



Ratio Juris

ISSN: 1794-6638

editor.ratiojuris@unaula.edu.co

Universidad Autónoma Latinoamericana  
Colombia

Tisnés Palacio, Juan Sebastián

PRINCIPIO DE INOCENCIA Y MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA DE LA  
LIBERTAD EN COLOMBIA (UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO)

Ratio Juris, vol. 6, núm. 13, julio-diciembre, 2011, pp. 59-72

Universidad Autónoma Latinoamericana  
Medellín, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=585761340003>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

# PRINCIPIO DE INOCENCIA Y MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA (UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO)\*

JUAN SEBASTIÁN TISNÉS PALACIO\*\*

Recibido: Octubre 13 de 2011.º Aprobado: Noviembre 9 de 2011

## Resumen

En el marco de un Estado constitucional de derecho, la Constitución Política de Colombia consagra en su artículo 29, como derecho fundamental, el principio de inocencia, señalando que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Esa misma Constitución dispone, en el artículo 250, que al ciudadano procesado penalmente se le pueden imponer medidas preventivas para proteger la sociedad o la víctima, conservar la prueba u obligarlo a comparecer al proceso, llegando incluso a privar de la libertad a quien no ha sido penado. De esta manera, se privilegia el trámite penal o la mera posibilidad de atentar contra alguien o de fugarse frente al derecho inalienable del ciudadano de presumir que no ha cometido delito.

**Palabras clave:** Medida de aseguramiento privativa de la libertad, presunción de inocencia, libertad, obstrucción de la justicia, riesgo de obstaculización.

\* Artículo de avance del trabajo de investigación “*Medidas de aseguramiento privativas de la libertad como negación de la presunción de inocencia*” desarrollado en la Maestría en Derecho cohorte II de la Universidad de Medellín, como requisito para aprobar el segundo semestre.

\*\* Abogado y candidato a magíster en Derecho de la Universidad de Medellín. Actualmente Juez del municipio de Urrao, Antioquia. juanguitis@une.net.co

# PRESUMPTION OF INNOCENCE AND RESTRAINING ORDER IN COLOMBIA. (A CONSTITUCIONAL STATE)

## Abstract

In the mainframe of a constitutional state the political constitution of Colombia consecrates in its article 29<sup>th</sup>, as a fundamental right, the presumption of innocence, pointing out that every person is presumed innocent as long as no guilty verdict has been declared in a court of law. That same constitution declares in its article 250<sup>th</sup> that preventive measures can be imposed to a criminally indicted citizen, to protect the society or the victim, to protect the proof or to force them to appear in the process, even placing under arrest a person that has not been sentenced. This way, the criminal procedure or the mere possibility to attempt against somebody or to escape is privileged against the citizen's inalienable right to presume that no crime has been committed.

**Keywords:** Restrain Order, Presumption of Innocence, Freedom, Obstruction of Justice, Risk of Obstructing Process.

## INTRODUCCIÓN

No es nueva ni pacífica la discusión entre quienes sostengamos que la presunción de inocencia debe prevalecer sobre las finalidades enunciadas para las medidas de aseguramiento privativas de la libertad y quienes piensan que es al revés. Dicho en otras palabras, hay quienes entendemos que la medida de aseguramiento privativa de la libertad es una negación de la presunción de inocencia, y como tal, debe ser desterrada de la legislación.

Tomando como sustento la normatividad y la jurisprudencia que sobre el particular existe en Colombia, este trabajo posee espíritu de universalidad, pues puede servir de referente en cualquier territorio que consagre la presunción de inocencia como principio constitucional y las medidas de aseguramiento dentro del proceso penal. Por la misma razón, lo dicho sobre el tema en otros países servirá de base para sustentar mis argumentos.

La normativa colombiana, concretamente el artículo 250 de la Constitución Política y los artículos comprendidos entre el 306 y 320 del Código de Procedimiento Penal, disponen lo referente a las medidas de aseguramiento. Éstas se dividen en dos grupos: las privativas y las no privativas de la libertad, y a su vez, el primer grupo indica dos medidas, una es la de reclusión en establecimiento carcelario, y la otra, la reclusión en el domicilio.

En el presente texto, al hablar de medida de aseguramiento, se hará referencia únicamente a la de reclusión en establecimiento carcelario, pues al fin de cuentas, es la más lesiva de la libertad y de la presunción de inocencia, y por tanto, la que merece particular tratamiento; aplicable indistintamente a cualquiera de las denominaciones con que son conocidas a nivel internacional o histórico: prisión preventiva, encarcelamiento preventivo, detención preventiva, detención provisional, arresto provisional, prisión provisional, reclusión preventiva o custodia preventiva; asimismo, se entenderán, en línea con la definición de Carrara, como el encarcelamiento de un ciudadano por la sola sospecha de su culpabilidad antes de ser convicto y condenado.

Para imponer medidas de aseguramiento, es obligatorio que ésta tenga sustento en alguno de los siguientes requisitos: i) que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, ii) que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o la víctima o, iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia.

Pero antes de cumplirse uno de esos tres requisitos exigidos por la ley, es necesario que el operador jurídico que impone la privación de la libertad, Juez de Control de Garantías en el caso colombiano, infiera que el imputado es autor o partícipe del delito que se le endilga. Evidentemente este análisis siempre es desfavorable para el imputado, pues de no existir inferencia en su contra, la Fiscalía no lo imputaría, es más, el artículo 287 del Código de Procedimiento Penal usa la misma fórmula para referir las situaciones que determinan la formulación de imputación: cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva investigada.

Así las cosas, la inferencia razonable siempre existirá, pues la exigencia que se hace a la Fiscalía para imputar, es la misma que debe hacer el Juez para imponer la medida de aseguramiento (inferencia razonable de autoría o participación), máxime cuando la imposición de la medida se realiza en audiencias concentradas justo después de la formulación de imputación, de modo que siempre existirá, formalmente, motivo para la imposición de la medida. Evidentemente la formulación de imputación no apareja automáticamente la medida de aseguramiento, sólo se quiere hacer hincapié en que el insumo para imponerla ya viene desde que se imputan los cargos.

Además de lo anterior, el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal indica que la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario procederá, entre otros, en los delitos que tengan prevista pena de más de cuatro años cuando sean investigables de oficio, es decir, casi todos, pues nuestro legislador, en una muestra de miopía en política criminal, ha venido aumentando considerablemente las penas buscando que en todas las oportunidades proceda el encarcelamiento preventivo u obligando a la imposición de éstas<sup>1</sup>.

Finalmente, enmarcados en un título denominado régimen de la libertad y su restricción, el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal refiere el carácter excepcional de la restricción de la libertad y que ésta debe

---

1 Nuestro último Código Penal es del año 2000, pero ha recibido varias reformas, las más considerables tratándose de incrementos punitivos son las Leyes 890 de 2004 y 1142 de 2007. Y debe hacerse mención especial a la Ley 1098 de 2006, que exige la prisión preventiva en algunos delitos cuando la víctima es un menor de edad.

ser adecuada, proporcional, razonable y necesaria frente a los contenidos constitucionales; y el 296, en concordancia con lo prescrito en el artículo 308 enseña que la libertad personal podrá ser afectada cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad o la víctima o el cumplimiento de la pena.

#### 1. PRINCIPIO DE INOCENCIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Más que la presunción de inocencia, debe hablarse del principio de inocencia, pues al elevarlo a este rango, adquiere fuerza y relevancia jurídica para argumentarse bajo su égida en contra de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. No será lo mismo referirse entonces a la presunción de inocencia, que al principio de presunción de inocencia, pues suele olvidarse la alta carga política y filosófica de los principios y particularmente de éste.

Para uno de los estandartes del garantismo penal, la presunción de inocencia es un principio fundamental de civilidad (Ferrajoli, 1995) el cual procura ser una opción para los inocentes aun a costa de la impunidad de algún culpable, argumento sobre el que se hará mayor análisis luego. Lo importante es resaltar que, más que una simple presunción sencilla, la inocencia constituye un verdadero principio de rango fundamental.

Este principio se explica diciendo que dentro de la actuación penal, se parte del supuesto según el cual, la persona a quien se le imputa un delito no es responsable del mismo (Pérez, 2004) se mantiene durante todo el juicio penal y sólo se rompe con el proferimiento de una sentencia condenatoria en firme, es decir, aún en apelación, el reo debe presumirse inocente, pero eso es otra cuestión, pues lo que ocupa nuestra atención son las medidas de aseguramiento y no las condenas revisadas en segunda instancia.

El principio de presunción de inocencia, como derecho natural e imprescriptible de las personas, se instauró como tal en el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgado en Francia el 26 de agosto de 1789, votada por la asamblea nacional constituyente formada tras la reunión de los Estados Generales durante la Revolución Francesa. Desde entonces, la presunción ha sido recogida y afirmada por innumerables declaraciones, tratados y constituciones políticas.

Siguiendo esa tradición filosófica y política, nuestra Carta Magna, como se insinuó, en su artículo 29 la consagra dentro del debido proceso, es decir, es uno de los principios derivados de ese gran principio llamado debido proceso. La importancia de la consagración de la presunción de inocencia como principio o derecho de carácter iusfundamental, estriba en la supremacía que tiene frente a otras normas, incluso si estas también están en la Constitución Política pero no tiene aquel rango.

Sabido es que las normas se dividen en principios y reglas (Alexy, 2007; Valencia, 2007 y Zagrebelsky, 1997). La diferencia más importante entre ambas dentro de este escrito radica en que únicamente los principios desempeñan un papel constitucional del orden jurídico, “constitutivo”, en decir de Zagrebelsky.

Desde esa óptica, algunas de las reglas que están en la Constitución Política de Colombia, como es el caso del artículo 250, son unas reglas reforzadas pero no adquieren, por el sólo hecho de estar en el texto constitucional, el rango de principios, y mucho menos, esa función constitutiva del ordenamiento jurídico. Distinto ocurre con el principio de presunción de inocencia, que desde que fue consagrado, tenía la finalidad de limitar el poder y la arbitrariedad del poder y que la persona sospechosa no tenía razón para perder su libertad u otros derechos o garantías fundamentales.

A mi juicio, se ha creído erróneamente que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad son una afrenta sólo o en mayor medida contra la libertad, considero en cambio, que el derecho fundamental o principio violentado con tan particular figura es la presunción de inocencia. Evidentemente la libertad del imputado resulta agraviada, pero sólo porque se violentó primero el principio de presunción de inocencia.

Los derechos no son absolutos (Alexy, 2007), y por supuesto que la libertad tampoco lo es, pues de serlo, no podrían imponerse dentro de las causas criminales sentencias condenatorias con penas privativas de la libertad, de manera que así como los semáforos restringen la libertad de locomoción, las condenas hacen lo propio con la libertad individual.

Pero lo dicho sobre la libertad individual y de locomoción, a mi criterio no es predictable de la vida, por ejemplo, o de la dignidad humana o de la presunción de inocencia. Dicho con otras palabras: se presume la inocencia o se presume la culpabilidad, pues el principio de presunción de inocencia no admite graduación como para exponer que el indiciado se presume baja

o medianamente inocente, dependiendo, como se explicará más adelante, de la gravedad del delito o las características de la víctima.

La libertad también fue considerada derecho natural e imprescriptible en el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como la facultad de poder hacer lo que no haga daño a otro, y a partir de allí, se establecieron garantías para protegerla. Y si sólo en la sentencia condenatoria se dice que hice un daño tan grave a otro que amerita perder la libertad personal, parece que no hay razón para perderla con antelación a ese pronunciamiento.

Nuestro artículo 28 de la Constitución Política consagró que nadie puede ser reducido a prisión o arresto sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente y por motivos previamente definidos en la ley. Del anterior enunciado parte lo que se ha denominado reserva judicial, pues sólo el Juez de Control de Garantías impone preventivamente la privación de la libertad, y respecto a los motivos previamente definidos en la ley, es el legislador quien dice cuáles son conforme su potestad de configuración legal. Desde ese punto de vista, podría esgrimirse que la prisión preventiva no contraría el principio constitucional de la libertad individual, pues el Código de Procedimiento Penal dice por qué y el Juez de Control de Garantías dice desde cuándo.

La Constitución de 1991 definió a Colombia como un Estado Social de Derecho, pero debido al creciente neoconstitucionalismo o activismo judicial en torno a la interpretación de los textos legales y a la realidad del país de cara a la Constitución, se ha evolucionado y ahora somos un Estado Constitucional. En términos de la Corte Constitucional se dice que el Estado de derecho hace referencia a que toda la actividad del Estado, incluyendo la administración de justicia y la imposición de medidas de aseguramiento, debe sujetarse a lo que manden las normas jurídicas, o sea, al derecho, pero no se puede dejar de lado que la norma jurídica (o de derecho) fundamental es la Constitución, lo cual conduce a que toda la actividad del Estado, incluyendo las medidas de aseguramiento) debe enmarcarse en esta última, desde esta perspectiva se habla entonces de Estado constitucional de derecho<sup>2</sup>.

Ahora, esta particular forma de ver el Estado, impone el reconocimiento de la dignidad humana como su primer fundamento, y ello implica

---

2 En este sentido, sin ser la única, sentencia SU 747 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

consecuencias jurídicas en favor del ciudadano y a cargo del Estado. Existe igualmente, una estructura clara de derechos fundamentales reconociendo así varias categorías: los derechos individuales, los sociales y los colectivos.

Y esa estructura impone un orden de prioridades, primero el ciudadano, segundo la sociedad y tercero el Estado, y como consecuencia lógica de lo anterior, puede concluirse que los derechos fundamentales, por ser del ciudadano, ocupan el primer lugar al momento de observarse, teniendo prelación sobre los sociales o colectivos (Pérez, 2004).

El derecho, entonces, y del mismo modo que el derecho, la Constitución, se convierte en un sistema de garantías (Ferrajoli, 1999) buscando equiparar lo que en principio no es igual, creando, como lo dice Luigi Ferrajoli en su obra *Derechos y Garantías*, la ley del más débil. De manera similar y con la misma contundencia, lo expresa Álvaro Orlando Pérez Pinzón, al referirse a la finalidad del derecho penal, pues antes que buscar la verdad material, la defensa social, la ejecución de la pena, la justicia o la reparación, tan de moda en nuestro tiempo, sólo trata de proteger al débil de los abusos del poderoso. Sobra decir que ese poderoso es el Estado y que el débil es el presuntamente inocente, y aun condenado, el poder del Estado no es omnímodo y tiene limitaciones.

En la actualidad, en Colombia la comparecencia del imputado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de la víctima, están por encima del principio de inocencia, pues se permite que el imputado se recluya preventivamente en una cárcel para salvaguardar posibilidades aún inciertas. Ya lo habían planteado con antelación, las normas son restricciones de los derechos fundamentales sólo si son constitucionales (Alexy, 2007).

## 2. PRINCIPIO DE INOCENCIA Y MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO

Visto el principio de presunción de inocencia desde esta óptica, son nulas las posibilidades de transgredirlo en favor de la obstaculización de la administración de justicia, el peligro para la sociedad o la víctima o para asegurar la comparecencia del imputado, pues si bien a cada grupo factor le asiste un interés (dígase derecho) legítimo, no tiene el rango de fundamental.

Aporía es un concepto filosófico que viene del griego y significa dificultad para el paso o también lo traducen como dificultad al pasar. Y es precisamente eso lo que ocurre al imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad a un ciudadano que es inocente, y digo inocente y no que presuntamente lo es, porque si no se ha probado en juicio su responsabilidad penal, entonces es inocente. Resulta ilógico, cuando menos, mandar a la cárcel a alguien que es inocente, de manera que para imponerse el arresto preventivo a alguien que entendemos inocente, la ley colombiana obliga al Juez a que tuerza el principio de inocencia y empiece a considerar al imputado razonablemente culpable o responsable, que es lo mismo. Más allá de la traducción de aporía, la definición del concepto enseña que son razonamientos en los cuales surgen contradicciones irresolubles, por ejemplo, introducir en prisión a un ciudadano inocente.

Esta contradicción que traté de esbozar ha sido resuelta de una manera muy simple, así que con misma brevedad tratará de desvirtuarse. Los defensores de la prisión preventiva dicen que ésta no es una pena sino una medida para asegurar la protección de la sociedad, la comparecencia del reo al proceso o la integridad del proceso, en pocas palabras, le dan otro nombre a la misma institución: la cárcel. Hay quienes pensamos, que si pena y medida de aseguramiento fueran distintas, la segunda no serviría para descontar el término de la primera, en pocas palabras, no importa el nombre que se le dé, se refiere a lo mismo: cárcel. Existe entonces equivalencia, desde esta perspectiva, entre pena y medida de aseguramiento.

La prisión preventiva parte entonces del desconocimiento del principio de presunción de inocencia, pues al pedir un asomo de responsabilidad penal, es eso precisamente lo que está presumiendo: culpabilidad en vez de inocencia. Y una vez violentada la presunción de inocencia, cualquier hipótesis es plausible y admisible al momento de imponer la detención preventiva, pues teniendo en cuenta la seguridad (de la sociedad, de la administración de justicia o de la comparecencia del reo) y un presunto culpable, puede garantizársele arresto preventivo a cualquiera.

Nótese que en cada una de las figuras que son sinónimas de medida se aseguramiento, aparecen palabras como cautelas o preventivo, significando con esto el carácter de protección que pretende dársele a tales instituciones. Pero esa prevención es en favor de la sociedad, que en las categorías del Estado constitucional de derecho está por debajo del individuo, así que

éste no tendría que ceder ni verse obligado a perder su libertad como colofón de la presunción de culpabilidad. Dicha prevención o protección de la sociedad frente al individuo debe ser tomada únicamente tratándose de penas después de un juicio oral, y fragmentada la presunción de inocencia en un debate probatorio y con posibilidad de controvertir el material incriminatorio aportado.

Respecto a las pruebas, el Código de Procedimiento Penal indica que tienen tal calidad solamente las practicadas en juicio con todas las formalidades del caso, y que antes de esa etapa, son simplemente elementos materiales probatorios y evidencias físicas. Así las cosas, la imposición del arresto preventivo se hace sin oportunidad de controvertir los citados elementos o medios, pues nunca en una audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento se va a poder contrainterrogar al entrevistado, al denunciante o a quien rindió un dictamen. Y la cuestión es más grave aún si se tiene en cuenta que a esas audiencias se llega la mayoría de las veces después de una captura<sup>3</sup>, restándole únicamente a la defensa, la posibilidad de argumentar sobre la necesidad, proporcionalidad, razonabilidad o adecuación de la medida, pues si se imputó un delito y se está pidiendo una medida, ya pesa sobre la persona la presunción de culpabilidad conforme a los elementos materiales y evidencia física en su contra.

En párrafos anteriores se dijo que el principio de presunción de inocencia se sacrificaba por inciertas posibilidades, pues bien, esas incertidumbres son las contenidas en el artículo 250 de la Constitución Política y los artículo 296 y 308 del Código de Procedimiento Penal ya expuestos, pues el juez que impone la medida debe primero suponer (la ley le llama inferir) que la persona es autor o partícipe del delito, y segundo, que es un peligro para la sociedad, la víctima, la administración de justicia o que no comparecerá al proceso. Obsérvese como entonces se presume la comisión del delito, la obstrucción, el peligro o la fuga, y todo lo anterior puede no ocurrir, primero, que el imputado no sea responsable penalmente, y segundo, que no represente peligro para nadie (incluyendo el trámite) y comparezca al proceso.

---

3 El término para legalizar captura, formular imputación y solicitar imposición de medida de aseguramiento es de 36 horas, tiempo demasiado corto para la defensa reunir algún elemento material probatorio o evidencia física que permita desatender la solicitud de imposición de medida.

El *in dubio pro reo*, otro principio general del proceso penal y que junto con el de presunción de inocencia conforman el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal, indica que el convencimiento del juez para condenar debe estar más allá de toda duda razonable, y por ello precisamente, es que en caso de duda, el reo debe absolverse. Pero tal bondad no se admite en las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, pues existiendo únicamente inferencias (razonables o no) sobre la comisión del delito y un presunto riesgo (de obstaculización, de reiteración o de fuga), se impone el encarcelamiento preventivo. O sea que la duda que impide la condena es la misma que permite el encierro cautelar, y no es que exista un estándar de corroboración probatoria distinta, pues si existe relación entre prueba y verdad la prueba no admite graduación (Ferrer, 2005) de manera que hablar de peligro o riesgo, contraviene las garantías constitucionales y legales descritas.

Prueba se llama, en general, a todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de los hechos (Carrara, 2000) pero los informes que fundamentan la imposición del arresto preventivo no colman la calidad de prueba, pues además de no poder ser controvertida, no permite arribar a la certeza de nada pues los riesgos de fuga, obstaculización o reiteración siempre existirán<sup>4</sup>.

Pero distinto a lo que la lógica jurídica, la teoría probatoria y la interpretación “favor rei”<sup>5</sup> enseñan, la sociedad tiene otras formas de motivar y fundamentar la prisión preventiva, se dirá por ejemplo, que es tan necesaria como atentatoria del principio de inocencia (Rabi, 2005) o, en palabras más vulgares, que se trata de un mal necesario<sup>6</sup>. Sin ánimo justificativo sino meramente explicativo, ello sucede porque el delito es considerado un mal público, de modo que cualquier medida para prevenirlo o reprimirlo es bienvenida, así vulnera garantías constitucionales del indiciado; la sociedad

---

4 En las audiencias de garantías para la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad se escuchan argumentos tan disímiles como los siguientes: i) como se trata de un adinerado comerciante, no le resultará difícil evadir la acción de la justicia y trasladarse a otra ciudad o país, pues tiene los medios económicos para hacerlo y, ii) como se trata de un habitante de la calle, no le resultará difícil evadir la acción de la justicia y trasladarse a otra ciudad, pues no tiene nada en este municipio que le impida marcharse.

5 Privilegio que en razón de la Constitución, de los principios generales del derecho y de la equidad, se otorga a la persona que padece la intervención del Estado debido a la comisión de un hecho delictivo.

6 Mesnard, citado por Carrara hace siglo y medio, la etiquetó como una injusticia necesaria.

entonces se siente segura y considera que el Estado está cumpliendo sus funciones, se trata, en palabras de David Garland, de la enérgica retórica de la “seguridad ciudadana”, como prueba imponente de la supremacía del Estado y de la confianza de la sociedad en sus instituciones (Garland, 2007). Castigo y medida de aseguramiento adquieren entonces la misma dimensión social.

La mayoría de las legislaciones contemporáneas permiten el encarcelamiento preventivo por motivos expresamente consagrados e impuesto por autoridad específica y, se reserva en la mayoría de los casos, para los delitos graves, como si en éstos la presunción de inocencia no amparara al inculpado. La persona no es más o menos culpable por la gravedad del delito que se le imputa, no hay graduación del principio de presunción en este tópico, al menos no de forma lógica, pues legalmente si existe tal jerarquía: en los delitos graves no hay presunción de inocencia y en los leves sí.

Ahora, con el aumento indiscriminado de penas, todos los delitos se han convertido en gravísimos y, objetivamente, a todos los imputados podría imponérseles una medida de aseguramiento. Igual ocurre con algunas víctimas especiales como los niños. Si en Colombia se lesionara dolosamente un adulto, puede no imponerse medida de aseguramiento, pero si ese lesionado es un menor de edad, la prisión preventiva se dicta automáticamente, en otras palabras, si la víctima es un niño no hay presunción de inocencia pero si es un adulto sí.

Tratándose de víctima también hay una explicación para el fenómeno. Se ha establecido, como política criminal un juego de suma-cero donde cualquier ganancia del delincuente es una pérdida para la víctima (Garland, 2007) por ello es que debe honrarse su memoria, escucharlas, cuidar sus temores, y en consecuencia, reprimir al presunto responsable.

Parece que los griegos no acostumbraron la detención preventiva (Carrara, 2000) y con ellos existe un caso paradigmático en torno al cual se puede hacer un tratado sobre medidas de aseguramiento, es el de Sócrates, quien a pesar de estar enjuiciado por una falta que, de ser probada, aparejaba pena de muerte, no fue privado de su libertad cautelarmente. Con este ejemplo, la discusión queda abierta más que zanjada.

En el mismo sentido que con los griegos ocurría con las sociedades aborígenes americanas quienes entendían que “huir y no parecer, era imposible debajo del cielo”, pues consideraban imposible sustraerse de la acción penal (Rodríguez, 1981) y esa promesa es la que hace el Estado moderno

desde las constituciones y los códigos penales y de procedimiento penal, pero al no poderla cumplir, se vale del cuerpo del imputado, otro debate que queda abierto, pues la oferta estatal no debe fundarse o sostenerse en el pellejo del presunto inocente.

#### A MODO DE CONCLUSIÓN Y CRÍTICA

Las aludidas reserva judicial y potestad de configuración legislativa huelen a trampa. Lo digo con sumo respeto, pues de la forma como medianamente se indicó, se salta, o asalta, el principio de la presunción de inocencia.

Los motivos en que se fundan las medidas de aseguramiento, y particularmente las razones por las que se impone una privativa de la libertad, son plausibles, buscan proteger bienes jurídicamente relevantes, están orientados a garantizar fines del Estado y en últimas de la sociedad, pero se olvida la figura de la prisión preventiva, o mejor, nos olvidamos quienes imponemos arresto preventivo, que existe un principio de más peso que esos fines, fundamentos o razones, y es precisamente el de presunción de inocencia.

Para que la prisión preventiva tenga asidero y alcance cumplir esas metas que la Constitución y la ley le exigen, basta con que se anule la presunción de inocencia, y dicha anulación es en sede de una reforma constitucional o en una audiencia de control de garantías.

Es necesario que en Colombia se imponga un cambio en la forma de concebir la justicia penal, pues el imputado, que hasta no ser declarado culpable es un ciudadano intachable del común, también teme al juicio criminal y su no comparecencia en ocasiones es producto de ese temor.

Otro cambio debe operar en la estructura mental, no sólo de los operadores judiciales sino de la sociedad en general, pues suele asociarse imputado con culpable y se escucha decir por ahí que si lo están investigando debe ser que es culpable, esa sinonimia entre investigado y culpable debe terminarse, pues en la gente del común tampoco existe la presunción, a menos, obviamente, que se trate de un familiar, esta forma de ver las cosas es bastante peculiar<sup>7</sup>.

---

7 En algunos sectores del Estado también se ve reflejado lo anterior, por ejemplo, los parlamentarios de la oposición son culpables antes de ser condenados, pero los copartidarios exigen que se les pruebe en juicio. Los funcionarios del Ministerio de Agricultura (con Agroingreso Seguro) y del DAS (con la chuzadas) son otros ejemplos de lo dicho.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Carrara, F. (2000). *Programa de derecho criminal*. Trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Garland, D. (2007). *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Trad. Manuel A. Iturralde. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Pérez, Á. O. (2004). *Los principios generales del proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rabi González, R. (2005). *La prisión preventiva, fundada en el peligro para la seguridad de la sociedad, frente al Estado de Derecho*. Recuperado en julio de 2010 del sitio web <http://www.sepiensa.cl/>
- Rodríguez y Rodríguez, J. (1981). *La detención preventiva y los Derechos Humanos en el derecho comparado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- \_\_\_\_\_. (op. cit.).
- Valencia, H. (2007). *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. Medellín: Comilibros.
- Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil*. Trad. Marína Gascón. Madrid: Trotta.