ella la regla general –in dubio pro reo– tiene un fondo de verdad y hasta es obligatoria "cuando se trata del período preparatorio del juicio, o sea del procedimiento de instrucción, y no existen todavía contra el que es objeto de la información más que simples **suposiciones** o indicios".

⁶ CARRARA. *Derecho Penal y Procedimiento Penal, de Opúsculos de Derecho Criminal*. Cita y comentarios tomados del libro "Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal" de VEGAS TORRES, Jaime, página 23.

⁷ *Sociología Criminal*. Madrid, Centro Editorial de Góngora, Tomo 2, páginas 193 y 194.

⁸ Y en este caso, del propio modo que en el derecho penal, aceptando de lleno los progresos realizados por la Escuela Clásica en la fijación de los límites del equilibrio entre el individuo y la sociedad, creemos sin embargo, preciso borrar las exageraciones, poco razonables y contrarias a la necesidad suprema de la defensa social; en el procedimiento penal, afirmando como conquistas irrevocables de la libertad individual las justas garantías aseguradas por el predominio del sistema acusatorio en la organización judicial, estimamos necesario, no obstante cumplir de nuevo nuestra misión de equilibrio entre los derechos del individuo y los de la sociedad, poniendo coto a inaceptables exageraciones. Estas proceden de que la escuela clásica, no ha distinguido la criminalidad atávica de la evolutiva, llevando por lo tanto al juicio de todas las formas de delincuencia de extensión de este individualismo.

La presunción de inocencia tiene una base positiva innegable: "Esta presunción, derivada de la necesidad de considerar a todo ciudadano como honrado mientras no se pruebe lo contrario, goza por ello de una base positiva incontestable. (Comprendiendo entre ellos a los que no son descubiertos), no son más que una escasa minoría en comparación con el número total de gente honrada".

La presunción debe "valer sólo en lo que se refiere a la prueba material del hecho perseguido, para la responsabilidad física del procesado que niega ser el autor del acto incriminado", y agrega: "...pero cuando se trata de un flagrante delito o de una confesión del procesado, confirmada por otros datos, esta presunción, que le es favorable, no me parece tener la misma fuerza lógica o jurídica". La presunción tiene todavía menos fuerza "cuando el procesado no es un delincuente ocasional que sucumbe por primera vez, o el autor supuesto de un acto ilícito ocasional, quien, hablando con más precisión entre los casos de delincuencia evolutiva, sino que es un reincidente, un delincuente de profesión, o bien el hecho en sí mismo, en sus motivos y circunstancias, revela un criminal nato o loco, y, para ser más preciso, el autor de una forma de criminalidad atávica"⁹.

3.3 Crítica a los planteamientos de Ferri sin hacer referencia a la delincuencia atávica o a la ocasional porque no es objeto de este trabajo:

Se debe afirmar que hay inconsistencias en el planteamiento del Maestro italiano. En efecto, afirmar que la presunción es válida cuando sólo hay indicios, significa negarle al indicio la calidad de prueba y colocarla en una hermandad peligrosa con la sospecha. Pero hay algo mucho más grave: Estrecha la noción de presunción de inocencia cuando la pone al servicio de un casuismo que le hace perder la carnadura filosófica que indudablemente tiene. Aún en la flagrancia, la presunción tiene labor que cumplir para justificar el decreto de pruebas, por ejemplo para saber sobre la normalidad o no, de quién se encontraba realizando el hecho, igual acontece con la confesión, etc.

⁹ La presunción de inocencia, ilógica cuando es absoluta y no hace distinción alguna, es sólo un aforismo jurídico que está bastante lejos de la realidad primitiva, de donde surgió en su origen por el procedimiento de momificación y de degeneración de las *regulae juris* que ha señalado Salvioi, y no es más que un caso especial de aquel juicio ideo-emotivo que Ferrero ponía en la base psicológica de los fenómenos de simbolismo, resolución por la cual el signo y la fórmula, al inmovilizarse, sustituyen a la cosa y a la idea, que contenían primitivamente. Por esta razón, eliminando esta presunción ilógica, en todos los casos y en todos los períodos del juicio en que esté en contradicción con la realidad misma de las cosas, se suprimirá todo fundamento a las demás disposiciones procesales que en ellas se inspiran y que son verdaderamente contrarias a las razones más claras de justicia y de utilidad social.

Tampoco es la presunción de inocencia, —como dice Ferri— “...sólo un aforismo jurídico que está bastante lejos de la realidad primitiva, de donde surgió en su origen por el procedimiento de momificación y de degeneración de las **regulae iuris** que ha señalado Salvio, y no es más que un caso especial de aquel juicio ideo-emotivo que Ferrero ponía en la base psicológica de los fenómenos de simbolismo, resolución por la cual el signo y la fórmula, al inmovilizarse, sustituyen a la cosa y a la idea que contenían primitivamente”. Todo lo contrario, la presunción de inocencia surge de la realidad, que nos enseña que la regla general es la inocencia, pero además, esa experiencia evita que se “fabrique mentalmente la sospecha” e impulsa a investigar si realmente se cometió el delito. Pero esa investigación estará informada por la anticipación de que la persona es inocente, inclusive cuando hacemos operaciones hipotetizadoras, anticipadoras, de muestreo, almacenadoras e integradoras. Más adelante, volveremos sobre este asunto.

3.4 Manzini:

“El interés fundamental que determina el proceso penal, es el de llegar a la punibilidad del culpable, es decir, el de hacer realizable la pretensión punitiva del Estado contra el imputado, en cuanto resulte culpable; no ya el interés de llegar a la proclamación de la inocencia o de la moralidad del inculpaado”.

Afirma que como la declaración de certeza sobre la culpabilidad de una persona, se debe hacer frente a un individuo reconocido como culpable, igualmente esa declaración puede ser negativa, pero ello “no siempre equivale a la declaración de certeza de la inculpabilidad del imputado” (ejemplo: Insuficiencia de pruebas). Afirma Manzini: “De ello se sigue que el proceso penal queda doblemente caracterizado, como medio de tutela del interés social de represión de la delincuencia, y como medio de tutela del interés individual y social de libertad”.

Afirma que las normas procesales penales tutelan principalmente el interés social relativo a la represión de los delincuentes. Este interés domina naturalmente, sobre el que es una consecuencia de él, el relativo a la libertad individual.

Considera un error afirmar que la finalidad del proceso penal es principalmente la de tutelar la inocencia¹⁰. Con relación a la tutela de la libertad individual, en la

¹⁰ Escribe: “La pseudo democracia de tipo francés, superficial, gárrula y confusionista en todo, ha cometido también aquí el desacierto de enturbiar los conceptos afirmando que la finalidad del proceso penal es principalmente la de tutelar la inocencia o que ella se asocia a la represión de la delincuencia (finalidades jurídicas), agregando también la intención (finalidad política) de dar al pueblo la garantía de la exclusión del error y de la arbitrariedad, Pero de este modo, se confunde la finalidad con los medios suministrados para conseguirla.

concepción de Manzini resulta protegida de contera y en efecto escribe: "Ahora bien, puesto que la finalidad del proceso penal es la de comprobar el fundamento de la pretensión punitiva del Estado, en el caso concreto, y no la de hacerla a toda costa realizable, es natural que, junto a los medios encaminados a declarar la certeza de la culpabilidad, se dispongan otros para evitar el error y la arbitrariedad, y que por tal camino, junto al interés represivo, encuentre tutela en el Estado Libre también el interés, eventualmente en peligro, de la libertad individual".

Sostiene que es equivocado el concepto que sostiene que el interés protegido por las normas penales en contraposición con el de la represión sea el interés de garantizar la inocencia, en lugar del relativo a la libertad individual.

"No es verdad que el proceso penal certifique siempre la inocencia, si no afirma la culpabilidad", por ejemplo, entre otros, cuando la culpabilidad queda en duda y se absuelve por insuficiencia de pruebas.

Con relación a la presunción de inocencia, afirma: "Si es erróneo, por tanto, el criterio de que las normas procesales penales estén esencialmente dirigidas a la tutela de la inocencia, más inexacta es aún la opinión de que en el procedimiento penal valga (más aún: "milite" como se dice en jerga forense), a favor del imputado una presunción de inocencia, por la que ese mismo imputado deberá ser considerado como inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena".

"Nada más burdamente paradójico e irracional".

Baste pensar en los casos de custodia preventiva, en el secreto de la instructoria y en el hecho mismo de la imputación. Puesto que esta última tiene por presupuesto unos suficientes indicios de delincuencia¹¹.

¹¹ Baste pensar en los casos de custodia preventiva, en el secreto de la instructoria y en el hecho mismo de la imputación. Puesto que esta última tiene por presupuesto unos suficientes indicios de delincuencia (artículo 74, segundo párrafo, 78, 252, 374) debería ella constituir, por lo menos, una presunción de culpabilidad. ¿Cómo admitir entonces que equivalga, en cambio, a lo contrario, esto es, a una presunción de inocencia? Por lo demás, la práctica de los juicios ha hecho y va haciendo justicia sumaria de tan extraño absurdo excogitado en Francia, donde, a la aparente genialidad o perspicuidad de una frase expresiva se sacrifica gustosamente la exacta noción de la esencia íntima de las cosas. Si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido: ¿Por qué entonces proceder contra él? Dice: Ahora bien, ¿se querrá admitir que la experiencia histórica colectiva enseñe que la mayor parte de los imputados sean inocentes? y además, ¿de qué inocencia se trata? ¿se presume acaso que el imputado no haya cometido el hecho material, o que no sea imputable moralmente a él? ¿o lo uno o lo otro a la vez? y entonces ¿por qué no se aplica el principio con todas sus lógicas consecuencias? ¿por qué no abolir la detención preventiva? ¿por qué no se admite al imputado a que se constituya en parte civil contra el querellante o el denunciante, injustos perseguidores presuntos de un presunto inocente?

Afirma que "las presunciones, por lo demás, son medios de prueba indirecta por los que se llega a un determinado convencimiento, absoluto o relativo, sobre la base de la experiencia común".

Afirma finalmente, con relación a la presunción de inocencia: "...La indicada presunción de inocencia no es justificable siquiera ni aún como correlativo de la obligación de probar la acusación que incumbe al acusador, ya porque de esta obligación no se sigue necesariamente que el imputado deba presumirse inocente, toda vez que la acusación misma está ya en parte probada por indicios, que determinaron la imputación, ya porque la prueba de la delincuencia pueda adquirirse por iniciativa del juez, ya, en fin, porque normalmente ocurre que el imputado mismo trate de probar su propia inocencia a fin de destruir precisamente los elementos de prueba de la culpabilidad sobre los que se levanta la imputación.

Finalmente, si se le preguntara a Manizini cuál es la verdadera condición del imputado, entonces nos diría:

"Nuestro derecho procesal penal tutela el interés relativo a la libertad del imputado sin ninguna presunción o ficción.

"Es de sentido común que mientras no quede definitivamente declarada la certeza de las condiciones que hacen realizable la pretensión punitiva del Estado no se puede considerar al imputado como penalmente responsable y, por tanto, se lo debe tratar como juzgable, o sea, como persona indiciada sin duda, pero cuya responsabilidad no ha sido aún declarada cierta. Y esto no equivale precisamente a decir que, antes de la condena, se haya de presumir su inocencia hasta prueba en contrario. El no estar ciertos de la culpabilidad de una persona indiciada significa necesariamente dudar de su inocencia y, por tanto, no puede equivaler a presumir en él la inocencia. Lo que hemos dicho está consagrado en el artículo 27 de nuestra Constitución, el cual no establece presunción alguna de inocencia, sino que se limita a declarar, como es natural "el imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva".

3.5 Crítica a los planteamientos de Manizini:

Es cierto que, durante el trámite del proceso debe señorear una presunción de inocencia a favor del vinculado. Ese señorío evita por ejemplo que el fiscal, juez o el Ministerio Público, según sea el caso, "capturen una prueba" y se dejen seducir sin que cumpla el derecho de contradicción por considerar inútil tal formalidad frente a la aparente evidencia del hecho que

muestra la prueba y que frente a ese criterio petrificado ni siquiera decreten las pruebas pedidas por el encartado. La presunción de inocencia obliga a su decreto y práctica¹².

El planteamiento: "Si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, ¿por qué entonces proceder contra él? Precisamente porque esa presunción admite prueba en contrario. Sería absurdo proceder, si el razonamiento del legislador fuese indestructible.

Por otra parte, se puede decir que la doctrina mayoritaria se inclina por sostener que se ninguna manera las presunciones son medios de prueba, sino razonamientos,

Cuando Manzini pregunta: Ahora bien, ¿se querrá admitir que la experiencia histórica colectiva enseñe que la mayor parte de los imputados sean inocentes? La pregunta de Manzini hay que hacerla con respecto a todos los individuos¹³. ¿Todos los hombres delinquen? ¿La mayoría de los hombres delinquen? Como la respuesta es negativa, eso significa que la presunción está construida sobre una realidad.

¹² Como muy bien resolvió la Corte Constitucional frente al siguiente caso: "De las versiones rendidas por los involucrados en el proceso, se deducen dos versiones de los hechos. La primera de ellas, presentada por la policía, sostiene que X y sus amigos eran los propietarios del cargamento de marihuana incautado, de acuerdo con el número del teléfono informado por el conductor del camión que transportaba el estupefaciente y que corresponde al apartamento de sus propietarios. La versión del arquitecto O, en cambio, pone de presente su desconocimiento de los hechos relacionados con el cargamento ilícito y hace énfasis en el propósito estrictamente profesional de su visita al apartamento del señor C. Cita que fue concertada por terceros no inculcados en el caso.

"La tarea de dilucidar la verdad oculta tras estas versiones contradictorias, debe pasar por la realización de ciertas pruebas, entre las cuales, la citación de los testigos mencionados por el demandado, resulta necesaria e ineludible. Las declaraciones del señor RP y la señora LG aparecen, en este contexto, como pruebas útiles y conducentes a verificar la certeza o falsedad de lo dicho por el señor O. Esto no quiere decir, desde luego, que con ello necesariamente se logre el completo esclarecimiento de lo sucedido. Simplemente se constata la probabilidad razonable de que lo uno sirva para lo otro y ello debe ser suficiente para que la prueba sea decretada. Los testimonios solicitados, en consecuencia, no pueden ser considerados como pruebas inconducentes o impertinentes, únicas razones que habrían facultado al fiscal para rechazarlas, tal como el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal" (S. T. 055 Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

Obsérvese: Sin la presunción de inocencia, se podría decir es de bulto, es ostensible, que el arquitecto O es también dueño de la marihuana; es inocente y hay que verificar bajo el imperio de la presunción aludida.

¹³ En su extraordinaria obra *Presunción de Inocencia del Imputado e Intima Convicción del Tribunal*. (Bosch, Asa Editorial, S.A. Barcelona 1984), sostiene VASQUEZ SOTELO, José Luis: "En contra de Bettiol hay que señalar que cuando en una norma constitucional o en un pacto internacional se establece que: "se presume a los ciudadanos como inocentes, mientras no se demuestre lo contrario" (que eso es lo que en definitiva supone la llamada presunción de inocencia), la realidad que se toma en cuenta no es el círculo (reducido) de los ciudadanos procesados acusados ante los órganos jurisdiccionales

3.6 Nuestro criterio:

La presunción de inocencia se construyó:

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

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

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

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

4. MOMENTOS ESTATICOS Y DINAMICOS DE LA PRESUNCION DE INOCENCIA

4.1 Momento estático:

El hombre se ha creado un mundo aparte del resto de los animales y una de las múltiples consecuencias de esa creación, es la de exigir que se le tenga como inocente, que se le repunte como tal. Merece ser mirado como hombre sin mácula. Parte del talante del hombre se finca en la creencia de ser mirado en esa forma.

El hombre antes de ser encartado, goza de su presunción de inocencia como una especie de trono no disputado. No se requiere darle tonalidad a la presunción, porque sería innecesaria (la presunción de inocencia es algo "virtual").

(la mayoría de los cuales –dice Bettiol– acaban siendo culpables, por donde habría que presumir lo contrario de la inocencia), sino que la realidad que es la que se contempla de los ciudadanos todos, la inmensa mayoría de los cuales es inocente, siendo los culpables de algún hecho delictivo una parte insignificante y mínima del conjunto o comunidad de ciudadanos.

"A esta es la realidad que se refiere y en la que piensa el autor de la Constitución o de la Convención Europea de derechos humanos, lo que explica que no haya inconveniente en atribuir inicialmente la inocencia al ciudadano sospechoso y acusado de un delito, porque la inmensa mayoría de sus conciudadanos son efectivamente inocentes" (página 270).

4.2 Momento dinámico:

Cuando cualquier ciudadano es encartado, la presunción se revela, se muestra con tonalidad para exigir el respeto por su autoridad y en ejercicio de esa autoridad se derivan consecuencias que inmediatamente estudiaremos.

4.2.1 A presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra:

Más aún, en el caso de Colombia, el Fiscal, a diferencia de otras latitudes, es juez y por tanto ejerce imperio la investigación integral. En efecto, el inciso final del artículo 250 de la Constitución Nacional, lo consagra (la Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten). Los artículos 249 y 333 del Código de Procedimiento Penal, apuntan en ese mismo sentido.

La prueba en materia penal y por sobre todo en el caso de Colombia, debe ser una especie de documento de trabajo que debe ser sometido a la discusión de los sujetos procesales¹⁴, para que salga inmaculada y pueda ser apreciada. En efecto, ha dicho la Corte Constitucional: "La investigación y el descubrimiento de la verdad suponen la puesta en tela de juicio de elementos fácticos y normativos que integran el proceso y en consecuencia, presuponen el debate y la confrontación entre las diferentes versiones y partes. El proceso no puede ser concebido como una serie de pasos encaminados a la demostración de una hipótesis planteada por el fiscal o juez. Así se eliminaría su connatural elemento dialéctico, cuya presencia activa en todas sus fases, asegura que la verdad real aflore a partir de la controversia.

"De acuerdo con la naturaleza bilateral del proceso penal, el imputado debe ser oído y sus argumentos deben ser sopesados con indagaciones y estudio".

4.2.2 Asistencia letrada:

Dice el artículo 29 de la Constitución Nacional: "Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio...".

¹⁴ S. T.-055, ya citada,

Donde esa asistencia es más sensible e importante es por sobre todo en la práctica y contradicción de los medios probatorios, que son los que traen al proceso los hechos. "Ciertamente, la culpabilidad del acusado no es en rigor, objeto de prueba; objeto de prueba son los hechos. La 'culpabilidad' no es un hecho, sino un concepto jurídico"¹⁵.

4.2.3 El artículo 33 de la Constitución Nacional:

"Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad; segundo de afinidad o primero civil.

4.2.4 El artículo 28 de la Constitución Nacional:

Establece: "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...". Está exceptuado en el caso de delito flagrante, como lo consagra el artículo 32 de la Constitución Nacional: "El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá proceder requerimiento al moradro".

4.2.5 Con relación al recaudo de la prueba:

Igualmente, con relación al recaudo de la prueba se debe tener en cuenta el artículo 12 de la Constitución Nacional, en el sentido de que nadie puede ser sometido a tratos inhumanos o degradantes. La prueba recaudada con este tipo de tratos, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Nacional, inciso final, es nula de pleno derecho.

4.2.6 Con relación al recaudo de la prueba y teniendo como mira el derecho a la intimidad:

Se debe tener en cuenta el artículo 15 de la Constitución Nacional. Con relación por ejemplo a la correspondencia y demás formas de comunicación

¹⁵ VEGAS TORRES, Jaime. Obra citada, página 42.

privada se establece que son inviolables. "Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

"Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley".

5.* NECESIDAD DE RELACIONAR LA PRUEBA INDICIARIA CON LA PRESUNCION DE INOCENCIA

Nadie nos negaría, que cuando se trata de valorar por ejemplo la prueba testimonial, el fiscal o juez explica y exhibe los motivos que tuvo para valorar en uno u otro sentido la mencionada prueba. Cuando se trata de la prueba indiciaria el funcionario (en términos genéricos) cree que es suficiente que diga por ejemplo: "existen indicios" y olvida que el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, muestra como elemento del indicio la regla de la experiencia (todo indicio ha de basarse en la experiencia). El artículo 389 del Código de Procedimiento Civil, también se debe aplicar a la prueba indiciaria cuando refiriéndose a los requisitos formales de la medida de aseguramiento establece: "Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad del sindicado, como autor o partícipe".

El artículo 442, cuando se refiere a los requisitos sustanciales de la resolución de acusación, en el numeral 2, establece que se deben indicar y evaluar las pruebas allegadas a la investigación. El olvido de indicar el hecho probado y la regla de la experiencia viola la presunción de inocencia como explicaremos a continuación¹⁶.

¹⁶ Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo (de España) se han ocupado abundantemente de la llamada prueba de indicios. La STC 229 de 1988, de 1 de diciembre, resume la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de prueba indiciaria de la siguiente manera:

"Desde su STC 31 de 1981, este Tribunal ha señalado reiteradamente que, si bien el juzgador dicta Sentencia 'apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados' (artículo 741 L.E. Cr.), esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, pues sólo la existencia de tal actividad puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona. No basta, por lo tanto, con que se haya practicado alguna prueba e incluso que se haya practicado con gran amplitud; es preciso que el resultado de la misma sea tal que pueda racionalmente considerarse "de cargo", es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado.

"El Tribunal ha precisado también (SSTC 174 de 1985 y 175 de 1985) que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes

6. EXPLICACION DE LA REGLA DE LA EXPERIENCIA

Como lo hemos dicho en otra oportunidad¹⁷, la regla de la experiencia debe ser aplicada al hecho que tenemos demostrado, para que nos pueda mostrar el que nos interesa para la investigación.

Esa regla debe indicarse, por ejemplo: En una investigación por el hurto de un florero, podemos decir que parece normal que una persona compre un florero y lo 'entierre en el jardín de su casa', que esa conducta muestra por lo menos que la persona sabía o intuía su proceder ilícito.

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

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

exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Exigencia esta última que deriva también del artículo 120.3 de la Constitución, según el cual las sentencias deberán ser siempre motivadas, y del artículo 24.1 de la misma, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. Finalmente, ha señalado que la versión de los hechos ofrecida por el inculcado constituye un dato que el juzgador debe tener en cuenta, pero ni aquél tiene por qué demostrar su inocencia ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba debe servir para considerarlo culpable.

"En definitiva, si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario, pues -frente a lo que sostiene la Audiencia en el considerando segundo de su Sentencia -que el órgano judicial explicita no sólo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a tales conclusiones y el iter mental que le ha llevado a tender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatar que el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y, una vez alegada en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al Tribunal Supremo incumbe analizar no sólo si ha existido actividad probatoria, sino si ésta puede considerarse de cargo, y, en el caso de que exista prueba indiciaria, si cumple con las mencionadas exigencias constitucionales. (VEGAS TORRES, Jaime. "Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal". Madrid (España). Editorial La Ley. 1933, páginas 137, 138).

¹⁷ Ver PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la Prueba Judicial, Indicios y Presunciones*. Segunda edición Tomo IV. 1982, páginas 25 y 26.

7. RELACION ENTRE LA PRESUNCION DE INOCENCIA Y LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA.

El indicio como lo hemos dicho en otras oportunidades¹⁸, es un hecho que para que nos pueda servir de prueba, debe estar plenamente probado. Como la regla de la experiencia lo compone (como elemento que es de él), debe estar plasmada. Si no se explica la regla de la experiencia, la decisión se está tomando sin base probatoria y se está violando la presunción de inocencia. **Obsérvese:** El artículo 246 del Código de Procedimiento Penal, regla: "Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación". La prueba indiciaria es el hecho más la regla de la experiencia. Si no se explica la regla, como ya dijimos, la decisión no se está tomando con base en pruebas legal y regularmente aportadas.

8. QUE FUNCION CUMPLE LA REGLA DE LA EXPERIENCIA FRENTE A LA PRESUNCION DE INOCENCIA.

Dentro de la sociedad en general, se encuentra anidado el criterio que indicio es lo mismo que "sospecha", que "intuición" que "pálpito" o "llama", pero esa hermandad o identidad sólo fue válida cuando la "racionalidad era mágica", pero cuando aparece nítida la racionalidad sólo se habla de indicio: Cuando tenemos un hecho demostrado en el proceso (no en la mente del intérprete) que junto con una regla de la experiencia (no de la imaginación) nos muestra otro (el que interesa).

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

9. MOSTRAR EL HECHO INDICIO Y LA REGLA DE LA EXPERIENCIA, PERMITE EJERCITAR EL DERECHO DE CONTRADICCION Y COMO CONSECUENCIA SE DA APLICACION A LA PRESUNCION DE INOCENCIA.

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

¹⁸ Obra citada, página 28.

10. PRESUNCION DE INOCENCIA Y CONTROL DEMOCRATICO DE LA PRUEBA DE INDICIOS

En las democracias que hemos vivido por suerte, todo o por lo menos el poder ejecutivo y el legislativo se legitiman a través de la mayoría. El órgano jurisdiccional logra su legitimidad¹⁹ utilizando la racionalidad. La mayoría no legitima la condena de un inocente. Se puede condenar (legítimamente) como virtualmente lo dice el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal), cuando obre prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.

Lo anterior significa que no siendo suficiente para la legitimidad democrática el control que ejercen los sujetos procesales sobre las pruebas y sus valoraciones el juez o el fiscal deben abundar en el razonamiento que hacen sobre los hechos y en el caso de la prueba indiciaria, como ya se dijo, sobre las reglas de la experiencia.

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

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

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

11. PRESUNCION DE INOCENCIA Y OPINION PUBLICA

No se puede decir que en los países de la estirpe de los nuestros, haya opinión pública significa tener capacidad de crítica, de la cual carecemos, porque

¹⁹ IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso Penal*. Tirant lo blanch. Alternativa, 1985. Valencia (España), páginas 176 y 177.

siendo culturalmente infantes, nuestros medios masivos de comunicación aparecieron y llegamos a la adultez formados por lo que los medios masivos nos han estampado. Nuestra opinión pública es lo que los medios masivos de comunicación quieren que sea.

Cuando las investigaciones se entregan al conocimiento de los medios de comunicación, la opinión que es inerte, manifestará lo que los medios quieren.

La valoración de los medios probatorios y la aplicación de las reglas de la experiencia, no surgirán de los pliegos sacrosantos de los expedientes ni de la racionalidad del juez, sino del sustitutivo de ellos que son los medios masivos de comunicación.

Cada vez que los medios masivos de comunicación "contaminan" los procesos, se viola la presunción de inocencia y el hombre aún absuelto fue condenado. La verdadera condena para un hombre de bien, se cumple fuera de la cárcel, cuando ya no puede exhibir su talante o autoestima, o cuando a pesar de hacerlo, sabe que no es creído por la "opinión pública". La inocencia tiene autoridad, que se pierde cuando a pesar de no existir prueba que la desvirtúe, fue hollada por los medios masivos de comunicación. La justicia es humildad y no espectáculo.

Evolución histórica de la responsabilidad del Estado.

El principio de responsabilidad del Estado ha evolucionado desde la irresponsabilidad absoluta del mismo frente a los daños causados a los asociados, propio de los regimenes monárquicos y absolutistas, hasta la responsabilidad patrimonial limitada que existe en la actualidad. En la primera parte de esta evolución, aquella que corresponde al estado monárquico y absolutista, en el cual el príncipe es depositario del poder absoluto, no se considera siquiera la idea de que alguna actuación de ese monarca que domina tal poderío y maneja fácilmente a todos, pueda causar un daño, menos aún, que ese daño fuera objeto de indemnización.

La transición de ese estado absolutista al estado liberal burgués, en nada modificó la irresponsabilidad del Estado, todo vez que está fundamentado en el pensamiento liberal de dejar hacer dejar pasar, lo cual ocasionaba que el estado no interviniera en las actuaciones de los asociados, bajo el pretexto de no afectar su libertad. Esta falta de intervención llevada necesariamente a la irresponsabilidad del Estado, por cuanto si no actuaba, no podía causar daños. La soberanía se dejó pasar del príncipe, al pueblo.

Muy gradualmente se evolucionó de la teoría de la irresponsabilidad absoluta del Estado, a la de los funcionarios, cuando éstos desempeñaban